

POSTFACIO

*I sentence you to three years' imprisonment,
under the firm, and solemn, and God-given
conviction, that what you require is three
monthes at the seaside.*

G. K. CHESTERTON, *The club of queer trades.*

I

La fórmula acuñada en la primavera de 1968 por los jóvenes «contestatarios» franceses: «Seamos realistas, pidamos lo imposible», expresa, entre otras cosas, la protesta frente a la utopía prometida y postergada para la «edad dorada», más allá de la bruma de las visiones escatológicas, en este o en otros mundos. Una utopía que sirve para legitimar y acentuar la desesperanza del hombre concreto en la sociedad en que vivimos.

Las ideas de Hulsman sobre la abolición del sistema penal no están pensadas para un futuro esplendoroso: «Lejos de parecer utópica —dice—, la perspectiva abolicionista se presenta como una necesidad lógica y una actitud realista, como una exigencia de la equidad».

¿Es el abolicionismo una actitud realista? ¿No es bastante, entonces, mantener los criterios tradicionales de interpretación sobre los delitos y las penas —que, según Zlataric admite, poco difieren en el capitalismo y el socialismo—,¹ combinándolos con una profesión de fe abolicionista para el porvenir?

La impaciencia y el desafío del abolicionismo contemporáneo consisten en que no se confía ya en la época venturosa en la cual el progreso de la civilización, a través de la

1. Bogdan Zlataric, *Kriminalpolitische Tendenzen einiger sozialistischer Länder*, ZStW 82 (1970), pp. 202 y ss.

criminología, se *tragará* al derecho penal, como vaticinaba Jiménez de Asúa, ni en las promesas de los clásicos del marxismo de que, en la sociedad sin clases, el Estado se irá adormeciendo y extinguiendo, y con él la represión. El proceso de «desescalar» y desmontar la máquina represiva (despenalización, descriminalización), con una perspectiva abolicionista, es una tarea de hoy.

En este sentido, la interpretación de Hulsman del sistema penal no es legitimadora y justificadora, como lo son la dogmática penal y la criminología tradicionales, que toman lo que existe como punto conclusivo de la interpretación (sea o no con promesas de un futuro radiante), sino que es —como diría Shlomo Avineri— una interpretación *transformadora*, ya que, por el acto de interpretación, tanto el objeto de interpretación cuanto el sujeto que interpreta se transforman.² La conversión de Hulsman, a través de un proceso de desmistificación progresiva, está descrita de manera cautivante en su conversación con Jacqueline Bernat de Celis, en la primera parte de este libro. De la crítica a la institucionalidad eclesiástica reproducida en la burocracia estatal, pasó el autor coherentemente a la impugnación de la justicia penal, en que se reproduce la «teología del juicio final».

II

Marx pretendía haberse desprendido de la corteza mística de la dialéctica hegeliana y haber conservado sólo su «núcleo racional». Sin embargo, si se compara la fundamentación de la responsabilidad penal en los dos Estados alemanes, se advertirá que, a pesar de la diferencia en los sistemas sociales y políticos, ambos reproducen el principio hegeliano de que al delincuente *se le honra*, a través de la pena, como ser capaz de discernimiento. «El reconocimiento de la existencia de la culpabilidad *es a la vez reconocimiento y respeto de la dignidad del ser humano...* un elemento de la respetabilidad de la persona como un ser capaz de autodeterminarse», escribía John Lekschas, profesor de la Universidad Humboldt de Berlín.³ Y, todavía: «Si la auténtica cul-

2. Shlomo Avineri, «Karl Marx-hundert Jahre danach», en *Dialektik* 6. *Karl Marx - Philosophie Wissenschaft, Politik*, Pahl-Rugenstein, Colonia, 1983, p. 11.

3. John Lekschas, «Zu einigen Grundfragen der Schuld, insbesondere zum Entscheidungsbegriff», en *Neue Justiz*, vol. 9 (1973), p. 254.

pabilidad criminal es tomada como punto de partida de la responsabilidad penal individual... el derecho penal adquiere sentido social y *la calidad ética de derecho*».⁴

Lo anterior está dicho desde la «cosmogonía» marxista. Pero desde la «teodicea» cristiana también se va a parar a la sombra de Hegel: «No sólo la comunidad, sino también el delincuente mismo, tiene derecho a la pena»,⁵ escribe Arthur Kaufmann. Si al culpable no se le da la posibilidad de expiación (y, con ello, la posibilidad de recuperar su libertad moral), se le trata como a alguien bajo tutela, incapaz de responder por sus actos.

¿Cómo explicar que tipos de sociedades diferentes, fundadas en principios y en valores a veces contrapuestos y hasta hostiles, coincidan en el *significado ético* del reproche de culpabilidad para aquellos de quienes se dice que «libre y voluntariamente se han decidido contra el derecho»?

En un trabajo que Hans Welzel publicó en 1941, cuando el mundo exterior a su gabinete de profesor ardía por los cuatro costados, se hizo consistir la culpabilidad en *no dar* a nuestros impulsos una dirección orientada en el sentido de los valores, es decir, conforme a las tareas (deberes) que nos impone el derecho. Welzel hace un parangón entre el ciego funcionamiento de los instintos vitales del animal y el condicionamiento forzado del hombre, obligado a conducir sus actos en el sentido de un orden supraindividual que se identifica con *los pueblos* como portadores de la historia.⁶

Los juristas que, bajo el nazismo, siguieron citando a Hegel para fundamentar el honor de que gozaba el delincuente al sufrir una pena por su culpabilidad, mostraron, por lo menos, lo que Jaspers llamó «ceguera ante la desgracia de los demás» y «ausencia de fantasía del corazón».⁷ Pero lo que ahora nos interesa destacar es que la culpabilidad entendida como reprochabilidad por el apartamiento, por parte del delincuente, de los valores encarnados en el orden jurídico, puede servir para hacer pasar la simple «táctica política» del Estado como un asunto de la ética más elevada.

«Como juristas —escribe Engisch en 1963—, debemos darnos por satisfechos si podemos hallar para los conceptos de culpabilidad y responsabilidad, y *para el mantenimiento de*

4. Ibidem.

5. Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1976, p. 116.

6. Hans Welzel, «Persönlichkeit und Schuld», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1941, tomo 60.

7. Karl Jaspers, *Die Schuldfrage. Für Völkermord gilt es keine Verjährung*, Piper, Munich, 1979.

la fuerza penal del Estado, una justificación que haga aparecer esos conceptos y esta acción estatal como razonables y necesarios.»⁸

Esta satisfacción del jurista ya no es posible en el mundo de hoy.

El Estado (esa «marcha de Dios sobre la tierra») ha perdido todo su prestigio metafísico. Yo diría que la humanidad, «después de Auschwitz», apenas puede soportar el discurso legitimador de la violencia del Estado y que el individuo común tiene toda la razón para encogerse de hombros frente a las exigencias de los «pueblos portadores de historia». No es casual el clamor por los derechos humanos como máxima prioridad de nuestro tiempo.

Cierto es que esta gigantesca reivindicación no surgió de súbito con el fin de la Segunda Guerra Mundial y el conocimiento de la realidad de los campos de exterminio. La toma de conciencia maduró a través de algunos años.

En el ámbito del derecho penal, los profesores reeditaron sus libros sobre la pena y la culpabilidad como si nada hubiera acontecido. Todavía en 1971 podía leerse, en el tratado de Maurach, que la «majestad de la pena expiatoria» reside precisamente en que ella es una respuesta a la culpabilidad y no a fines utilitarios.⁹

La *zweckgelöste Majestät* de la pena aparece, claro está, como un «fósil» en la discusión más reciente.¹⁰ Pero la tragedia y la paradoja de esta destitución de majestad, para aquellos que aspiran a remplazar la fundamentación ética por consideraciones pragmáticas de política criminal «preventiva», es que, reducido a método de control social mediante violencia, puede ser puesto el sistema penal en la picota sin más trámites, no sólo por su falta de equidad, sino también por su falta de eficacia. Esto lo habían adivinado no pocos juristas que, desde antiguo, proclamaron que la crítica de la culpabilidad significaba la disolución del derecho penal.

Cuando, en 1948, Paul Reiwald publicó su hermoso libro

8. Karl Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Walter de Gruyter, Berlin, 1963, p. 65.

9. Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971⁴, p. 77.

10. Winfried Hassemer, «Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht», en: Hassemer-Lüderssen-Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C. F. Müller, Heilderberg, 1983, p. 40.

Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, en que preconizaba la abolición del sistema penal y de todo derecho a castigar, pareció una extravagancia. Él se rebelaba ya contra la «antigua táctica» de oponerse al cambio pretextando que se aspira a lo imposible. Ello es muy fácil en el derecho penal, escribía, donde hay «una experiencia de miles de años» y se puede contar con «el poder de las emociones».¹¹ El efecto del derecho penal debe investigarse más bien, añadía, no en el que sufre la pena, sino en el que la impone.¹²

Las condiciones para un debate sobre el abolicionismo no eran adecuadas. En las Naciones Unidas se desechaba formalmente la posibilidad de discutir quejas por violaciones de los derechos humanos. El marxismo ortodoxo todavía pretendía dominar las «leyes inexorables de la historia». La guerra fría ponía de nuevo de moda la legitimidad del exterminio del que piensa de otro modo.

La situación es hoy diversa. En todos los terrenos se cuestionan los deberes del individuo frente al Estado y se reivindican, como lo hizo Reiwald, la no violencia y la participación.¹³

Tiene razón, por ello, Eugenio Raúl Zaffaroni cuando escribe: «Esperábamos el libro de Hulsman, aunque no sabíamos que fuese Hulsman su autor».¹⁴ Agrega que este libro corresponde a la ideología ecologista en su expresión politico-criminal.

Es, pues, un libro escrito cuando el debate antiautoritario se ha generalizado en el mundo. Cuando exigir lo imposible ha pasado a ser realismo.

III

El debate en torno al abolicionismo del sistema penal, sustraído del ámbito de la utopía donde estuvo confinado, se sitúa ahora en el marco más amplio de la «desinstitucionalización» y de las preguntas políticas sobre los grados de poder traspasable en una democracia participativa. En ese sentido, pertenecen aquí también las reflexiones de Foucault sobre

11. Paul Reiwald, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*, Pan-Verlag, Zürich, 1948, p. 304.

12. *Ibid.*, p. 310.

13. *Ibid.*

14. Eugenio Raúl Zaffaroni, «El abolicionismo penal de Louk Hulsman. (Aproximación a algunas observaciones al reciente realismo penal verde)».

el sistema penitenciario como ejercicio del poder disciplinario y del derecho penal como parte de la «táctica política» del Estado.¹⁵

La perspectiva abolicionista no debería separarse tampoco de aquellas iniciativas que quedan, por así decirlo, «a medio camino» (abolición de la pena de muerte - abolición de la prisión - abolición de la «pena»¹⁶). Porque, como Hulsman afirma, el abolicionismo es una manera de comprender y de actuar sobre el sistema penal.

A través de una demostración empírica de la incapacidad de la justicia penal para resolver problemas tradicionalmente entregados a su competencia, se han vuelto inútiles los esfuerzos por salvar la legitimidad del derecho penal. Ante la crisis de la ideología tradicional (la «despedida de Kant y Hegel»), se ha querido fundamentar más recientemente esa legitimidad acudiendo a Freud y a la psicología profunda: a través de la pena reforzamos el vacilante super-yo de los buenos ciudadanos. Hemos visto que tal es, según Engisch, la misión de la buena conciencia del jurista: demostrar la legitimidad de la fuerza penal del Estado.

Pero esa buena conciencia se ha hecho ya imposible. Recuérdese que Radbruch reclamaba «mala conciencia» al buen jurista.¹⁷ Esa mala conciencia, que también tiene que ver con los padecimientos del hombre sencillo por obra de los filósofos y de la «táctica política», puede ayudar a dismantelar la represión del Estado a partir de los hechos o «situaciones problemáticas» abordables de otro modo.

La crítica del sistema penal, esto es, de los textos legislativos, de la actividad de los tribunales y de la policía, del régimen penitenciario y otros servicios que, en cuanto aparatos burocráticos, tienen una lógica interna que los induce a «producir» lo más posible en relación con los hechos calificados de delitos y su tratamiento, debería conducir, no a una extensión del campo de aplicación de los medios tradicionales de la política criminal, en particular la privación de libertad, sino a una drástica reducción de estos medios con una perspectiva abolicionista.

La descriminalización de conductas que hasta ahora han

15. Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 28.

16. Cf. Hulsman, *Methode en object in de rechtswetenschap*, Erasmus Universiteit Rotterdam, Contactcommissie CIF - JF, 1983, p. 9.

17. Cit. por Alessandro Baratta, «Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica», en *La questione criminale*, Bolonia, mayo-agosto de 1979, p. 171.

estado sometidas a pena puede tener lugar —como se explica en el *Informe sobre Descriminalización* del Consejo de Europa—¹⁸ porque un comportamiento se valore en lo sucesivo como ejercicio de un derecho legítimo, o porque una concepción diferente del papel del Estado y de los derechos humanos implique la *neutralidad* del Estado respecto de cierto tipo de comportamiento, o incluso, en ciertos casos, aunque se reconozca la eventual competencia del Estado, se prefiera simplemente no hacer nada (cada vez que «el remedio sea peor que la enfermedad») o se busque una solución sustitutiva para las formas de reacción del sistema penal.

IV

La crítica del abolicionismo suscita, desde luego, algunas cuestiones. Éstas no tienen que ver con determinadas filiaciones ideológicas, ya que la formación y los principios subyacentes en Mathiesen, Arno Plack, Christie o Hulsman,¹⁹ para citar algunos nombres, son muy variadas: desde el neomarxismo hasta el liberalismo, desde el humanismo hasta el «antihumanismo» (a la manera de Foucault). También la metodología y la estrategia propuestas son con frecuencia muy distintas.

Una primera pregunta concierne a la validez universal o no del asunto. Hulsman, en esto, se ha mostrado muy cauto. Él escribe desde determinada realidad, las sociedades industrializadas, y desde determinada tradición. Vale la pena anotar de paso que el marco cultural de los Países Bajos, en particular su tolerancia y buen sentido en el ámbito jurídico-institucional, ha conducido a un sistema penal *sui generis* que muy poco tiene que ver con el dogmatismo y el rigor de otros

18. Cf. *Rapport sur la Décriminalisation*. Comité Européen pour les problèmes criminels. Comité restreint d'experts sur la décriminalisation, Estrasburgo, 1979, pp. 3 y ss.

19. Vid. T. Mathiesen, *The Politics of Abolition*, Wiley, Nueva York, 1974; N. Christie, «Conflict as Property», en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, y *Limits to Pain*, Oslo, 1981; Arno Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrecht*, Munich, 1974; L. H. C. Hulsman, «Een abolitionistisch (afschaffend) perspectief op het strafrechtelijk systeem», en *Problematiek van de strafrechtspraak, Nederlands Gesprek Centrum*, Boch & Keuning N. V., Baarn, 1979. Vid. asimismo Helmut Ostermeyer, *Die bestrafte Gesellschaft*, Munich-Viena, 1975. Cfr. también Louk Hulsman, *Abolire il sistema penale?*, y Pio Marconi, «La strategia abolizionista di Louk Hulsman», en *Dei delitti e delle pene*, 1983.

países: a la pena mínima de un día de prisión, técnicamente posible aun para los delitos más graves, y a la posibilidad de no perseguir penalmente un hecho, cualquiera que sea su gravedad, por razones de oportunidad, se ha añadido más recientemente la posibilidad de la pena pecuniaria o de perdón judicial, también para cualquier delito y cualquiera que sea la pena que le esté asignada.

En su prólogo al libro de Frantz Fanon, *Los condenados de la tierra*, Sartre alude a los hombres del Tercer Mundo que repiten las palabras que vienen de París, Londres o Amsterdam: «¡Partenón! ¡Fraternidad!» («...tenón... idad...»). ¿Es legítimo repetir la palabra *abolición* desde el mundo «periférico»?

Wolfgang Schild escribe que no es adecuado «prescribir», por así decirlo, «desde el nivel de los países industrializados» a los países en desarrollo, «cuáles son los derechos humanos que deben tener». ²⁰

Hay quienes piensan, en efecto, que la libertad no es un lujo permitido a los países pobres, cuyas prioridades (las «leyes inexorables» de la historia, etc.) exigen concesiones al autoritarismo. Aquí no se trata de «votar», en un sentido u otro, a la luz de afirmaciones ontológicas o éticas de pretensión absoluta. Pero, al fin y al cabo, la humanidad ha pagado un tributo abrumador al autoritarismo y al maquiavelismo sin acercarse a la utopía ni un milímetro. La jerarquía de valores impuesta por Auschwitz permite reivindicar la «universalidad» de los derechos humanos. Y permite también desechar la idealización del Tercer Mundo frente a los valores supuestamente «gastados» del mundo opulento.

Por otra parte, la perspectiva abolicionista no significa ponerse en contraste con la tradición autóctona. En Hispanoamérica se copiaron fielmente los códigos europeos y los tratadistas y especialistas nos formamos repitiendo, no sin inocencia, las más doctas lucubraciones de la dogmática penal alemana e italiana.

La perspectiva abolicionista significa, pues, comenzar a desmontar una maquinaria que es parte de nuestra alienación. Esto, no con el propósito de dejar un vacío, sino con el de buscar soluciones a los conflictos desde la propia realidad. En ello habría que incluir, en mayor o menor grado

20. Wolfgang Schild, «Systematische Überlegungen zur Fundierung und Konkretisierung der Menschenrechte», en *Menschenrechte, Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung*, Johannes Schwartländer (Hrsg.), Tübingen, 1978.

según corresponda, la eventual aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos aborígenes, reconocido por las Naciones Unidas.²¹

Cabe tener presente aún que muchos de los rasgos denunciados por Hulsman en el sistema penal europeo están acentuados en forma todavía más abusiva en el mundo periférico. Agréguese que el trauma de las dictaduras militares impide cualquier discurso de ennoblecimiento abstracto de la autoridad.²²

Más significativa que la crítica al abolicionismo fundada en la peculiaridad del Tercer Mundo, que interesa más bien en lo que respecta a la elaboración de estrategias y soluciones originales para abordar los conflictos que se sustraigan de la represión penal, es la pregunta sobre las *garantías* inherentes al sistema penal vigente. Zaffaroni se refiere a los riesgos que emanan de la abolición total del sistema por «la escasa consideración a la dignidad humana que aún se conserva».²³

También Claude Faugeron alude a los «dispositivos de segregación y de control represivo», que operan con sordina y son más difíciles de controlar, los cuales vendrían a remplazar al sistema penal abolido.²⁴

Es evidente que, si la alternativa al sistema penal debiera ser un aparato de control social de tipo psiquiaticoadministrativo, curativo, enmendativo, reeducativo, fundado en la «peligrosidad» o la «antisocialidad» (tal vez en la línea de Gramatica), las consecuencias para la libertad serían todavía peores.

No se trata de cambiar la nomenclatura de las sanciones manteniendo la discriminación. A mi entender, una estrategia abolicionista fundada no en criterios de *efficiency* del control social, sino de extensión de la dignidad y la libertad del hombre, suprimiendo el sufrimiento y la estigmatización inútiles, irá retirando competencia al sistema sólo en la medida en que la opción que se proponga para esa situación-problema signifique un avance en el reconocimiento de esa dignidad y esa libertad. En tal sentido, el principio: «No hay

21. Cf. Gladys Yrureta, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981, pp. 118 y ss.

22. Sergio Politoff, *Democracia y descriminalización*, Cuadernos ESIN, Ediciones INC, Rotterdam, n.º 24 (1983), pp. 17 y ss.

23. Zaffaroni, op. cit.

24. Claude Faugeron, «Postface II», en: Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Peines perdues, Le système pénal en question*, Éditions du Centurion, París, 1982, pp. 173 y ss.

pena sin culpabilidad» (que no debe confundirse con la culpabilidad como fundamento de la expiación), debe seguir operando como garantía: mientras subsistan las penas, éstas no podrán imponerse sin determinada participación subjetiva.

La gran revolución del pensamiento abolicionista no significa que en un instante, por un impulso subitáneo, se cierran las cárceles y se envían los códigos penales al museo de antigüedades. Lo que está planteado es la disgregación del universo cerrado del sistema penal y su desmantelamiento sistemático por la vía de reconocer la especificidad de cada conflicto.

Según nos parece, esto significa que la fuerza penal del Estado, mientras subsista, en una u otra forma, para aquellos casos en que no se vea posible una solución de remplazo, deberá estar presidida por la lucidez y el coraje de admitir que no hay coartada metafísica, que esa privación de libertad responde a una «táctica política» juzgada necesaria, abierta al debate público e impuesta con «mala conciencia».

SERGIO POLITOFF