

1. Elogio de la equivocación

Quien desee acercarse en nuestros días a la problemática del derecho penal desde una óptica iusfilosófica no puede omitir *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*¹, la obra en la que el maestro Luigi Ferrajoli analiza las diversas corrientes, afina las críticas de las que cada tendencia se hace pasible y propone el sistema de principios que considera capaz de señalar un camino razonable y a la vez humano para el tratamiento de las conductas sociales desviadas.

Luego de referirse a los presupuestos epistemológicos del derecho penal y de la teoría del derecho penal, examina nuestro autor el marco axiológico en el que hayan de desarrollarse los argumentos y razonamientos del derecho penal. Así, en el capítulo 4 de su obra plantea en general los *fundamentos* del derecho penal: si hay que prohibir, juzgar y castigar, *por qué* hay que hacerlo, *cuándo* y *cómo* hacerlo. En el capítulo 5, Ferrajoli expone las ideologías penales: abolicionismo, retribucionismo y utilitarismo, así como el objetivo de la prevención en sus vertientes de la corrección o eliminación en los casos específicos o de la integración o intimidación en términos generales. El capítulo 6, a su vez, está destinado a introducir la posición del autor respecto de la justificación del derecho penal: lo que él llama “utilitarismo penal reformado”, estrechamente vinculado con el garantismo.

Me propongo, dentro de los estrictos límites de ese tema, resumir los argumentos expuestos por Ferrajoli en favor de su posición para señalar luego algunos puntos en los que ellos parecen susceptibles de observación y proponer, por último, una reformulación de esta parte de la teoría; reformulación que, aunque difiere seguramente de la opinión original del autor comentado, sirve a mi juicio para situar el problema en un marco en el que pueda recibir soluciones conceptualmente menos conflictivas, aunque teóricamente más complejas e ideológicamente más polémicas. Acaso mi crítica y mi propuesta sean completamente equivocadas (como invariablemente

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

sostiene mi amigo Eugenio Bulygin); pero, después de todo, las críticas equivocadas son casi tan útiles como las certeras, en la medida en que todas ellas promueven un nuevo examen de las tesis comentadas y, con suerte, pueden mostrar en ellas alguna faceta que antes hubiera quedado inadvertida.

2. Aclaraciones y precisiones

Comienza Ferrajoli por introducir una saludable dosis de precisión lingüística y metodológica, frente a la confusión de planos que suele englobarse en la denominación de *teorías de la pena* o *doctrinas de justificación*. La pregunta ¿por qué castigar?, que se encuentra en el centro de cualquier intento de justificación, se usa, en efecto, en dos sentidos diferentes. Uno consiste en preguntar por qué *existe* la pena, por qué se castiga *en realidad*. El otro, por qué *debe* existir la pena, por qué *se debe* castigar.

El primero de esos problemas es científico, empírico, y admite respuestas asertivas verdaderas o falsas. Pero, aun en estos términos, la pregunta tiene dos vertientes. Una inquires por qué existe el fenómeno de la pena, por qué se castiga *de hecho*, pregunta que remite a un interrogante histórico o sociológico. La segunda, por qué existe el deber jurídico de la pena, por qué se castiga *de derecho*, problema jurídico que se responde a partir de lo prescripto por las normas de derecho positivo. Ferrajoli llama al primero de estos temas la *función* del derecho penal y al segundo la *motivación*. En cambio, reserva el nombre de *fin* para el interrogante normativo de tipo axiológico: el que no pregunta por qué se castiga ni en qué situaciones el derecho dispone que se castigue, sino por qué es *axiológicamente aceptable* imponer el castigo. Las respuestas a las preguntas por la función o por la motivación constituyen para Ferrajoli *teorías* o *explicaciones*, ya sean jurídicas o sociológicas, pero siempre encerradas en el campo descriptivo. Los intentos por establecer el fin del derecho penal, en cambio, son llamados *doctrinas axiológicas* o *de justificación*. Se trata, en efecto, de doctrinas normativas, normas, modelos normativos, instrumentos de valoración que vinculan el derecho penal con ciertos valores a fin de legitimarlo o deslegitimarlo.

Muchos de los razonamientos o argumentos que se esgrimen en torno a la justificación del derecho penal pueden calificarse de *ideologías*, esto es de tesis que confunden el plano del ser con el plano del deber ser. Con esto, señala Ferrajoli, tales ideologías contravienen el principio metalógico conocido como ley de Hume, según el cual no es posible derivar conclusiones prescriptivas de premisas descriptivas, ni viceversa. Como la ley de Hume funciona en dos direcciones, las ideologías que menciona aquí Ferrajoli se muestran en dos vertientes.

Incurren en la falacia naturalista las que pretenden justificar la prohibición y el castigo a partir de los datos de la realidad (esto es, asumir los esquemas explicativos como prescriptivos o justificadores, sólo porque son verdaderos);

por ejemplo, del hecho de que la pena retribuye mal con mal, deducen que *debe* retribuir mal con mal.

A su vez, incurren en la falacia normativista las que asumen las justificaciones axiológicas también como explicaciones empíricas (esto es, emplean como descripciones de la realidad los modelos o proyectos normativos, sólo porque los consideran justos). Por ejemplo, del hecho de que se asigna a la pena el fin de prevenir los delitos deducen que en verdad los previene de hecho.

Aclarado todo esto, conviene tener en cuenta también que no es lo mismo aceptar una doctrina de justificación que justificar. Una doctrina de justificación, cualquiera sea, es un criterio o conjunto de criterios axiológicos para admitir ciertos medios penales en función de los fines que se les atribuyen. Pero, una vez establecida dicha doctrina, todavía es preciso justificar un derecho penal determinado : para esto hay que verificar si en efecto ese derecho satisface los criterios contenidos en la doctrina aceptada.

Es común que esta distinción entre lenguaje (el discurso justificatorio, que habla del derecho penal) y metalenguaje (el discurso doctrinario, que habla de las justificaciones) no se respete y las doctrinas de justificación se presenten lisa y llanamente como justificaciones. Se incurre así en la falacia normativista, que pretende justificar *a priori* la idea del derecho penal en vez de justificar *a posteriori* un derecho penal determinado, luego de verificar lo que pueda entenderse como sus virtudes por referencia a los criterios previamente aceptados.

En un defecto simétrico, la falacia naturalista, incurren muchas doctrinas abolicionistas, que discuten la justificación de las penas en general con el argumento empírico de que tales penas no cumplen de hecho los fines que se les atribuyen: no previenen los delitos, no reeducan a los condenados e incluso muestran efectos criminógenos.

3. El marco metaético

A partir de estas aclaraciones, busca Ferrajoli trazar los requisitos metaéticos de un modelo de justificación de la pena que no incurra en la falacia naturalista ni en la falacia normativista.

El primer requisito consiste en que la doctrina de justificación a construir pueda distinguirse de las teorías jurídicas o sociológicas relativas a motivaciones y funciones de la pena. El fin del derecho penal ha de reconocerse como un *bien extrajurídico*, externo al derecho mismo, y el medio jurídico para cumplir ese fin debe verse como un *mal*, un *costo* humano y social, que precisamente por esto ha de ser justificado. Eso supone la aceptación del postulado iuspositivista de la separación entre derecho y moral : ni el delito es un mal en sí porque esté prohibido, ni la pena es un bien en sí porque se la aplique como consecuencia de un delito.

El segundo requisito se refiere a la relación entre los medios y los fines

penales y requiere distinguir entre justificación y doctrina de justificación. Los fines cuyo cumplimiento pudiera servir de justificación al derecho penal deben ser empíricamente realizables con las penas y no realizables sin ellas. Además, para no infringir el principio kantiano según el cual toda persona es un fin en sí misma, es preciso que la relación empírica entre medios penales y fines extrapenales resulte congruente incluso para los destinatarios de las penas, de modo que *ellos* no sean tratados como meros medios para fines ajenos.

Un modelo de justificación que satisfaga estos requisitos no sólo está en condiciones de fundar justificaciones, sino también *no justificaciones*, cuando el derecho penal, o alguna de sus instituciones, no satisfaga los criterios de justificación. Una doctrina que permite justificar todo es una ideología realista, en tanto una doctrina que no permite justificar nada es una ideología idealista.

El abolicionismo de Stirner², por ejemplo, es el fruto de una falacia naturalista: describe el hecho empírico de que el más fuerte se impone al más débil y luego lo valoriza axiológicamente. A la inversa, el abolicionismo holista³, basado en la autorregulación social espontánea, es un modelo normativo utópico antes que una previsión científica y resulta idóneo para justificar sistemas sociales represivos, descriptos como libres de coacción.

Entre las doctrinas justificacionistas, las absolutas o retribucionistas como las de la llamada “prevención positiva” dejan sin cumplir el primer requisito, el que exige distinguir el plano del ser del deber ser. En ambos casos, la prohibición y la pena no se justifican por fines extrapunitivos, sino por el valor intrínseco que se asocia a su imposición normativa. Esta crítica se aplica tanto a las doctrinas de la retribución ética, que se fundan en la necesidad de reintegrar el derecho violado, concebido como sustancia ética, mediante una

² Se refiere Ferrajoli al “individualismo anarquista” (Stirner, Max, *Der Einzige und sein Eigentum*, 1844, trad. cast. de P. González Blanco, *El único y su propiedad*, La España Moderna, Madrid, 1904; reeditado por Orbis, Barcelona, 1985, vol. II, página 19), teoría que describe de este modo: “Partiendo de la desvalorización de cualquier orden o regla, no sólo jurídica, sino también moral, Stirner llega a atribuir valor a la transgresión y a la rebelión, concebidas como libres auténticas manifestaciones del ‘egoísmo’ amoral del yo que no es justo ni prevenir, ni castigar, ni juzgar” (*Derecho y Razón*, página 249).

³ Se refiere el autor a “escritores libertarios y anarquistas como Godwin, Bakunin, Kropotkin, Molinari y Malatesta”, que “no valoran como Stirner la transgresión en tanto que expresión normal y fisiológica del hombre, sino todo lo más la justifican como momento de rebelión o como signo y efecto de causas sociales patológicas; y por eso impugnan la pena como inútilmente constrictiva o puramente funcional a la defensa de contingentes intereses dominantes, concibiendo en su lugar técnicas de control no jurídicas sino inmediatamente morales y sociales, tales como el ‘ojo público’, la ‘fuerza invisible’ de la ‘educación moral’, el ‘solidarismo terapéutico’, la difusión social de la vigilancia y del control o la ‘presión de la opinión pública’ ” (*Derecho y Razón*, páginas 249 y 250).

violencia opuesta al delito, como en las doctrinas de la “prevención-integración”, que destacan el valor intrínseco de reforzar los sentimientos de fidelidad al derecho: la pena se entiende como un fin en sí misma, y se incurre en ideología naturalista cuando se toma como justificación la motivación jurídica o la función sociológica de la pena. A la inversa, las doctrinas correccionales, que conciben el delito como una enfermedad y la pena como tratamiento terapéutico, son ideologías normativistas, porque asumen *a priori* que el derecho penal satisface el fin que se le atribuye.

Las doctrinas utilitaristas de la prevención negativa no incurren en ninguna de las dos falacias, pues disocian los medios penales de los fines extrapenales. Pero en estas doctrinas el fin justificador propuesto es sólo la máxima utilidad posible de los no desviados, y no, además, el mínimo sufrimiento necesario de los desviados. De este modo se contraviene el principio kantiano, ya que los desviados se convierten en medios para el beneficio de los no desviados. Pero, además, ninguna pena resulta en principio injustificada, con lo que las doctrinas utilitaristas se prestan a ser usadas como justificaciones de sistemas de derecho penal máximo.

Las doctrinas históricas de la prevención comparten un mismo tipo de utilitarismo: el ajuste del fin utilitario de la pena al exclusivo parámetro beccariano y benthamiano de la “máxima felicidad dividida entre el mayor número”. Se trata de un *utilitarismo a medias*, porque sólo se refiere a la utilidad de la mayoría. De este modo, sus opciones se encaminan hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos. Al mismo tiempo, los medios penales y los fines extrapenales se refieren a sujetos distintos, con lo que los males de la pena no son empíricamente comparables ni éticamente justificables con los bienes que la pena entraña para los no desviados.

4. Una finalidad, dos objetivos

Así se llega al centro de la tesis que me propongo comentar. Para resolver aquella dificultad, Ferrajoli propone agregar un segundo parámetro de utilidad: el derecho penal, *además de procurar el máximo bienestar posible de los no desviados, ha de buscar también el mínimo malestar necesario de los desviados*. Este segundo parámetro no está dirigido, como el primero, a la prevención de los delitos: cualquier delito que se cometa parece demostrar que para prevenirlo habría sido necesaria una pena mayor, de modo que la prevención sólo sirve para justificar la prohibición penal y el límite *mínimo* de las penas, el umbral por debajo del cual ellas carecen de capacidad disuasoria.

Hay otro objetivo del derecho penal, que no es ya la prevención de los delitos sino la de “la mayor reacción - informal, salvaje, espontánea, arbitraria, *punitiva pero no penal* - que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella”. De este modo, la

pena no sirve sólo para prevenir los delitos injustos, sino también los *castigos injustos*; no sólo tutela a la persona ofendida por el delito, sino “también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas”. Este fin es idóneo para indicar el *límite máximo* de la pena, por encima del cual no se justifica que ella sustituya a las medidas punitivas informales.

Muchas veces se ha concebido y justificado el derecho penal como un perfeccionamiento del *derecho natural de la defensa individual*, que ha dado lugar al *derecho positivo de defensa social*. Esta tesis, sostiene Ferrajoli, debe ser vuelta del revés: no es una tesis explicativa, sino una doctrina normativa. El derecho penal es la negación de la venganza privada, que históricamente la precediera, y se justifica con el fin de impedirla, no con el de garantizarla. El primer paso se dio cuando la venganza fue regulada como un derecho-deber privado, según la regla del talión. El segundo, más decisivo, cuando el juez sustituyó a la parte ofendida y se prohibió la venganza privada. En ese momento nació el derecho penal.

Desde luego, la prevención general de los delitos sigue siendo una finalidad esencial del derecho penal y la razón primordial, si no de las penas, sí de las prohibiciones penales. Pero el derecho penal asume una doble función preventiva, en ambos casos de signo negativo: una es la prevención general de los delitos, que marca el límite mínimo de las penas y refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, que fija el límite máximo de las penas y refleja el interés del reo, sospechoso o acusado. Sus portadores son las dos partes de un proceso penal contradictorio: la acusación, encargada de la defensa social y por tanto de maximizar la prevención y el castigo, y la defensa, interesada en el individuo acusado y, por lo tanto, en maximizar la prevención de las penas arbitrarias.

Vale la pena destacar este fin adicional. Ante todo, porque el derecho penal ha demostrado dudosa capacidad para cumplir el primer objetivo, pero resulta bastante más idóneo para satisfacer el segundo, aun con penas modestas y poco más que simbólicas. Luego, porque las autoridades han mostrado siempre mayor interés en el primero que en el segundo. Y, por último, porque el segundo objetivo es *necesario y suficiente* para fundar un modelo de derecho penal mínimo y garantista. Es más: la tutela del inocente y la minimización de la reacción frente al delito es el principio que sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social (policial, disciplinario, terrorista) que acaso fueran más eficaces para satisfacer el fin de la defensa social.

El fin genérico del derecho penal es, entonces, la *protección del más débil contra el más fuerte*. En el momento del delito, el más débil es el ofendido o amenazado por la conducta desviada, en tanto el más fuerte es el delincuente. En el momento de la reacción, el más débil es el ofendido o amenazado por la venganza y el más fuerte la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con ella. En ambos casos, el derecho penal se legitima como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales, que definen normativamente los bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los

castigos.

No es ésta una legitimidad *democrática*, sino *garantista*. El garantismo es la tutela de los valores o derechos fundamentales cuya satisfacción se persigue aun contra los intereses de la mayoría. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos el derecho penal, aun para los reos y los imputados. Y el propio principio mayoritario no sería susceptible de aceptación general sin la cortapisa garantista.

De este modo, un sistema penal está justificado “*sólo si la suma de las violencias - delitos, venganzas y castigos arbitrarios - que esté en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos*”. Se justifica como mal menor: es decir, sólo si es menor que los males que se producirían en su ausencia. Y “el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* respecto a los costes de la *anarquía punitiva*”.

5. Ventajas comparativas

El modelo de justificación propuesto por Ferrajoli tiene, según su autor, las siguientes ventajas:

a) evita la confusión entre derecho y moral, con lo que excluye la autolegitimación.

b) responde a la pregunta “¿por qué prohibir?” tanto como a la pregunta “¿por qué castigar?”, ya que asigna a la prohibición la función de tutelar el máximo bienestar posible de los no desviados y a la pena la de tutelar el mínimo malestar necesario de los desviados.

c) excluye autojustificaciones *a priori* de modelos de derecho penal máximo y sólo permite justificaciones *a posteriori* de modelos de derecho penal mínimo.

d) como el mal de las penas es homogéneo con el de los castigos excesivos o arbitrarios, el modelo propuesto hace posible compararlos y valorar sobre esa base la justificación o la no justificación de un sistema penal determinado.

e) finalmente, permite replicar a las doctrinas normativas abolicionistas, ya que frente a los costos del derecho penal subraya los costos provenientes de la anarquía punitiva.

Como alternativas al derecho penal hay, en hipótesis, cuatro sistemas posibles de control social, no necesariamente incompatibles entre sí pero todos ellos carentes de garantía contra el abuso y la arbitrariedad y cada uno de ellos correspondiente a un modelo abolicionista:

a) control *social-salvaje*, fundado en la venganza individual o parental, la represalia, el duelo y otras reacciones tendientes a la ley del más fuerte.

b) control *estatal-salvaje*, con castigos impuestos mediante procedimientos potestativos arbitrarios o sujetos a intereses contingentes, sin garantías para el condenado.

c) control *social-disciplinario*, autorregulado con sujeción a rígidos conformismos que operan por medios como la autocensura, la policía moral, los linchamientos de opinión y la demonización pública.

d) control *estatal-disciplinario*, donde las funciones preventivas de seguridad pública se desarrollan mediante técnicas de vigilancia total, policías secretas, fichado informático generalizado y control audiovisual.

En comparación con el último de esos sistemas, más capilar y penetrante que el Panóptico concebido por Bentham, el derecho penal equivale a la defensa de la *libertad física* de la transgresión, que se prohíbe deónticamente pero no se imposibilita materialmente. De este modo, el derecho garantiza la libertad de todos, porque sólo interviene *ex post*, mientras que la prevención policial interviene *ex ante*, en presencia del mero peligro de delitos futuros.

Además, el derecho penal garantiza la *libertad moral* o subjetiva de la transgresión, impedida por la tercera alternativa, la del control social-disciplinario basado en la internalización de la represión y en el temor del reproche colectivo. La pena garantiza el respeto a la persona, poniéndola a salvo de la socialización colectiva o de estigmas y censuras morales (la picota o sus equivalentes modernos).

A su vez, en comparación con los dos sistemas salvajes, las formas jurídicas de la prohibición y de la pena se justifican como técnicas de control que, de un modo compatible con la libertad, maximizan la seguridad general, incluida la de los reos.

Presentar penas aflictivas como alternativa a otras penas informales aún más aflictivas no es paradójico, señala el autor. La paradoja aparece, en cambio, en las doctrinas abolicionistas de inspiración progresista que, más allá de sus intenciones libertarias y humanitarias, se configuran como utopías regresivas, con modelos desregulados o autorregulados de vigilancia y castigo frente a los cuales el derecho penal, aun con su precario sistema de garantías, constituye en verdad una alternativa preferible.

Pero los cuatro sistemas abolicionistas, aun alternativos entre sí, conviven siempre en alguna medida con todo derecho penal positivo, en la medida en que las normas no contengan garantías o en que las garantías legales sean violadas en el plano operativo.

En el funcionamiento efectivo de los ordenamientos penales⁴ se observa que la pena es cada vez más una técnica punitiva secundaria. Su lugar es ocupado por la prisión preventiva y por el proceso como instrumento espectacular de estigmatización pública. Y la tradición policial muestra un abanico de medidas de seguridad, de prevención y de orden público o medidas cautelares de policía que se ejercen en forma discrecional y administrativa.

⁴ Ferrajoli hace una referencia específica al funcionamiento del derecho italiano, pero su observación es válida también para la Argentina y, seguramente, para muchos otros países.

Los sistemas punitivos modernos se encaminan a transformarse en sistemas cada vez más informales y menos penales. “Quizá la verdadera utopía - sugiere Ferrajoli - no es hoy la alternativa al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías ; no el abolicionismo, sino el garantismo”.

Claro está que el derecho penal no es el único medio, ni el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. Es posible tolerar sencillamente la desviación cuando ella se produce y sin embargo prevenirla haciendo desaparecer sus causas materiales. Es posible abolir la reclusión carcelaria, inútilmente aflictiva y criminógena. Y también superar los “focos antisociales de donde nacen los crímenes”, al decir de Marx⁵, mediante garantías jurídico-sociales de supervivencia, la eliminación de la marginación social, el desarrollo de la democracia y la transparencia de los poderes públicos y privados. Pero, mientras existan tratamientos punitivos, éstos se justificarán únicamente por el sistema de garantías penales y procesales.

6. Venganza y prevención

Hasta aquí he procurado resumir las ideas de Ferrajoli. Al examinarlas, es posible advertir que ellas persiguen varios objetivos. Uno consiste en destacar las virtudes del derecho penal; no las de un derecho penal en especial, sino las de la técnica del derecho penal en forma genérica. Otro es evitar, al hacerlo, cualquier ideología que conduzca a legitimar cualquier derecho penal; por el contrario, se trata de permitir la *deslegitimación* de cada derecho penal en especial en la medida en que no reúna de hecho las condiciones que permitan justificarlo de acuerdo con aquel criterio general. Un tercero procura defender las garantías procesales y la tendencia a minimizar las penas. La posición de Ferrajoli enfrenta así dos adversarios opuestos entre sí : el abolicionismo y el derecho penal máximo.

Considera Ferrajoli que sus objetivos se ven satisfechos con la postulación de un fin del derecho penal, la prevención de la violencia arbitraria, con dos vertientes : la protección de los no desviados contra la violencia de los desviados y la protección de los desviados contra la violencia que los no desviados ejercerían sobre ellos si no existieran las penas. En otras palabras, maximizar mediante la prohibición penal el bienestar posible de los no desviados y minimizar mediante la pena el malestar necesario de los desviados.

A la vez, pretende que la técnica punitiva conserve para el individuo la libertad física de transgredir (por exclusión de la vigilancia intrusiva) y la libertad subjetiva de hacerlo (por exclusión de la crítica social internalizada). El derecho penal, señala Ferrajoli con palabras de Filangieri, “es aquella parte de la

⁵ Marx, Karl, y Engels, Friedrich, *La sagrada familia*, trad. castellana de C. Liacho, Akal, Madrid, 1977, páginas 148-149, cit. por Ferrajoli en página 347.

ley con la que se ofrece al ciudadano la elección entre el cumplimiento de un deber social o la pérdida de un derecho social”. En otros términos, en cada caso el ciudadano debería sopesar sus opciones y decidir según su arbitrio y conveniencia, sin que la sociedad ejerza sobre él presiones morales ni impedimentos físicos. Si en esas condiciones decide seguir una conducta desviada, ésta bien podría ser tolerada “como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas”, cuyas causas materiales convendría hacer desaparecer por otros medios⁶.

Ahora bien, de los dos objetivos del derecho penal, el primero está directamente dirigido a la prevención de las conductas desviadas, por lo que la técnica penal quedaría deslegitimada, en cuanto a él, en la medida en que no fuera eficaz para evitar delitos que de otro modo hubieran de producirse. Pero es interesante analizar por un momento los fundamentos ideológicos de la tendencia social tenida en cuenta por el segundo objetivo: la venganza.

Es verdad que el impulso de venganza opera a menudo más allá de cualquier cálculo racional; pero si se pregunta a quien lo experimenta por la razón de su impulso, es probable que se obtengan respuestas tales como “Fulano no sabe con quién se mete”, “este individuo tendrá que aprender a comportarse como es debido” o “no puedo permitir que se burlen de mí de esta manera”. Detrás de la venganza aparece normalmente el propósito de evitar, mediante un castigo terrible y ejemplar, que el transgresor u otros que pudieran imitarlo osen en el futuro ofender al vengador o a las personas que éste considera bajo su protección (el ámbito que tradicionalmente ha recibido el nombre global de *honor*). En este sentido, el colmo de la venganza es humillar al ofensor, obligándolo a pedir perdón en público, a fin de contrarrestar el ejemplo de la ofensa y poner de resalto la temible fortaleza del vengador.

No pretendo afirmar con esto que cada vez que alguien siente el impulso de venganza razone explícitamente de ese modo, pero sí sugerir una reconstrucción que estimo probable de los mecanismos por los que la civilización ha internalizado aquel impulso y tiende a reproducirlo en el ánimo de sus individuos. Claro está que, una vez instalada esta idea en la cultura, la reacción individual no siempre es enteramente consistente con el fundamento colectivo de la venganza. Algunos no temen poner la otra mejilla y se atreven a perdonar (actitud que el consenso social tiende a considerar supererogatorio). Pero, además, no todos los individuos se hallan en condiciones de poner en práctica el impulso dominante y - no por caridad sino por impotencia - se conforman a menudo con venganzas anónimas, ocultas o aun simbólicas que apenas dejen a salvo la imagen que el ofendido impotente tiene de sí mismo a la luz de la cultura en la que vive.

Tengo conciencia de que arriesgo con esto una afirmación de hecho susceptible de confrontación empírica; pero, a falta de mayores y mejores

⁶ *Derecho y razón*, página 343.

datos, la acepto provisionalmente como verdadera. Para quien comparta esta opinión, el segundo objetivo de Ferrajoli se halla indirectamente vinculado a la misma prevención tanto como el primero: si se prevé que la falta de sanción traería consigo la aplicación de medidas punitivas informales y arbitrarias, es porque se tiene en cuenta que las personas en general (con acierto o error, conscientemente o por aceptación inconsciente de una tradición ancestral) asignan a la venganza individual o colectiva cierta eficacia para prevenir futuras ofensas. Si se probase que esta eficacia no existe, asignar a la sanción el objetivo de evitar castigos arbitrarios valdría tanto como convalidar una tendencia social irracional. Valdría tanto como disponer, en aras de los derechos fundamentales, que los sacrificios humanos destinados a provocar la lluvia no se celebraran más de tres veces por año.

Ahora bien, de los dos objetivos propugnados por Ferrajoli, ¿cuál tiene prioridad? El autor afirma en un pasaje que la prevención general de los delitos es “la razón de ser primordial, si no directamente de las penas, sí de las prohibiciones penales”. Pero poco después señala que el segundo “es sin embargo el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado”. Y una de las razones expuestas para esta calificación es el reconocimiento de que el derecho penal tiene dudosa idoneidad para satisfacer eficazmente el objetivo de la prevención, en tanto es más idóneo para sustituir las venganzas, “aun sólo con penas modestas y poco más que simbólicas”. Es más: sostiene Ferrajoli que el segundo objetivo es a la vez *necesario y suficiente* para fundar su propio modelo de derecho penal. Si debemos aceptar consistentemente esta tesis, es posible extraer de ella que, a falta de eficacia preventiva de los delitos, todo el modelo propuesto reposaría sobre una tímida concesión destinada a apaciguar los fundamentalismos.

Por cierto, no creo que Ferrajoli admitiera esta conclusión. El segundo objetivo se emplea, en su propuesta, como un principio destinado a limitar los alcances del primero, haciendo notar que la pena es un mal que se admite como precio de la prevención aunque tiene sus propios límites. Pero la cuantía de la pena se determina de acuerdo con el segundo objetivo, con independencia del primero. En otras palabras, una vez determinada la prohibición penal como instrumento de la prevención, la pena podría calcularse como *la menor aflicción que, infligida al culpable, alcanzara a calmar la sed de venganza promedio de los particulares ofendidos o de los grupos solidarios con ellos, y no como la menor aflicción que fuera efectivamente capaz de reducir las conductas desviadas hasta un promedio tolerable*.

Así vinculada la pena con su eficacia substitutiva de la venganza antes que con su eficacia preventiva, no puede extrañar que el derecho penal garantista se vea amenazado constantemente por el abolicionismo de una parte y por el derecho penal máximo de la otra. El mismo Ferrajoli lo señala con descamada

⁷ *Derecho y razón*, página 334.

dramaticidad : “Es desde luego posible eliminar o reducir al máximo los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad de todos : con los tanques en las calles y con policías a la espalda de los ciudadanos, pero también - más moderna y discretamente, con micrófonos, cámaras de televisión en viviendas y lugares de trabajo, interceptaciones telefónicas y todo el conjunto de técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia que hace posible un *Panopticon* social mucho más capilar y penetrante que el carcelario que concibió Bentham e idóneo para desempeñar funciones no sólo de prevención de los delitos sino también de gobierno político de la sociedad”⁸.

7. Un riesgoso equilibrio

A mi juicio, es preciso responder claramente a dos preguntas. La primera es descriptiva : ¿ Es el derecho penal - o cada sistema particular de derecho penal - un factor disuasivo aceptablemente eficaz ? La otra es normativa : ¿Es moralmente admisible aplicar las penas capaces de lograr aquel nivel aceptable de disuasión ? Si la respuesta a la primera pregunta es negativa, en la medida en que lo sea tienen razón los abolicionistas. Si es positiva pero la segunda es negativa, también. Sólo *si las dos respuestas son positivas* es posible justificar el derecho penal; pero en este caso la cuantía de la pena no puede quedar disociada de la eficacia de su función preventiva.

Todavía es posible evitar caer en el derecho penal máximo si se aplican al cálculo *economicista* de la pena⁹ límites extrapenales, como los previstos en la doctrina de los derechos humanos: para este enfoque, sean cuales fueren las conveniencias de la prevención, ninguna pena puede sobrepasar cierto mínimo de respeto debido a cualquier ser humano. Pero el problema de fondo sólo se traslada con ello al ámbito extrapenal. Si el umbral de los derechos humanos llegara a afectar la capacidad del derecho penal para la prevención, las conductas desviadas remanentes deberán tolerarse. Si la disposición social a tolerar las ofensas fuera insuficiente, el modelo garantista volvería a debatirse entre el abolicionismo y el maximalismo y podría quebrarse.

En estas condiciones, tal vez podría imaginarse un sistema distinto del de Ferrajoli para la fijación de las penas. Una vez decidida la prohibición penal (que supone al menos cierta esperanza de prevención mediante el castigo),

⁸ *Derecho y razón*, página 339.

⁹ Llamo cálculo *economicista* de la pena al que tiende a fijar las penas según ciertas leyes de mercado, en el que, para el individuo, el delito es el bien a adquirir y la pena (o, mejor dicho, el riesgo de sufrir la pena) es su precio. Al mismo tiempo, para el segmento dominante de la sociedad, la conducta no desviada es el bien a adquirir y el costo de las penas (con todo el aparato destinado a decidir las y a aplicarlas) es el precio a desembolsar a cambio de ese bien.

habría un umbral mínimo absoluto, por debajo del cual no sería útil fijar penas que careciesen de todo efecto, y un dintel máximo absoluto, por encima del cual cualquier pena, aplicada por cualquier motivo, se consideraría violatoria de los derechos humanos. Dentro de esta escala, para cada conducta desviada puede haber un punto de equilibrio, en el que la gravedad de la pena, unida a la probabilidad de su aplicación, ejerza una disuasión tal que las conductas desviadas, sin llegar a desaparecer, se reduzcan a una proporción compatible con la capacidad de tolerancia de la comunidad.

Desde luego, el punto de equilibrio es función de diversas variables extrapenales, entre las que se cuentan las circunstancias económico sociales y culturales a las que acertadamente se refiere Ferrajoli. Pero esta reflexión sirve también como advertencia. Si aquellas circunstancias son prolongadamente desfavorables (lo que ciertamente ocurre en nuestros días), la capacidad de tolerancia social se satura y tiende a bajar. La eficacia disuasiva de las penas también disminuye, superada por las necesidades y la disgregación cultural y disuelta en el creciente número de delitos. El punto de equilibrio tiende entonces a elevarse por encima del dintel de los derechos humanos, y el resultado puede ser - lo ha sido ya muchas veces - la quiebra del garantismo y el paso a un modelo salvaje, social o estatal.

Esta circunstancia lleva a enfatizar otro punto en el que el garantismo de Ferrajoli podría conspirar contra sí mismo. Nuestro autor descarta los efectos rituales del proceso, así como los efectos psicológicos de la internalización de los valores reflejados en el derecho penal, en la medida en que tales efectos son coherentes con la estigmatización. Ferrajoli quiere un derecho penal aséptico, frente al cual el sujeto decida *libremente* si actuará de modo convergente o desviado, habida cuenta de sus propios intereses y de las aflicciones prometidas por el legislador¹⁰. Me pregunto si este modelo de influencia del derecho penal (o del derecho en general) en las conductas es empíricamente viable. Napoleón dijo que no es posible sentarse sobre las bayonetas, metáfora que encierra una enseñanza obvia : el Estado y sus autoridades, cualesquiera sean su origen, sus métodos o la justicia de sus normas, pueden imponerse en un momento por la fuerza (es decir, mediante la amenaza y el temor), pero no pueden reposar indefinidamente sobre ella. Para mantenerse, requieren una masa crítica - no necesariamente mayoritaria - de acuerdo programático, en torno a la cual se congrega un amplio campo de acatamiento conformista o resignado. La ventaja del sistema democrático consiste, precisamente, en exigir periódicamente el acuerdo mayoritario para la constitución o la permanencia de un modelo

¹⁰ Dado que el individuo siempre actúa en función de sus motivos, abrigo serias dudas acerca de la distinción conceptual entre conducta libre y conducta inducida. En este aspecto, me remito al trabajo *A proposal on action, freedom and meaning*, en *European Journal on Law, Philosophy and Computer Science (Practical Reason, History of Deontics, Computer Law)*, vol. 1-1: 41-47.

determinado de poder político. Del mismo modo, si las prohibiciones penales debieran renunciar a la internalización y confiar sólo en las decisiones individuales que los ciudadanos ejercen caso por caso, es probable que su eficacia preventiva, ya escasa, disminuyera todavía más¹¹.

Tal vez el problema central del derecho penal se encuentre, paradójicamente, fuera del derecho penal mismo. El derecho penal es la cara más dura de la fuerza al servicio de un estado de cosas (distribución de derechos y obligaciones) que pocos consideran justo y que muchos juzgamos discriminatorio y altamente conflictivo. Sea cual fuere nuestro juicio moral sobre cada delincuente individual, existe una convicción muy extendida (que Ferrajoli comparte y yo también) en el sentido de que las condiciones económicas y sociales desiguales, que tienden crecientemente a la marginación, contribuyen en gran medida a fomentar el delito (las conductas desviadas) y, lo que es peor, a dirigir las sanciones y la estigmatización contra los más débiles, mientras se consiente la impunidad de los poderosos. Desde esta perspectiva, quién sabe si el sistema penal, técnicamente considerado, tiene tantas culpas como se le atribuyen, o si - más allá de su propia y evidente falencia, que no es estrictamente atribuible a sus contenidos - es la víctima expiatoria de las injusticias que atribuimos al sistema social del que forma parte y del que es instrumento.

Ferrajoli evita entrar de lleno en este razonamiento, pero éste parece servir de telón de fondo a todo el planteo. Si queremos evitar que ese conflicto interfiera en nuestro análisis, hablemos, pues, de política social y dejemos para después las reflexiones acerca de la justificación de la pena. O bien finjamos por un momento vivir en el más justo de los sistemas y examinemos la justificación interna de la pena con independencia de las controversias de política extrapenal. Cualquiera de las dos actitudes es positiva. Cualquiera de las dos es incompleta sin la otra. Pero permitir que ambas se mezclen en nuestro razonamiento provoca una interferencia recíproca que conspira contra la consistencia de nuestras conclusiones. Como en tantos otros temas, conviene en éste que clarifiquemos el origen y el alcance de nuestros argumentos si queremos llegar a compararlos con buen fruto.

¹¹ En este aspecto, la alternativa no es influir o no influir en las conciencias, sino tomar como un simple dato de la realidad la influencia que en innumerables sentidos se ejerce de hecho sobre ellas o intentar la introducción de una influencia adicional deliberada; y, en caso afirmativo, qué sentido otorgar a esa influencia y de qué modo ejercerla. El punto no es substancialmente diferente del que se plantea ante la posibilidad de legislar.