

LA TEORIA DE LOS FINES DE LA PENA DE LUIGI FERRAJOLI

Agustín Prieto Morera. Magistrado Suplente

RESUMEN: La Teoría de la pena de Ferrajoli, se ha convertido en uno de los paradigmas del Derecho Penal actual, tanto para criticarla como para compartirla, convirtiéndose en una referencia necesaria. Ha contribuido al actual debate de la Modernización del Derecho Penal y de su modelo normativo.

PALABRAS CLAVE: DERECHO PENAL, TEORIA DE LOS FINES DE LA PENA, DERECHO PENAL DE MÍNIMO

ABSTRACT: Theory Ferrajoli penalty, has become one of the paradigms of the current Criminal Law, both to criticize and to share, becoming a necessary reference. It has contributed to the current debate on the modernization of criminal law and its regulatory model.

KEY WORDS: CRIMINAL LAW, THEORY OF PURPOSES OF PUNISHMENT, MINIMUM CRIMINAL LAW

1. LUIGI FERRAJOLI UN TEORICO DEL GARANTISMO

El profesor italiano Luigi Ferrajoli apenas requiere presentación, es uno de los juristas más influyentes de las últimas décadas. Su magna obra *“Derecho y Razón, teoría del garantismo penal”*¹, analiza desde la axiología (las razones del derecho Penal), desde la epistemología (la razón en el derecho penal) y desde la Ciencia Penal (las razones del Derecho penal), la problemática actual del Derecho Penal, sus diferentes tendencias y propone un sistema de principios que considera necesarios para señalar un programa razonable y humanista para el tratamiento de las “conductas sociales desviadas”, estableciendo las bases de un modelo de derecho penal mínimo o garantista. Siempre será una guía, un modelo ideal, una utopía que propugna una meta y un camino, sobre los requisitos y características necesarios en un sistema penal respetuoso con los derechos y garantías fundamentales y coherentes con el modelo de Estado de Derecho.

El garantismo es una “ideología” jurídica, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Luigi Ferrajoli elabora una completa y estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores extendió su teoría a todo sistema de garantías de los Derechos fundamentales, convirtiendo al garantismo en sinónimo de Estado Constitucional de Derecho. El garantismo, según Ferrajoli es un paradigma de carácter general, que procura un sistema de límites y vínculos no sólo respecto al Poder

¹ FERRAJOLI LUIGI. *“Derecho y razón, teoría del garantismo penal”*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Judicial sino de todos los demás poderes, para la garantía de todos los derechos fundamentales².

La teoría es fabricada desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho, pero permite una integración multidisciplinaria. Se funda en principios filosóficos para resolver los problemas de legitimación, legalidad, existencia, vigencia y efectividad del derecho. Para Ferrajoli, el Estado de derecho garantista, se ofrece como la mejor alternativa para la limitación de los poderes. Estado de derecho garantista que exige dos cosas: una concepción propia de la teoría del derecho y una filosofía política. Precisa de una exclusiva visión de la teoría del derecho debido a que el Estado garantista cambia el paradigma clásico del derecho por una alternativa distinta y crucial para las exigencias de las sociedades actuales. Por otra parte, necesita de la re-elaboración de una filosofía política particular que atienda la demanda de la nueva relación entre política y derecho. En otras palabras, —y de ahí se desprenden sus tres acepciones de garantismo— Ferrajoli pretende elaborar una teoría general del garantismo con visiones propias del Estado de derecho, teoría del derecho y filosofía política³.

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. Sobre este punto Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea —presente ya en Locke y en Montesquieu— de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”⁴.

Otro postulado básico del garantismo es la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia, entre la legitimación ético-política y la legitimación jurídica. De esta separación deriva, a su vez, la distinción entre punto de vista interno y externo del derecho del Derecho Penal.

El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de “garantía”. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”⁵. Aunque el concepto de garantía tiene un origen

² FERRAJOLI LUIGI “*Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*”, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006,

En internet <https://nancyarellano.files.wordpress.com/2014/03/derechos-y-garantias-la-ley-del-mas-debil-ferrajoli.pdf>, consultado 18 de mayo de 2015

³ MORENO CRUZ, Rodolfo. “*Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*”. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 3, verano 2006. pp. 8-12.

En internet <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf>, consultado el 18 de junio de 2015.

⁴ GASCÓN, MARINA. “*La teoría general del garantismo. Rasgos principales*”. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) “*Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*,” Madrid, Trotta, 2005, p. 22.

⁵ FERRAJOLI, LUIGI. “*Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*”, opus. cit., p. 29.

vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional.

Precisando el concepto general que ya se ha transcrito, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”⁶.

Si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos nos encontraremos ante una garantía negativa, que precisamente impone a los sujetos obligados a abstener de realizar ciertas conductas; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a tomar acciones o desarrollar comportamientos activos a los sujetos obligados. Por ello entiende la garantía como los límites y los vínculos de los poderes, con cualquier poder. El área donde se desarrolló el garantismo es en torno al derecho penal. En ese sentido, las garantías son los límites al arbitrio judicial y al arbitrio policial. El derecho penal ha sido en la época de la Ilustración el lugar donde se desarrollaron los límites al poder absoluto del Estado.

Existen también, en la categorización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias es importante, ya que sirve para apoyar uno de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, aquel que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías. Configurando las garantías como la nota distintiva de la efectividad de Derechos Humanos en un Ordenamiento Jurídico.

2. EL GARANTISMO PENAL

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo⁷, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales.

⁶ *Idem*, p. 33

⁷ *Idem*, p. 38.

Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. La ley debe proveer exactamente los hechos objeto de la penalización. Debe penalizar solamente actos que producen daños, ofensas, con el límite de la culpabilidad. Son condiciones sine qua non.

Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural⁸. Cada axioma tiene una significación individual y en conjunto, el primero como condiciones sine qua non entre ellos y en conjunto, en sentido ascendente, utilizando cada uno de ellos del anterior como consecuente hasta llegar al último axioma lo que permite establecer mediante un sistema de implicaciones y derivaciones de lógica formal, p.e no sólo que no hay juicio sin acusación, sino acusación sin juicio planteando setenta y cinco teoremas combinaciones posibles de un axioma en función de otros o sus implicados . Para el garantismo, lo que hace ético un Estado de Derecho, aun cuando penaliza a seres humanos, es que se autolimita hasta el punto de afirmar que no hay pena ni crimen sin defensa del criminal (nullum pena, nullum crimen sine defensione), en esto consiste la estricta legalidad.⁹

El proceso penal es una actividad de conocimiento y las garantías procesales son traducciones en normas jurídicas de criterios epistemológicos. Son garantías para el inocente de libertad y también para la verdad. El Poder Judicial es tanto más limitado cuanto más lo transforman las garantías en un saber con la carga de la prueba, el contradictorio, y tanto más arbitrario cuanto más es un poder sin límites, sin vínculos. Todas las garantías procesales, por ejemplo la impugnación, son garantías para una correcta certidumbre de la verdad procesal, que siempre es una verdad probabilística en los hechos y opinable en derecho.

Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica¹⁰. Ferrajoli pone el acento de la verdad procesal como correspondencia¹¹ y sólo sobre él, puede el criterio de coherencia y de aceptabilidad justificada vincular el juicio a la estricta legalidad o sea a los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles¹²

⁸ *Idem*, p. 38.

⁹ *Idem*, p.92 y ss. Y 110 a 113

¹⁰ *Idem*, p. 39.

¹¹ Derecho y Razón, opus .cit. pág. 48 y ss.

¹² *Idem*. pág. 68 y ss

3. LA TEORIA DE LA PENA EN FERRAJOLI

3.1. Sus presupuestos filosóficos: La distinción entre Moral y Derecho.

Al abordar las razones del Derecho Penal expone su doctrina normativa de los fines de la pena, que legitima o justifica bajo parámetros muy estrictos. Los presupuestos iusfilosóficos, que para Ferrajoli son necesarios para legitimar o justificar un derecho penal garantista sería en primer lugar la radical separación entre derecho penal y moral, y el utilitarismo penal reformado.

Respecto al neta separación entre derecho penal y moral, como hemos dicho la entiende como la separación entre la legitimación externa o ético-política y la legitimación interna o jurídica del derecho penal. Para Ferrajoli todo modelo penal sustancialista y autoritario es la antítesis del modelo penal garantista, que se caracteriza por una confusión entre derecho y moral.

Para ello se fundamenta en las tres tesis teóricas o asertivas: 1ª) Una tesis meta-lógica acorde a la Ley de Hume" que veta en tanto que 'falacia naturalista' la derivación del derecho válido o 'como es' del derecho justo y viceversa 2ª) Una tesis científica "que excluye como falaz la idea de la justicia sea una condición necesaria o suficiente de la validez de las normas jurídicas 3ª) Una tesis metacientífica que radica en la "recíproca" autonomía del punto de vista interno o jurídico y el punto de vista externo (ético-político y en otro sentido sociológico) en el estudio del derecho . Estas tres tesis, conectadas lógicamente entre sí, pero distintas en cuanto a significado y nivel, constituyen la concepción iuspositivista del derecho y de la ciencia jurídica conocida también como "convencionalismo o formalismo jurídico"¹³

Junto a ello expone las tres tesis axiológicas o prescriptivas, relativas respectivamente a la concepción del delito, del proceso penal y de la pena 1) El derecho no tiene como función imponer una determinada moral sino impedir la comisión de acciones para terceros, de los que se deduce el principio de lesividad, ofensividad o antijuricidad del delito. La inmoralidad es condición necesaria pero no suficiente para que una conducta pueda ser considerada delito 2) El juicio no es acerca de la personalidad del reo o su moralidad o carácter sino de hechos penales prohibidos que le son imputados y que deben ser probados por la acusación o desvirtuados por la defensa, es decir el principio del derecho penal de acto y 3) La pena no puede tener fin moralizante de lo que deduce el principio de autonomía ética del individuo.

La última tesis, es la que mayor influencia tiene para la configuración de la pena, al excluir una finalidad moralizante: "La pena sólo puede justificarse o legitimarse por

¹³ *Idem.* pág. 221 y ss

suponer una utilidad para la sociedad que la impone y para el individuo que la sufre” no siendo suficiente la justificación de su moralidad o eticidad.

3.2.- Sus presupuestos filosóficos: El Utilitarismo Penal reformado

De ésta última tesis, deduce el segundo presupuesto filosófico: el utilitarismo penal reformado. Según el profesor “La concepción de la pena como medio, más que como fin o valor representa el rasgo común de todas las teorías relativistas o utilitaristas¹⁴ Esta justificación utilitarista sólo permite legitimar un derecho penal mínimo¹⁵, con lo cual excluye directamente las justificaciones no utilitaristas, como las retribucionistas o absolutas. Pero además no admite todos los utilitarismos porque habría que discriminar qué utilidad, qué daños deben ser prevenidos y para que sujetos deben ser prevenidos, la respuesta a estas incógnitas depende la configuración garantista de las concepciones utilitaristas de la pena¹⁶. De hecho existe un utilitarismo de claro signo autoritario y que va acompañada de modelos de derecho penal de máximo (utilidad para el príncipe, razón de Estado), Ferrajoli indica que éstos últimos utilitarismos penales siempre han sido más practicados que explícitamente teorizados¹⁷.

La otra clase de utilitarismo sería la que entiende la utilidad para el pueblo, para los gobernados.... Dentro de estos utilitarismos distingue una primera categoría según la cual se “ajusta el fin (de la pena) a la *máxima utilidad posible que quepa asegurar a la mayoría formada por los no desviados*”. Aquí se refiere el fin de la pena sólo a los intereses de seguridad social, distintos y opuestos a los de aquellos que se infringen la pena, por ello hace imposible la ponderación entre costes y beneficios y no permite poner límites al derecho penal. La segunda categoría de estos utilitarismos *ex parte populis* se “ajusta el fin de la pena al mínimo sufrimiento necesario que haya de infligir a la *minoría formada por los desviados*”. Procura proteger a los intereses de los destinatarios de la pena, que a falta de ésta podrían sufrir males extrapenales mayores, permitiendo de éste modo la ponderación de los medios penales adoptados y de este modo limitar el derecho penal para que su intervención se limite a lo mínimo necesario.

Esta última categoría de utilitarismo es la que permite a Ferrajoli elaborar su doctrina del fin de la pena desde una doble perspectiva utilitarista. “La pena debe ser útil para la mayoría conformada por los no desviados, en cuanto que les brinde seguridad social, pero también debe ser útil para la minoría conformada para los desviados, en cuanto suponga para ellos el mínimo sufrimiento necesario”

¹⁴ *Idem.* pág. 258

¹⁵ *Idem.* pág. 223 y ss

¹⁶ *Idem.* pág. 260y 261 ss

¹⁷ *Idem.* pág. 260

3.3.- Crítica a las diversas doctrinas tradicionales de los fines de la pena. Las doctrinas abolicionistas y justificacionistas

Ferrajoli conceptúa las doctrinas tradicionales sobre la justificación de la pena en dos categorías: Las abolicionistas y las justificacionistas ¹⁸ .

Desecha las diversas doctrinas abolicionistas, considerando como tales las doctrinas que consideran ilegítimo el derecho penal, al no admitir moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, o porque consideran ventajosa la abolición de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control informal o inmediatamente social ¹⁹

Para él suponen un moralismo utópico y una nostalgia regresiva a modelos arcaicos y tradicionales de comunidad sin derecho ²⁰. En última instancia estas doctrinas terminan siendo autoritarias pues la cuestión decisiva es determinar cómo sería una sociedad en que sea abolido el derecho penal. Posiblemente la alternativa sea una sociedad carente de orden y abandonada a la ley del más fuerte o una sociedad disciplinada pacífica y totalizante en que los conflictos con controlados y resueltos o peor aún prevenidos, por sistemas ético-pedagógicos de interiorización del orden o de tratamiento médico o de panoptismo social e incluso policial²¹, con lo cual dicho modelos no resultan muy deseables. Les concede el mérito a los abolicionistas de deslegitimar el derecho penal y trasladar la carga de la prueba a los justificacionistas.

Respecto a las doctrinas justificacionistas, distingue también dos categorías las doctrinas retribucionistas o absolutas y las utilitarias o relativas. Son teorías absolutas todas las retribucionistas que conciben la pena como fin en si misma, mirando al pasado sin justificar el por qué y el cuándo. Sólo justifican la pena internamente pero no externamente, por consiguiente la pena no es un medio sino un deber metajurídico que tienen en sí mismo su fundamento. No responden porque prohibir ya que la prohibición y el castigo con fin en si mismos. Por el contrario las teorías relativistas miran al futuro, todas las doctrinas utilitaristas que consideran y justifican la pena sólo como un medio para la realización de un fin utilitario de la prevención de futuros delitos²²

Dentro de las doctrinas retribucionistas o absolutas, incluye a Kant y Hegel matizando sus diversas posturas, concluyendo que no son admisibles porque su carácter metafísico e indemostrable, se fundamenta en la enraizada creencia de algún nexo entre culpa y castigo, reminiscencia de creencias mágicas y de la confusión entre derecho y naturaleza. Dicha concepción de la justicia penal es filosóficamente absurda, pues tal como lo enunció ya Platón “lo que está hecho no puede ser deshecho”²³ . Por otro lado

¹⁸ *Idem.* pág. 247 ss

¹⁹ *Idem.* pág. 248 ss

²⁰ *Idem.* pág. 249 ss

²¹ *Idem.* pág. 251 ss

²² *Idem.* pág. 253 ss

²³ *Idem.* pág. 255 ss

confunden el problema de ¿Por qué castigar? y el problema de ¿Cuándo castigar?, la razón legal y la razón judicial de la pena, el fin de la legislación penal y el motivo por el se impone una pena, el primero es utilitario mira al futuro y el segundo tiene bases retributivas mira al pasado. Por último porque confunde derecho penal y moral, legitimación interna y justificación externa, lo que conlleva a modelos autoritarios de derecho penal de máximo, con concepciones jurídico-sustancialistas del delito y de la verdad judicial o bien concepciones ético-formalistas del delitos y del poder punitivo y prohibitivo²⁴.

3.4. Las Doctrinas Utilitaristas o Relativistas.

Respecto a las doctrinas utilitaristas o relativas de la pena, distingue las doctrinas sobre la prevención especial y las doctrinas sobre la prevención general. Las primeras se refieren el fin preventivo a la persona del delincuente y mientras las segundas lo refieren a la generalidad de los asociados. Cada una de ellas puede se puede dividir en positivas o negativas, según el efecto que se quiera lograr pueda ser catalogado como positivo o negativo. Se puede lograr la prevención general o especial positiva mediante la corrección del delincuente o mediante la integración disciplinar de todos los asociados, o bien negativamente mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos²⁵. Todas estas doctrinas preventivas de la pena tienen un denominador común, asignar como fin único a la pena la prevención de futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada y al mismo tiempo el de la prevención de reacciones arbitrarias o excesivas para la tutela de la minoría de los desviados, pudiendo tener una calificación indiferenciada como doctrinas de “defensa social” en sentido amplio²⁶. Pese a que cada doctrina utilitarista suele justificar la pena sosteniendo un fin preventivo único o prevalente, la tendencia actual es adoptar doctrinas preventivas mixtas o eclécticas²⁷

3.5.- Las Doctrinas de Prevención Especial positiva y negativa

Las doctrinas de prevención especial positiva atribuyen a la pena del función positiva de corregir el reo²⁸. Las doctrinas de prevención especial negativa, asignan a la pena la función de negativa de eliminar o, de un modo u otros neutralizar al reo. En realidad, aunque las dos finalidades preventivo-especiales sean conceptualmente distintas, en el pensamiento correccionalista no se excluyen entre sí, sino que concurren acumulativamente a diseñar el fin de la pena con una función diversificada según la

²⁴ *Idem.* pág. 257y 258

²⁵ *Idem.* pág. 253

²⁶ *Idem.* pág. 262-4. Por ello estas doctrinas están muchas veces expuestas a desarrollos de modelos de derecho penal máximo

²⁷ Hoy día son mayoritarias y conocidas como teorías unificadoras. Concilian los criterios citados tratando de llegar a una conciliación. Suelen partir del principio de retribución y luego combinan los criterios de prevención general y prevención especial por las distintas fases que atraviesa la pena su instauración legislativa (conminación abstracta) judicial (concreción o individualización) y ejecución. Cfr. Claus Roxin, Derecho Penal. Parte General. tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pág. 78 y ss. al igual que la Doctrina española mayoritaria, así como MERKEL o SCHMIDHAUSER.

²⁸ Derecho y Razón, opus .cit. pág. 263 y ss.

personalidad, corregible o incorregible, de los condenados. Para los corregibles la prevención especial positiva o de corrección y para los incorregibles la prevención especial negativa o incapacitación.

A su vez Ferrajoli, distingue tres orientaciones de la prevención especial, según sus motivaciones filosóficas o políticas: a) las moralistas o de enmienda b) Las naturalistas de defensa social y c) las teleológicas de la diferenciación de la pena²⁹. Se caracterizan porque ponen su atención en los reos y no en los delitos, en los autores y no en los hechos, distinguiendo las características personales antes que en su acción delictiva. Junto a ello tienen un programa común el uso del derecho penal para no solo prevenir los delitos, sino también transformar las personalidades desviadas con proyectos autoritarios de homologación o alternativamente la neutralización mediante técnicas de amputación y saneamiento social³⁰

Para Ferrajoli, estas tres doctrinas consideran los delitos como patologías sea moral, natural o social y las penas como terapia política a través de la curación o la amputación³¹. Además considera que las doctrinas de la prevención especial tanto positiva como negativa contradicen las tres tesis axiológicas o prescriptivas en las cuales se fundamenta la separación entre el derecho penal y moral en su pensamiento (el principio de lesividad, ofensividad o de antijuricidad material, el principio del derecho penal de acto y el principio de autonomía ética del individuo). Todo ello convierte en inadmisibles dichas doctrinas para Ferrajoli. Junto a ello, critica dichas doctrinas en cuanto que su meta es irrealizable, en tanto que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito³². Por otro lado sin hipotéticamente se pudiesen aplicar un catálogo de penas correctoras serían moralmente inaceptables por ser contrarias a principios como la libertad, la igualdad y la dignidad humana³³

Para Ferrajoli en definitiva, estas doctrinas son “las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas y justifican modelos de derecho penal de máximo y tendencialmente ilimitado”³⁴

3.6.- Doctrinas de la Prevención General Positiva a través de la integración.

Estas doctrinas de prevención general positiva o integración asignan a la pena la función positiva de reforzar la fidelidad de sus asociados al orden constituido³⁵, mientras que las doctrinas de prevención general negativa asignan a la pena la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena. Para Ferrajoli las doctrinas

²⁹ *Idem.* pág. 265

³⁰ *Idem.* pág. 271

³¹ *Idem.* pág. 270

³² *Idem.* pág. 271

³³ *Idem.* pág. 271 y 272

³⁴ *Idem.* pág. 270

³⁵ *Idem.* pág. 263

de Prevención General Positiva³⁶ confunden el derecho y moral, pues elaboran una “ideología de legitimación apriorística tanto del Derecho Penal como de la pena”³⁷. Atribuyen a la pena la función de integración social a través de un reforzamiento de la fidelidad al Estado así como la promoción del conformismo de las conductas, sea como un instrumento insustituible de “orientación moral” y de “educación colectiva” o como un factor de cohesión del sistema político-social por la capacidad de la pena para restaurar la confianza colectiva en la estabilidad del ordenamiento y renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones. Ello reduce al individuo a un “subsistema físico-psíquico” funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social e inevitablemente se acompañan de un derecho penal de máximo e ilimitado, programáticamente indiferente a la tutela de los derechos de la persona. De esta forma desaparece la justificación externa del sistema reduciéndose a la justificación interna, identificándose con el ethos del Estado o con cualquier pretendida moralidad interna del derecho, convirtiéndose dicha justificación en mera exigencia funcional de autoconservación del sistema político.

3.7.- Las Doctrinas de la Prevención General Negativa.

Quedarían sólo como legítimas las doctrinas de la prevención general negativa, que para él tienen la virtud al menos de no confundir el derecho penal y la moral, y que sus propósitos son ideológicamente neutrales, pues no fijan su atención en los delincuentes sino en la generalidad de los asociados, sin atribuir valor apriorístico a la obediencia política de éstos a las leyes, lo que realiza las doctrinas de la prevención positiva³⁸. En ellas distingue dos tipos de prevención general negativa: la que se debe cumplir a través de la pena ejemplar y la que se debe cumplir a través de la amenaza legal.

3.7.1.- Doctrinas de la Prevención General Negativa a través de la pena ejemplar

Las doctrinas de la prevención general negativa a través de la pena ejemplar impuesta fueron postuladas por autores preilustrados e ilustrados³⁹. Estas doctrinas para Ferrajoli tienen el gran defecto de resultar “idóneas” para fundamentar el derecho penal de máximo. Si todo el fin de la pena se centra en la imposición judicial y en una ejecución ejemplar de la pena, teniendo como único objetivo disuadir o intimidar a quienes se vean tentados a delinquir, se pueden terminar imponiendo y ejecutando penas extremadamente severas incluso para delitos de ínfima gravedad, lesionando los derechos

³⁶ Refiere principalmente a las teorías de Günter Jakobs (a partir de Luhmann). Ferrajoli alude a su vez a Federico Stella, Gabriel Tarde así como a las doctrinas expresivas o denunciatorias de James F. Stephen y Lord Devlin.

³⁷ *Idem.* pág. 275

³⁸ *Idem.* pág. 276

³⁹ Pensadores iusnaturalistas del siglo XVII y XVIII Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham y Gaetano Filangieri

y garantías penales y procesales para disuadir y intimidar de la manera más eficaz⁴⁰. Un derecho penal inspirado totalmente con esta finalidad punitiva desemboca en la pena de muerte para todos los delitos, en un derecho penal del terror. Desde otro punto de vista dichas teorías quedan expuestas a la objeción kantiana por la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean y si se comparte este principio moral dicha justificación del derecho penal es expresamente inmoral.⁴¹

3.7.2.- Doctrinas de la prevención general negativa a través de la amenaza legal

Las doctrinas de la prevención general negativa a través de la amenaza legal de la pena establecida en abstracto, son más recientes⁴². Según Ferrajoli tienen la ventaja que no entrañan el mencionado peligro de excesos terroristas, al menos a nivel judicial, por la predeterminación legal de la pena evitando de entrada las desproporciones⁴³. Además el carácter formal de dichas teorías asegura el fundamento racional de los tres principios garantistas esenciales que delimitan la potestad punitiva del Estado: el principio de estricta legalidad, materialidad de los delitos y de culpabilidad.⁴⁴ A pesar que dichas teorías se puedan enmarcar en su sistema garantista, al justificar la pena como medio de asegurar la eficacia de las prohibiciones penales, no justifica las prohibiciones mismas y por consiguiente no puede bastar para justificar el derecho penal como tal⁴⁵.

Además encuentra dos carencias: si bien dichas teorías protegen contra un terrorismo penal judicial, no impiden un terrorismo penal legislativo, al estar claro que la amenaza legal debe servir como “contraestímulo” “contramotivo” o “coacción psicológica”, resultando más eficaz cuando más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza. Además es aplicable a estas teorías la objeción Kantiana que ninguna persona puede ser tratada como medio para un fin que no es suyo⁴⁶

Por ello concluye, Ferrajoli que dichas doctrinas tienen la virtud de justificar las penas acorde a los delitos previstos, pero no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de derecho penal mínimo y garantista⁴⁷. Este fin de la pena no puede ser tomado exclusivamente, supera la exigencia garantista ferrajoliana de

⁴⁰ Roxin afirma que cuando se quiere intimidar mediante la pena, se tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Si durante la guerra se dictaron sentencias de muerte a delitos insignificantes, esto ocurrió por motivos de prevención general. Si se parte que para el Estado el fin no justifica los medios, algo así no puede ser conforme a Derecho. Confer. ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, traducción de Diego-Manuel Peña, Madrid, Reus, 1976, pág. 18. Muy expresiva es la nota 181 sobre Carrara que hace Ferrajoli en *Derecho y Razón*, opus .cit. pág.317 y 318.

⁴¹ *Derecho y Razón*, opus .cit. pág. 276.

⁴² *Idem.* pág. 277, Ferrajoli cita principalmente a Feurbach, Romagnosci y Schopenhauer pero incluye a Francesco Pagano, Carmignani, Carrara y otros juristas posteriores en la nota 189.

⁴³ *Idem.* pág. 277

⁴⁴ *Idem.* pág. 277 y 278.

⁴⁵ *Idem.* pág. 290

⁴⁶ *Idem.* pág. 279 y 280

⁴⁷ *Idem.* pág. 280

separación de derecho y moral, pero no es suficiente para satisfacer la otra exigencia de un utilitarismo penal reformado: que también debe tener en cuenta a la minoría formada por los desviados. Luego esta teoría deberá ser complementada con otros elementos, que es lo que pretende hacer Ferrajoli al formular su particular doctrina de la pena.

3.8.- El doble fin preventivo general negativo de la pena de Ferrajoli.

3.8.1.- Doctrinas, teorías e ideologías de la pena

Para articular su propia doctrina de la pena Ferrajoli expone y desarrolla varias distinciones previas que a su juicio no han sido percibidas generalmente por las tradicionales doctrinas de la pena. Expone los distintos significados cuando se responde a la pregunta de **¿Por qué castigar?**, que se corresponden a los distintos niveles del discurso y a distintos campos epistemológicos que muchas veces se confunden (el Ser y el deber ser) contraviniendo la Ley de Hume, a la que hemos aludido anteriormente⁴⁸.

En primer lugar distingue entre las doctrinas filosóficas de la pena (DEBER SER) y las teorías (científicas) de la pena e ideologías penales (SER), es decir las doctrinas filosóficas responden a la pregunta normativa de **¿por qué debe existir la pena?** y las teorías (científicas) de la pena que responden al interrogante descriptivo de **¿Por qué existe el Derecho Penal?**

La respuesta a **¿por qué debe existir la pena?** son para Ferrajoli doctrinas filosóficas o normativas del fin de la pena y constituyen justificaciones axiológicas de la misma⁴⁹. Es decir se refieren la fin de la pena en cuanto justificación valorativa, son justificaciones o doctrinas normativas que no son verdaderas ni falsas, sólo justas o injustas.

Para responder a la pregunta de **¿Por qué existe el Derecho Penal?** se deben distinguir los dos significados en que puede ser entendida la pregunta. El primero es **¿Por qué existe el fenómeno de la pena?** es decir **¿Por qué se castiga de hecho?**. Ésta pregunta es un problema histórico o sociológico, se refiere propiamente a la Función de la Pena y su respuesta la daría una Teoría descriptiva con proposiciones asertivas empíricas verdaderas o falsas, es decir Teorías científicas de la función de la pena. El segundo es significado es **¿Por qué existe el deber jurídico de la pena?** es decir **¿Por qué se castiga de derecho con una pena?**. Esta última pregunta es un problema jurídico positivo y se refieren a las Teorías científicas de la motivación de la pena en cuanto deber jurídico, pertenecen a la Teoría del Derecho particular, son proposiciones también descriptivas con proposiciones empíricas asertivas verdaderas o falsas (fácticas o jurídicas) aunque sus definiciones serían estipulativas o convencionales. Las doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son asimétricas entre sí, sea en el plano *semántico*, por el distinto significado de "fin", "función" y "motivación" o en el plano *pragmático*, por las finalidades meramente directivas de las primeras y descriptivas

⁴⁸ *Idem.* pág.321 a 324

⁴⁹ *Idem.* pág.3 22

de (hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras; o en el plano *sintáctico* porque las unas no son derivables de las otras⁵⁰

Todo ello supone, que la mayor parte de las tradicionales “Teorías de la pena” son en realidad, meras ideologías, pues confunden el deber ser de la pena con el ser del misma o viceversa⁵¹.

3.8.2.- Doctrinas de justificación y justificaciones de la pena

De forma similar distingue entre doctrinas de justificación del Derecho Penal o de la pena en general y las justificaciones (o no justificación) de la pena. Las primeras son discursos normativos acerca de la justificación o fines justificadores (Deber Ser) y las segundas son discursos asertivos acerca de la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas y reconocidas⁵²

Debido a esta confusión, las doctrinas normativas son casi siempre presentadas como justificaciones. De esta manera resultan muchas veces justificaciones apriorísticas, no referidas a un concreto ordenamiento penal o a una institución en particular, sino al Derecho Penal o a la Pena en general o a la idea que se tenga del Derecho Penal o de la Pena contraviniendo la Ley de Hume, que se produce no tanto en la doctrina de la justificación sino en la justificación misma (en el ámbito jurídico positivo concreto). De este modo si la doctrina normativa señala un determinado fin como criterio de justificación de la Pena o del Derecho Penal, en general, se deduce en efecto que las penas o los Ordenamientos Jurídicos concretos satisfacen de hecho ese fin y por consiguiente están justificados. Se produce de este modo una falacia normativista idéntica a la confusión idéntica a la confusión de los fines a las funciones de la pena. Las justificaciones se obtienen a posteriori, sobre la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando la justificación es apriorística, es decir, prescinde de la observación de hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista⁵³.

Incurrían igualmente en este vicio ideológico muchas doctrinas abolicionistas que discuten su fundamento axiológico con el argumento asertivo que la pena no satisface de hecho los fines que se señalan, p.e. que la pena no previene los delitos, que no reeduca a los condenados o que la cárcel tiene unos efectos criminógenos. Estas críticas estarían viciadas a su vez por la falacia naturalista, al ser imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas.⁵⁴ Únicamente si serían pertinentes cuando se argumentase no sólo la no realización, sino la irrealización empírica del fin justificador, como cuando se atribuye a la pena el fin retributivo de

⁵⁰ *Idem.* pág.3 23

⁵¹ *Idem.* pág.3 24

⁵² *Idem.* pág.3 25

⁵³ *Idem.* pág.3 25 y 326

⁵⁴ *Idem.* pág.3 26

reparar el delito pasado, o el fin preventivo de impedir cualquier delito futuro, fines manifiestamente inalcanzables.⁵⁵ Sin embargo en estos casos no nos encontraríamos ante doctrinas normativas sino ideologías viciadas por la falacia normativista: puesto que la condición de sentido de cualquier norma admite la posibilidad tanto de ser observada como de ser violada, si comprobamos que el fin prescrito no puede materialmente ser realizado y pesar de ello asumimos su posible realización como criterio normativo de justificación, ello quiere decir que la tesis de la posible realización, contradictoria con la irrealizabilidad, ha sido derivada de la norma violando la ley de Hume.⁵⁶

3.8.3.- Condiciones Metaéticas de la justificación de la pena.

A continuación Ferrajoli, busca los requisitos metaéticos para un modelo de justificación de la pena, que pueda ser capaz de escapar a los distintos tipos de falacias (naturista o normativista) y que no pueda ser degradado a una mera ideología apriorística.

El primer orden de requisitos se refiere a la valoración del fin penal justificador y de los medios penales a justificar. Con el fin que queden excluidas las autojustificaciones ideológicas del derecho penal y de las penas viciadas por la falacia naturista, es necesario en primer lugar que el fin sea reconocido y compartido como bien extrajurídico, externo al derecho, y en segundo lugar que el medio jurídico sea reconocido como un mal, es decir, como un coste humano y social que precisamente tiene que ser justificado.

Un segundo orden de requisitos se refiere a las relaciones entre medios y fines penales. Para evitar que la doctrina de justificación se preste a ser utilizada como justificación apriorística viciada por la falacia normativista, implica: (a) Adecuación de los medios a los fines de manera que los fines justificadores del derecho penal sean empíricamente realizables con las penas y no realizables sin ellas (b) hacer suyo el punto de vista radicalmente externo de los destinatarios de las penas, a fin que para ellos también resulten congruentes y consistentes la relación empírica entre los medios penales y los fines extrapenales, y ninguno de ellos sea tratado como una cosa o como un mero medio para fines ajenos.

Estos caracteres no se cumplirían en las doctrinas retribucionistas y por las doctrinas de la prevención general positiva. Pues en ambos casos la pena (al igual que la prohibición) no queda justificada por fines extra-punitivos, sino por el valor intrínseco asociado a su imposición, como bien en sí y fin en sí misma, por su valor intrínseco y no extra-penal⁵⁷

Tampoco las doctrinas de la prevención especial positiva cumplen con el segundo orden de exigencias, pues son ideologías normativistas, pues el fin correccional se asume

⁵⁵ *Idem.* pág.3 25, argumentos que desarrolla en la nota 4 de la pág. 345.

⁵⁶ *Idem.* pág.3 26

⁵⁷ *Idem.* pág.3 29

que queda satisfecho de manera apriorística, aunque de hecho no éste realizado o incluso sea irrealizable, deduciendo así el ser del deber ser.⁵⁸

En cambio, las doctrinas de la prevención especial negativa y la prevención general negativa no son cuestionables desde ésta perspectiva, pues disocian los medios penales, entendidos como males, de los fines extrapenales idóneos para justificarlos. La problemática de estas doctrinas es que su fin justificador es “sólo la máxima utilidad posible para los no desviados y no además el mínimo sufrimiento necesario para los desviados”. Por ello, no resulta coherente con el utilitarismo penal reformado del cual parte Ferrajoli, por que conducen a modelos de derecho penal máximo.

4.- EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y GARANTISTA. LOS DOS FINES DEL DERECHO PENAL.

Establecidos todos los presupuestos, pasamos a exponer la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli, la misma es, como hemos dicho es justificacionista, pero únicamente de un Derecho penal mínimo y garantista.

Ferrajoli , no justifica a priori el derecho penal y la pena de manera universal o de un Estado en particular. Sino que establece parámetros o criterios para valorar la legitimidad o justificación de los ordenamientos penales y de las sanciones penales de cada Estado. Establece una doctrina de la justificación y no una justificación. La justificación específica de cada derecho penal y de cada pena se debe obtener a posteriori una vez que contrasten estos con los criterios o parámetros que ofrece la doctrina de justificación adoptada.

4.1.- La Prevencion General de los delitos y de las penas.

La pena debe tener por finalidad prevenir los delitos, como prevención general negativa, en forma de amenaza legal de la pena. De esta forma proporciona una utilidad a la mayoría de los no desviados, evitando la comisión de delitos por parte de la minoría de los desviados⁵⁹. Sin embargo dicha justificación es insuficiente sino atiende también a la utilidad del mínimo sufrimiento necesario de la minoría de los desviados, al no lograr poner límites al Derecho penal.⁶⁰ Si sólo tuviese como finalidad la pena la prevención general de los delitos no excluiría un Derecho Penal de Máximo y como hemos visto su extralimitación no excluiría la pena de muerte para todos los delitos.

Para poner límites al Derecho Penal, evitar castigos injustos y se tutele no sólo a la persona ofendida por el delito sino también al delincuente frente a reacciones informales públicas o privadas es necesario el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. La pena tiene que prevenir también de manera general la venganza privada frente al delito, y en última instancia, la cadena interminable de violencia que se generaría si el

⁵⁸ *Idem.* pág.330

⁵⁹ *Idem.* pág.331

⁶⁰ *Idem.* pág.331 y 332.

Estado no interviniera frente algunos conflictos sociales de especial gravedad a través de la pena. Es obvio que si el agresor se convirtiera en víctima por venganza privada, él o sus allegados buscarían la venganza privada incrementando la violencia social quebrando el orden social y jurídico.

La historia del derecho penal y de la pena corresponde a una larga lucha contra la venganza. El primer paso es la venganza privada aplicando la Ley del Tali6n⁶¹. El segundo paso m6s decisivo es cuando se disocia entre el Juez y la parte ofendida, y adem6s se prohíbe la justicia privada -represalias, duelos, linchamientos, ejecuciones sumarias, ajustes de cuentas-. El Derecho Penal nace en ese momento cuando la relaci6n bilateral ofendida/ofensor es sustituida por una trilateral que sitúa en una posici6n imparcial al Juez⁶².

Esto no significa, que el fin de la prevenci6n general de los delitos sea una finalidad menos esencial del derecho penal. Este fin es por el contrario la raz6n de ser primordial, sino directamente de las penas, si de las prohibiciones penales, que est6n dirigidos a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones de otros asociados. Significa m6s bien que el Derecho Penal asume como fin una doble funci6n preventiva una y otra de signo negativo: la prevenci6n general de los delitos y la prevenci6n general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera funci6n marca el l6mite m6nimo y la segunda el l6mite m6ximo de las penas. Una refleja el inter6s de la mayoría no desviada y la otra el inter6s del reo y todo aquel que se sospecha y es acusado como tal. Los dos fines entran en conflicto y sus portadores son las partes del proceso contradictorio: la acusaci6n en la defensa social con inter6s en maximizar la prevenci6n y castigo de los delitos y la defensa interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevenci6n de las penas arbitrarias⁶³

De los dos fines, el profesor florentino, destaca el segundo (normalmente el m6s olvidado), porque a la vez es necesario y suficiente para fundamentar un derecho penal m6nimo y garantista. Es dudosa la idoneidad del Derecho Penal para prevenir los delitos por el mero temor de las penas, dada la complejidad de factores que inciden en ellos, siendo m6s segura su idoneidad para prevenir las penas arbitrarias y desproporcionadas.

La ley penal, en definitiva se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la raz6n de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la raz6n de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales⁶⁴

Argumenta tambi6n que este doble fin supone una protecci6n al lado m6s d6bil frente al abuso del m6s fuerte⁶⁵, tanto del "d6bil ofendido amenazado por el delito, as6 como del d6bil ofendido amenazado por la venganza" frente el m6s fuerte, que en el

⁶¹ Tal ley supuso un l6mite a la venganza privada desproporcionada.

⁶² *Idem.* p6g.333.

⁶³ *Idem.* p6g.334.

⁶⁴ *Idem.* p6g.335.

⁶⁵ *Idem.* p6g. 335.

delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios por él”.⁶⁶

Las dos finalidades preventivas –la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias- están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la «necesidad política» del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos

Esta legitimidad (...) no es «democrática», en el sentido de que no proviene del consentimiento de la mayoría. Es por el contrario «garantista», residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. «Garantismo», en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal...»⁶⁷

Dicho sistema permitiría no sólo legitimar una pena en particular, sino un sistema penal valorado en su conjunto. “Un sistema penal, está justificado sólo si la suma de las violencias –delitos, venganzas y castigos arbitrarios- que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas por éstos”⁶⁸ Es decir el Derecho Penal está más justificado “cuanto más bajos sean los costes del Derecho Penal frente a la anarquía punitiva”.

Este modelo normativo de justificación de la pena, satisface las condiciones de educación ética y consistencia lógica exigidos por el plano metaético. No confunde el derecho penal y la moral, responde tanto a la pregunta de ¿Porque prohibir? como ¿Porqué castigar?. La primera porque consigue el máximo bienestar posible de la mayoría de los no desviados y la segunda para conseguir el mínimo malestar necesario para la minoría de los desviados. Es coherente con el utilitarismo penal reformado, atiende a la máxima utilidad de la mayoría de los no desviados como a la máxima utilidad de la minoría de los desviados (entendiéndose como el menor sufrimiento necesario).

Por otro lado excluye las autojustificaciones apriorísticas de modelos de Derecho Penal de máximo⁶⁹. Sin obviar que es un mal la pena a pesar de todos los intentos resocializadores que muchas veces acaban en convertirse en aflictivos, se puede justificar como un mal menor respecto a la venganza y otras reacciones punitivas informales si reduce la violencia de la sociedad.

⁶⁶ *Idem.* pág.335.

⁶⁷ *Idem.* pág.335 y 336

⁶⁸ *Idem.* pág. 336

⁶⁹ *Idem.* pág.337

En definitiva el profesor Luigi Ferrajoli construye una justificación de la pena, desde su modelo de Derecho penal mínimo planteando la necesidad de la contracción del Derecho penal al mínimo, buscando un Derecho más eficiente, respetuoso de las garantías penales y procesales, y utilizado como último recurso para la solución de los conflictos sociales.

5.- VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS FINES DE LA PENA DE FERRAJOLI.

La obra de Ferrajoli *Derecho y Razón*, está destinada al igual que los grandes clásicos a ser mucho más citada que leída. La compleja, equilibrada, apolínea y fundamentada teoría sobre la justificación o legitimación de la Pena y del Derecho Penal en general, es una de las referentes a la hora de plantear los modelos y paradigmas del Derecho Penal actual.

El profesor deja claro que dicha doctrina no supone una apriorística justificación de la idea del Derecho Penal, de la Pena o Derechos Penales positivos y de las penas concretas de cada Estado, sino tan sólo parámetros o criterios para justificar o no justificar los Derechos Penales y las penas particulares de cada Ordenamiento Punitivo. El mismo realiza en los capítulos 10. 11 y 13 de *Derecho y Razón*, una valoración del Sistema Penal italiano para mostrar la distancia entre la normatividad y efectividad de las garantías, entre el “deber ser” y el “ser”, respecto a los tres subsistemas penales : en el Subsistema Penal ordinario, en el Subsistema Penal de Policía y en el Subsistema Penal de Excepción. Muchas de sus conclusiones pueden ser extrapolables a nuestro Sistema Penal⁷⁰.

⁷⁰ En concreto respecto al estado actual de la ejecución penal , el profesor Ferrajoli considera que la dinámica del Derecho penitenciario tradicional –con su característica flexibilidad o posibilidad de modificación a través de los beneficios penitenciarios- convierten a la pena en un instituto jurídico desigual, atípico e incierto y producen la sujeción del individuo a una serie de decisiones en torno a su personalidad e interioridad -como tales inverificables- con la consecuente disolución de las garantías de legalidad y jurisdiccionalidad en menoscabo de su dignidad humana y libertad –sobre todo porque considera que la libertad es la certeza de expectativas y la libre autodeterminación de la persona-. Para mitigar los efectos nocivos del sistema actual el autor renuncia a la finalidad preventivo especial positiva de la pena y al principio de flexibilidad, incorporando en su lugar la garantía de certeza en la duración de la privación de libertad, destacando sin embargo la necesaria supresión de esa sanción a largo plazo. Mientras se logra ese cometido propone que su máxima duración sea de diez años.

La alegada incertidumbre que para FERRAJOLI se genera en el privado de libertad, en torno al disfrute o no de beneficios penitenciarios, es causada no por los beneficios en sí sino sobre todo por la arbitrariedad con que se resuelven y la solución más apropiada para combatirla no es suprimir los mismos sino limitar el poder discrecional que tienen las autoridades penitenciarias y sujetar sus decisiones al control judicial. En todo caso, si al sujeto le genera más seguridad y tranquilidad no optar por los beneficios, podría permitírsele renunciar a los mismos. Es cierto que en la dinámica de la prisión es común que las autoridades pretendan a través del tratamiento, los beneficios penitenciarios y la disciplina, el sometimiento absoluto del privado o privada de libertad y que personal de las prisiones por lo general ejerce un poder discrecional muy amplio. Eso exige garantizar la efectiva vigencia del principio de legalidad en la cárcel, de tal manera que una ley regule con precisión el régimen y los derechos penitenciarios. Además se requiere que la población privada de libertad tenga información suficiente sobre sus derechos y obligaciones, de tal manera

La reciente reforma del Código Penal⁷¹ como nuestro Sistema Penitenciario⁷², por ejemplo, se plantea en los términos sobre si estamos o progresamos hacia un Derecho Penal de mínimo o a un Derecho Penal de máximo. El actual contexto socioeconómico, gira hacia modelos de Derecho Penal de máximo lesionando un Derecho Penal garantista, a la vez que se retira el Estado Social por extensión de las tesis del neoliberalismo, se expande el Estado Penal⁷³ siguiendo la pena privativa de libertad como hegemónica. El Derecho Penal liberal ha pretendido afrontar fenómenos tan distantes como homicidios, robos, la criminalidad organizada, la corrupción o las agresiones sexuales con una misma fórmula. Detener a la persona que lo ha cometido y privarla de libertad por tiempos variables en función del delito, y del “comportamiento” de la persona en la aplicación de la pena. De esto modo se aparta de la sociedad a las personas peligrosas para evitar que

que conozca con precisión su situación jurídica y las posibilidades y los elementos a considerar para la modificación de las condiciones de cumplimiento de la sanción. Indispensable resulta también garantizar su asesoría legal o técnica – incluso gratuita cuando no tenga recursos económicos- y el acceso a la justicia para plantear el reclamo de sus derechos. Al mismo tiempo es importante la capacitación periódica del personal administrativo y de los jueces de vigilancia penitenciaria.

⁷¹ Son muchas las cuestiones que plantea la reforma del Código Penal que podrían colisionar con una propuesta normativa del Derecho Penal de Mínimo y supongo que serán temas de debate durante los próximos meses: El incremento punitivo convirtiendo en delitos unas determinadas faltas, cuya tramitación era adecuada para la paz social y sin ningún efecto punitivo relevante- Otras faltas se transforman en sanciones administrativas o civiles, pero con la posible consecuencia que puedan incrementar los costes de acusación y defensa, limitando igualmente las posibilidades de acceder a la Justicia para los justiciables. La eufemística “prisión permanente revisable” que puede convertirse en una cadena Perpetua de facto. La desvinculación de las medidas con las penas que podría propiciar un Derecho Penal de autor (no del acto) y un derecho de peligrosidad (no de culpabilidad). Un desigual incremento de penas según que delitos, aminorándose ciertos de delitos de corrupción y contra la Hacienda Pública y un incremento en otros delitos que podrían criminalizar la protesta social. Un incremento de los plazos para la cancelación de antecedentes penales con las consecuencias lesivas que puede ocasionar al penado aparte de unos discutibles nuevos tipos penales. Cfr. “Orden Público y restricción de las libertades”. *Análisis de la reforma de la legislación penal y administrativa desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales*. Comité Permanente de Jueces para la Democracia. Alcalá de Henares 20 y 21 de febrero de 2014, en internet archivo PDF en https://laicismo.org/data/docs/archivo_1365.pdf. Consultado el 23 de mayo. Enrique Gimbernat cuestiona hasta la separación entre moral y derecho en la Reforma del Código Penal en un artículo en El MUNDO, puede consultarse <http://www.elmundo.es/opinion/2015/04/23/5539383be2704ed1158b4582.html>, consultado el 2 de julio de 2015.

⁷² Un test de validación de nuestro Derecho Penitenciario de acuerdo al paradigma normativo del Derecho Penal mínimo, puede ver en MURILLO RODRÍGUEZ, Roy Alexander, “Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario . Las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español”, en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”, Getafe, junio 2009. Puede consultarse en archivo PDF <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7588> , consultado el 25 de mayo de 2015.

⁷³ Entronca directamente sobre el debate actual de la modernización del Derecho Penal, sea de la Expansión del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo (Silva Sánchez, Hassemmer) del Derecho Penal del enemigo (Jackobs) . De modo metafórico Martínez-Bujan Pérez aplica las teorías astrofísicas hablando de la Teoría del Big Bang (expansión Derecho Penal de Máximo) y Bing Crunch (Derecho Penal de mínimo).

no vuelvan a reiterar los delitos por los que han sido condenadas y que el resto de miembros de la Sociedad desista en su intento de hacer lo mismo.

Sin embargo, dicho modelo, ni en su vertiente más resocializadora ni en su vertiente más retributiva logra totalmente sus objetivos, las estadísticas nos indican que actualmente España tiene la tercera tasa de criminalidad más baja de Europa y por el contrario tiene la mayor tasa de números de presos y en este contexto se da una vuelta de tuerca con una nueva reforma del Código Penal que acentúa su carácter de Derecho Penal de Máximo, circunstancia que siempre se da cuando las instituciones políticas deciden sumarse al carro del populismo punitivo. Es por ello, tal vez, el momento de plantear en qué medida y con qué límites la privación de libertad es útil para abordar los diferentes fenómenos para no cargar el sistema punitivo. Se necesita estudiar en cada delito en concreto, en qué grado, condiciones y límites la privación de libertad logra descender la criminalidad y las posibilidades de aplicación de las penas alternativas. El Consejo de Europa ha recomendado a sus países integrantes que apliquen medidas alternativas de libertad para los delitos menores, tales como las suspensiones condicionales de la pena, los trabajos en beneficio de comunidad y las medidas de libertad vigilada. Dicha recomendación se plantea como solución al fuerte hacinamiento existente en las cárceles europeas, ya que la ocupación media de las mismas es del 98%. El índice de densidad en las prisiones oscila entre índices del 85,80 % de Holanda y el 145% de Italia⁷⁴, que supone una importante carga económica al Estado.⁷⁵

⁷⁴ Desde sus primeras resoluciones, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha establecido la idea de que la prisión sólo puede utilizarse cuando es necesaria para alcanzar los objetivos del castigo [Resolution (65) 1, Suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment, de 22 enero 1965, Exposición de motivos]. La idea de necesidad de la sanción tiene dos dimensiones: que deben utilizarse otras sanciones preferentemente a la prisión en primera instancia y que en el caso de que se imponga una pena de prisión ésta sea sustituida, en el curso de la ejecución, cuando las finalidades del castigo ya pueden alcanzarse a través de otras sanciones. Sobre la base de la idea fundamental establecida en la Recomendación 99 (22)24 [24 Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation de 30 septiembre 1999] los estados deben llevar adelante políticas para reducir la población penitenciaria, en diversas recomendaciones se establece que deben existir vías para impedir la entrada de asuntos en el sistema judicial penal. [24 Recommendation (99) 22, Prison overcrowding and prison population inflation de 30 septiembre 1999]. Un estudio comparando los principios que se reflejan en el conjunto de recomendaciones penológicas del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la realidad penológica española, puede consultarse en CID, JOSÉ, *La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse*; en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010). ISSN 1137-7550: 55-83; archivo PDF en internet https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4155/1/pg_055-084_penales30.pdf

⁷⁵ Es conocida la selectividad operativa del sistema de justicia, que por lo general absorbe más recursos desde la prisión proporcionando a esa población el acceso a los recursos que probablemente en otro momento no se facilitaron: educación, enseñanza de un oficio o profesión, tratamientos de desintoxicación, en general recursos que en otro momento hubiesen evitado el ingreso en prisión propiciando una vida margen del delito.



