

## De qué prescindir y por qué hacerlo. Anotaciones sobre abolicionismo penal

William F. Pérez \*

Niños, no corráis por el patio, os parecerá más grande.  
*Jean Giono*

Algunos años después de soñar con "una Europa en que las cárceles fueran una reliquia",<sup>1</sup> Thomas Mathiesen admitiría que "los tiempos no están de nuestra parte". Desde luego que cuando lo supo, no se había enfatizado, como hoy, la imagen del "hombre terrorista"; faltaba mucho aún para que, de tantos como han sido, un septiembre se hiciera visible. Cuando dijo saberlo, la "tolerancia cero" apenas si se la asociaba con los regímenes dictatoriales y, todavía, muchas de las -nacientes- ONGs

---

Docente investigador del Instituto de Estudios Políticos. El texto de este artículo constituye un documento de trabajo elaborado en el curso de la investigación *Visiones actuales del delito y del delincuente en Medellín*, financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación -CODI- de la Universidad de Antioquia, dirigida por el autor y desarrollada con la participación de Juan Carlos Vélez Rendón (coinvestigador), Fredy Escobar M. (Auxiliar) y Hernando Roldán (estudiante de maestría), en el Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad. Una versión preliminar del texto fue presentada en forma de conferencia, en la Escuela de Derecho de la universidad EAFIT en el mes de agosto de 2002.

Mathiesen, Thomas, "La política del abolicionismo", en: *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 109

no entendían la impunidad como *núcleo* problemático de algo, sino, acaso, como una *situación* problemática.

"Los tiempos no están de nuestra parte" supondría Mathiesen, en una época en la cual dedicarse a estos temas del abolicionismo no era síntoma de locura, o de "bacanería"; o no representaba el ejercicio académico propio de sujetos a los cuales "es conveniente dejar jugar de vez en cuando". "Los tiempos no están de nuestra parte" dice Mathiesen en un momento en el que todavía las mediciones econométricas no eran las únicas parteras autorizadas de las conclusiones criminológicas, y en el cual otras formas de aproximarse a la cuestión criminal no eran consideradas "tonterías de sociólogos románticos".

Dice aquello Mathiesen, en vigencia aún de cierto *boom* antisiquiátrico, antimilitar, antiencierro y reificante. En un momento intelectual y político también en el cual uno no resultaba directamente conducido a la tumba -académica en el mejor de los casos-, si eventualmente otorgaba valor, *siquiera explicativo*, por ejemplo a un mapa según el cual las fuerzas productivas y las relaciones de producción cruzaban la cuestión criminal y hacían del delito, adicionalmente, una entidad instrumental. "Los tiempos no están de nuestra parte" suponía este profesor de sociología del derecho de la universidad de Oslo, sin tener noticia, desde luego, de las masacres carcelarias al otro lado del mar; sin saber que el aislamiento celular (tradicionalmente entendido como problema central del encierro) parecería ser hoy "lo mejor" que podría pasarle a un prisionero en cárceles como las nuestras.

No estaban pues los tiempos de parte del pensamiento abolicionista, cuando ni imaginábamos las estadísticas penitenciarias futuras,<sup>2</sup> ni presentamos la macabra fiesta de tranquilidad popular que

suscitan hoy los anuncios gubernamentales de "ampliación de cupos", de "construcción de nuevas prisiones"; cuando apenas comenzaba nuestra *gradación del sistema* siempre correlativa o inversamente proporcional a la *degradación de los espacios* destinados a la *penitencia* (máxima, media o mínima seguridad/mínima, media o máxima porqueriza).

Y si los tiempos no estaban entonces de parte de una argumentación abolicionista penal, este texto que precisamente alude a ese discurso debería con mayor razón anunciar, de entrada, que *los tiempos no están de su parte*. Se entenderá por qué, obviamente, hoy existe menos ambiente que entonces para la discusión, pese a que probablemente contemos con mayores evidencias sobre la irracionalidad del sistema penal y sobre las estériles, deliberadas y planificadas aplicaciones de dolor institucional.

Sin embargo, la invitación de las páginas de una revista de derecho es difícilmente despreciable para un discurso marginal: primero, por el placer de poner en ellas un ejercicio de testarudez; segundo, por la necesidad de volver sobre la convicción de que si los tiempos no están de nuestra parte, en la universidad, en el foro y en la calle, tenemos muy pocas razones hoy para estar de parte de los tiempos; tercero, porque es conveniente difundir las palabras del ya viejo Mathiesen (veinte años después) que, por encima del clima político que "favorece energicamente la prisión (y aún) el restablecimiento de algo tan medieval como la pena de muerte (...)", supondrán "demasiado apresurada" la conclusión de sueño imposible para el abolicionismo.<sup>3</sup> Y, cuarto, para persistir en la necesidad de buscar respuestas diversas de la violencia. Respuestas que hagan la vida menos milagrosa y, por supuesto, menos

<sup>2</sup> Según el informe *Justicia y Seguridad. Diagnóstico y propuestas para superar la crisis del sistema penitenciario y carcelario colombiano*, presentado por el DNP (Bogotá, 2001. En: [www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co)), la población interna actual en los centros del orden nacional es de 45.064,22, que equivale a una relación de 108,5 reclusos por cada 100.000 habitantes. "Esta proporción se ubica en algunos países de la siguiente forma: en Gran Bretaña 122 por cada 100.000 habitantes; 110 en España; 90 en Francia y Alemania; 85 en Italia

y Holanda; 80 en Bélgica; 65 en Dinamarca; 60 en Suecia; 55 en Noruega y 50 en Grecia". Igualmente "se espera que para el año 2002 la población reclusa se encuentre en 62.877 internos".

<sup>3</sup> Mathiesen, Thomas. "La abolición: ¿un sueño imposible?". *Revista del Poder Judicial de Buenos Aires*. Buenos Aires, 1999. ([www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm](http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm))

privilegiada nuestra posición... como parte de un imperativo que surge "no del coraje de existir", sino precisamente "del milagro de vivir".<sup>4</sup>

Lo que sigue entonces contiene algunos apuntes sobre el pensamiento abolicionista penal, difícilmente organizados para ser expuestos, pero en todo caso animados por una intención que es siempre conveniente declarar. El orden de la exposición, trata de localizar inicialmente el sentido de la pregunta ¿qué hacer con el sistema penal?, y de explorar después el contenido de las respuestas -radicales o moderadas- que ofrece un enfoque abolicionista.

La intención, que se lee más claramente en los últimos apartados, es la de "espantar los sustos" que suscita *la idea* de un mundo sin castigo penal, de una sociedad que prescinde de la aplicación deliberada de dolor penal; y, por tanto, la intención también es la de recuperar la utilidad explicativa o, por lo menos, el valor político de un pensamiento -abolicionista penal- perdido en el miedo a nominar sin intermediarios lo que no paramos de hacer (aplicar violencia, pero también prescindir de ella), y extraviado en la nebulosa de esa seguridad virtual que nos brinda la próspera industria del derecho penal.<sup>5</sup>

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Crítica sociológica al derecho penal", en *Revista del Poder Judicial de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1999.

5 Véase: Christie, Nils. *La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993. Y sobre maneras menos "dramáticas" de mantener "empresa": Riddall, J.G. *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 20-21: "Quienes viven de la teoría del derecho necesitan escribir si es que desean mantener la oportunidad de promocionarse. De esto se deriva que, incluso si alguien A no tiene una idea original sobre, digamos, la justicia, si puede tener una idea original sobre lo que otro ha dicho sobre la justicia. Así, A escribe un artículo exponiendo cuales cree que son los errores de la opinión sobre la justicia expresada por, digamos, Rawls. Entonces B entra en escena. No tiene una idea original sobre la justicia, ni sobre la visión de la justicia de Rawls, pero encuentra un punto flaco en lo que A ha escrito y escribe un artículo en el que expone los errores de A. Entonces C entra en escena (...) Por ejemplo, mientras [alguien] prepara una exposición (...) sobre John Stuart Mill puede leer el discurso de Samek sobre el punto de vista de McCloskey con relación al análisis de Berlin de la noción de libertad de Mill; o los comentarios de Sartorius sobre la reacción de Dworkin contra la oposición de Devlin con respecto a la actitud de Mill sobre la imposición de la moral; o el punto de vista de Reynold sobre la reformulación de la argumentación de Mill, con lo

## 1. Preguntas vigentes sobre la cuestión criminal

En relación con los sujetos y las conductas divergentes (divergentes de la media, de la regla, del prototipo, del ejemplo, de lo normal...) hemos venido de la búsqueda y la eliminación del alma endemoniada -de pueblos conquistados, de brujas, de herejes...-, a la especulación sobre el temor y el placer como fundamento de la acción humana y sobre los medios de reacción penal útiles, necesarios, certeros o "humanos"; hemos venido de la mirada del cuerpo atávico de los criminales, pasando por el examen de células embrionarias, de tiroides, de testosterona, de cromosomas, al examen de su psicología y del entorno; de una averiguación por la forma en que la sociedad convencional reacciona y etiqueta, a la búsqueda del poder de definición del delito; y, finalmente, de todo eso, hemos retornado al lugar del análisis racional, al de "la oportunidad criminal" (y, también desde luego al del riesgo social) en la que actúa cualquier individuo.

Y al parecer, después de tanto, por lo menos tenemos una valiosa conclusión: *el delito es una entidad extremadamente relativa, sumamente dependiente. ¿Por qué lo hacen?; ¿cómo deviene un sujeto delincuente?*, siguen siendo preguntas tan desesperantes como interminables los intentos de respuesta. Y tan desconsoladoras las respuestas ensayadas, como los resultados político criminales; es decir, como las maneras de responder a la pregunta ¿qué hacer para que no lo hagan, para que no delinca, o para que no vuelvan a hacerlo?

Delante de este panorama pues, el glosario de conclusiones que arroja una reflexión secular sobre la criminalidad y el delincuente podría ser: a) vigencia plena de las primeras preguntas ¿por qué se desvían? ¿cómo es que se hacen delincuentes? y, por tanto, validez relativa de las respuestas a esas preguntas; b) validez mucho más relativa de las respuestas a la pregunta ¿qué hacer para que no lo hagan, o para que

que puede encararse con la objeción realizada por Devlin a la vez que evita las dificultades inherentes en los puntos de vista de Dworkin o Hart. Ahora, para los iniciados en el tema todo está claro y forma parte de un espléndido juego (más que un juego, una industria)..."

no lo hagan más?; c) vigencia plena de la inutilidad del sistema penal como medio adecuado para lograr "que no lo hagan" o "que no lo hagan más"; y d) asechanza constante del interrogante que antecede a todo ello: ¿por qué castigar? O, de la cuestión menos general, ¿por qué ciertas penas institucionales?

Aceptemos o no estas "conclusiones", creo que difícilmente podríamos negar que la cuestión criminal persiste (esa "normalidad" que ya mentara Durkheim); y que, al parecer, persiste la afirmación según la cual "algo hay que hacer". Y difícilmente hoy puede negarse además, que esa necesidad de hacer algo comparte lugar con los hechos documentados del efecto criminógeno de la pena de prisión, del ejercicio incontrolable de poder que conduce el sistema penal, de su condición discriminatoria y selectiva, y del dolor que produce. Siendo esto así, la pregunta final que nos permite localizar al abolicionismo, es ésta: ¿qué hacemos con un sistema penal como el actual?

Abolirlo, o abolir partes de él, responderá el enfoque del que hablaremos a continuación. Pero obviamente ésta no es la única respuesta posible. También se dirá, como lo hace el garantismo, que a un tal sistema penal debe limitárselo, reducirselo, deslegitimando sus innecesarios, costosos e injustificados márgenes de ejercicio de poder. Desde luego, existen otras respuestas —a las que no se aludirá directamente—, muy de moda por cierto entre nosotros, pero ya suficientemente documentadas por la historia de legislación penal colombiana: maximizar, extender, fortalecer el sistema penal.

En relación con los defensores de esta última opción, difícilmente podríamos seleccionar un nombre o una obra representativos. No en cuanto sea imposible localizarlos, sino porque abundan. Podríamos ahora, a lo sumo, decir que sus exponentes se agrupan bajo los términos de lo que conocemos como reflexión, y sobre todo como "gestión" autoritarias. En cambio, de la segunda manera de responder a "qué hacer con el sistema penal", parece por lo pronto indiscutible que esa perspectiva garantista tiene en Luigi Ferrajoli<sup>6</sup> al exponente más

<sup>6</sup> Su trabajo más difundido es *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

destacado y contemporáneo. Finalmente, la lectura del trabajo de Louk Hulsman,<sup>7</sup> a mi juicio, permite una aproximación inicial satisfactoria al enfoque abolicionista. Como se ha anunciado, el objeto de exploración siguiente lo constituye la manera como este último enfoque aborda la cuestión penal.

## 2. Las respuestas abolicionistas

Abolir es, como sabemos, dejar sin efecto, acabar con algo. El abolicionismo penal pretende eso: suprimir cosas del sistema penal o suprimir el sistema penal todo. Considero que entre esos dos extremos pueden ubicarse, muy sintéticamente, tendencias generales en relación con el pensamiento —y la práctica— abolicionista. Así, puede hablarse —y se ha hablado— de un abolicionismo moderado y de un abolicionismo radical.

Pese a que en adelante se considerará esa distinción —entre un abolicionismo y otro—, en este texto se defiende un punto de vista según el cual *el abolicionismo penal es uno sólo*. Se sostiene aquí por lo tanto que, en rigor, la intención de limitar o de reducir el sistema penal es una condición necesaria pero no suficiente para una doctrina abolicionista: acciones, programas o reformas requerirán, además, de un *enfoque* abolicionista. Es decir que: a) el punto de partida de una idea abolicionista penal es el de la absoluta ilegitimidad de los sistemas penales (y, aún, el del cuestionamiento de la idea más general de castigo),<sup>8</sup> b) el lugar operativo del proyecto abolicionista será siempre estratégico, y c) el referente final del pensamiento y la acción abolicionistas será la prescindencia de los sistemas penales.

Por ello se me figura que un pensamiento abolicionista, como se reiterará más adelante, debería preocuparse menos por la *negación absoluta* de ideas minimalistas (aunque suela hacerse en "legítima

<sup>7</sup> Lo más conocido en el medio latinoamericano, ha sido su entrevista con J. Bernat de Celis. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1982.

<sup>8</sup> Véase: Bianchi, Herman. "Propuestas de abolicionismo del sistema penal", *Estudios de Deusto*, Bilbao, 1986, pp. 203 y ss.

defensa"), que por el *recurso estratégico a los enunciados de esas ideas*. Así entonces: formas de reparación, penas alternativas, combate de la prisión preventiva, reformas descriminalizantes, participación de la víctima... Sí, pero con *enfoque*<sup>9</sup> abolicionista.

## 2.1 El abolicionismo moderado (estratégico)

Esta corriente, que preferiblemente se denomina aquí "abolicionismo estratégico", supone necesario *prescindir de partes* del sistema penal. Aunque creo que son imaginables muchos otros objetos (algunos aparatos policiales, el arresto, ciertas jurisdicciones: penal de menores, especiales, etc.), el caso típico es el de *la abolición de la cárcel*, de la pena de prisión.

Los argumentos de este discurso consultan los trabajos referidos a los daños que causa el encierro en los individuos, a los nocivos efectos sociales de la prisión, y a la inutilidad -preventiva también- de ese tipo de sanción. Se trata de abolir esa forma de encierro cuyas justificaciones *declaradas* son tan extrañas a él,<sup>10</sup> como distantes permanecen -de una población que padece o "aplaude" la prisión-<sup>11</sup> *sus justificaciones no declaradas*.

Ni funciones rehabilitadoras, ni objetivos de disuasión individual, ni fines de prevención general ("la más perfecta de las ideologías porque

<sup>9</sup> Esta relevancia del "enfoque" puede aclararse si, usando un símil, imaginamos cómo no es lo mismo estudiar el derecho con un *enfoque* (o con un interés) sociológico, que estudiar derecho con un *enfoque* (o con un interés) dogmático. Aunque un estudiante y otro, sin duda, detentan la condición de "estudiantes de derecho" -y aún obtengan ambos el título de abogados-, el enfoque determina su percepción del objeto desde otro ángulo, con otras posibilidades; y por supuesto, a pesar de las coincidencias, las conclusiones tenderán a ser diferentes.

<sup>10</sup> "El control nunca puede ser un medio para ningún fin práctico. Nunca puede ser un medio para nada, excepto para más control... como la droga". William Burroughs. Citado por Cohen, Stanley. *Visiones de control social*. Trad. de Elena Larrauri, Barcelona, PPU, 1988, p. 3.

<sup>11</sup> "El objeto de la persecución es la persecución. El objeto de la tortura es la tortura. El objeto del poder es el poder. ¿Empiezas a entenderme?", George Orwell, citado en *Ibidem*.

empíricamente ni se deja demostrar ni se deja desmentir"),<sup>12</sup> ni pretensiones de inhabilitación individual (ese "sacar de circulación" que supone que sólo habrá *una* generación de delinquentes), ni posibilidades de igualdad o equilibrio en que insisten escalas de merecimiento,<sup>13</sup> han resistido la evidencia.

(...) *la prisión es un sistema profundamente irracional en términos de los propios objetivos declarados. La dificultad, no obstante, es que esta información es en gran medida un secreto. Si la gente en realidad supiera lo mal que la protege la prisión -así como otras partes del sistema de control criminal-; si supieran que la prisión sólo crea una sociedad más peligrosa produciendo personas más peligrosas, se produciría necesariamente un clima para dismantelar las prisiones. Porque la gente, en contraste con las prisiones, es racional en este tema (...) El talón de Aquiles, la arcilla, de la prisión es su absoluta irracionalidad en términos de sus objetivos declarados (...). En términos de sus propios objetivos declarados, la prisión en nada contribuye a nuestra sociedad y modo de vida. Informe tras informe, estudio tras estudio, decenas, cientos, miles, lo demuestran con claridad.*<sup>14</sup>

De hecho, a partir de reiterados exámenes del encierro<sup>15</sup> y de las pretensiones "re" (habilitadoras, socializadoras...) de la prisión, ciertas culturas penitenciarias admiten -casi secretamente- que los programas de tratamiento habrán de dirigirse directamente a *atenuar los efectos*

<sup>12</sup> Larrauri, Elena. "Abolicionismo y garantismo", en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1998/B, p. 741.

<sup>13</sup> Ilustradas por Camus, para el caso de la pena de muerte, así: "La pena capital es la forma más premeditada de asesinato, con la que ningún acto criminal se puede comparar, por muy calculado que éste sea. Para que existiera un equivalente, la pena de muerte debería castigar a un criminal que hubiera avisado a su víctima de la fecha en la que le provocaría una muerte horrible y que, desde ese momento, la hubiera mantenido confinada durante meses a su merced. Un monstruo así no se encuentra en la vida real». Albert Camus, en <http://www.acpp.com/penamuerte.htm>

<sup>14</sup> Mathiesen, Thomas. "La abolición: ¿un sueño imposible?", *cit.*

<sup>15</sup> Véase el trabajo pionero de Goffman, Ervin. *Internados*, Buenos Aires, Amorrortu, 1988.

del encierro y no a corregir o a reformar a nadie. Sin embargo, inclusive a partir de los resultados precarios de esta segunda opción, numerosos profesionales del tratamiento admiten<sup>16</sup> -ahora sí "secretamente"- que la única utilidad de los programas de tratamiento (trabajo, educación, recreación, específicos de drogodependencia, alcoholismo...) radica en la posibilidad de "mantener ocupados a los presos". Eso impide desórdenes, amotinamientos y agresiones ("El fin del control, es el control").

Desde luego que estas ideas sobre el encierro se enfrentan con "los resguardos" propios de todas las instancias que directamente mantienen en pie a las prisiones (administradores, investigadores, medios de comunicación...), y con la fortaleza de una "cultura penal" sumamente difundida:

"(...) la justicia criminal existe en los textos legales, la lógica y el contexto existen en los textos legales, en la vida práctica cotidiana de cada una de estas organizaciones, existe en los medios, en las canciones, en las novelas y existe también en el corazón de muchas personas. Todo esto junto es el campo donde existe el sistema de justicia".<sup>17</sup>

Tal fuerza de la cultura y resistencia de aquellas instancias, hacen que la abolición de la prisión, en tanto paso hacia la abolición de los sistemas penales, requiera para sí misma del diseño y la ejecución de múltiples tácticas. Así, el pensamiento estratégico de T. Mathiesen por ejemplo, trazará objetivos intermedios que van desde la creación de medios de comunicación alternos a la virtualidad tecnológica (redes de personas y organizaciones), pasando por el establecimiento de "techos" de encarcelamiento (topes máximos de presos), hasta la que, a mi juicio, resulta su más inteligente, antigua y lúcida táctica (una revelación, claro

<sup>16</sup> Entrevistas informales con juristas-criminólogos, trabajadores sociales, sicólogos y guardias, de las cárceles "La Modelo" en Barcelona, España, y "Bellavista" en Medellín, Colombia.

<sup>17</sup> Hulsman, Louk. "El paradigma abolicionista", en [www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm](http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm)

está, fruto de un enfoque abolicionista): *que no se construyan más prisiones.*

Mathiesen argüía -hace rato- que no se deberían construir más cárceles, por lo siguiente: a) se trata de una reforma "negativa" (eso es abolicionismo); b) la cárcel no mejora al detenido; c) los efectos disuasivos de la prisión son bastante inciertos; d) la sobrepoblación carcelaria puede ser enfrentada de otras maneras distintas a construir prisiones; e) existe un carácter irreversible de la construcción de cárceles; el sistema carcelario nunca está satisfecho, es expansionista: cárcel que se construye, cárcel que se llena. "Es como un animal que aumenta su apetito al comer";<sup>18</sup> f) se sabe, por todos ya, que las prisiones funcionan como instituciones inhumanas, como formas sociales inhumanas; g) el sistema carcelario es un sistema con efectos culturales. Es un símbolo de la manera de pensar sobre las personas. Como forma de castigo enfatiza la violencia y la degradación como método de resolver conflictos interhumanos; g) la cárcel tiene un alto costo y "hay mejores formas de gastar el dinero. Constituye una gran inversión en inhumanidad y violencia".<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Mathiesen, Thomas, "La política del abolicionismo", *cit.*, p. 122.

<sup>19</sup> Para el caso colombiano El *Plan de Ampliación y Refacción* que fue aprobado por el Conpes (No. 3086 del 14 de julio de 2000), "incluye infraestructura nueva por un valor aproximado de \$314.071 millones para generar 20.828 cupos (...). La ampliación de la infraestructura existente en 3.800 cupos está estimada en \$32.638 millones; y el mejoramiento y mantenimiento de los centros de reclusión actualmente en operación por \$16.700 millones (...). Se ha previsto la construcción de 11 nuevos centros penitenciarios regionales de mediana seguridad con capacidad cada uno para 1.600 internos y con un costo de 24.271 millones (el costo total para un centro de reclusión de mediana seguridad es de \$24.271 millones discriminados así: preinversión (ajuste de diseño) \$452 millones; interventoría de diseño \$80 millones; interventoría de obra \$360 millones; costos directos \$13,196 millones; costos indirectos (Administración, Imprevistos y Utilidades, AIU) \$2.837 millones; licencias y trámites \$170 millones; otros costos (equipos especiales y dotación) \$7,001 millones; interventoría de equipo \$175 millones. El costo por interno es de \$15 millones)." Departamento Nacional de Planeación. *Ob. cit.* Véase también: "Con alza en costos notariales se pagará plan carcelario (...)", *El Colombiano*, Medellín, julio 15, 2000, p. 3B.

De otra parte, en el ámbito de debates más teóricos, Elena Larrauri respaldará esta perspectiva, respondiendo insistentemente a las críticas –también recurrentes– que se dirigen a las posiciones abolicionistas de la prisión. A quienes ven "la falta de todo" o la "falta de lo infaltable" en una eventual desaparición de la prisión, esta profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona responderá que las "respuestas abolicionistas no prescinden de la intervención de terceros, ni prescinden del derecho como mecanismo regulador que proporciona el marco donde se realiza el acuerdo".<sup>20</sup> O dirá también que "(...) la negativa del abolicionismo a adoptar una lógica punitiva no equivale a «no hacer nada». Si bien el riesgo de reacción popular es verosímil (...) se puede pensar en dar respuestas reguladas por el derecho, denunciadoras, reparadoras o neutralizadoras".<sup>21</sup>

Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni, si entiendo bien, portador de un *enfoque abolicionista*, recurrirá inclusive al propio derecho penal en el diseño de su método. Insistirá, por ejemplo, en una dogmática estratégica:

"(...) procuramos la renovación de la dogmática penal desde la deslegitimación del derecho penal, orientada instrumentalmente hacia la limitación y reducción de su ámbito y violencia, *en camino de una utopía* (por lejana y no realizada, pero no por irrealizable) *abolicionista del sistema penal*. Su resultado más cercano es una renovación más limitativa del derecho penal de garantías, con base realista y sin apelar a la ficción del contrato ni a sus reformulaciones".<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Larrauri, Elena. *Ob.cit.*, p. 723.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 732.

<sup>22</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Crítica sociológica al derecho penal", en [www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/07\\_doctrina.int/nota.htm](http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/07_doctrina.int/nota.htm) (La cursiva es agregada). O dirá igualmente: "ante cualquier necesidad de hacer una construcción dogmática en el ámbito jurídico penal, tenemos una disyuntiva delante nuestro: o nos convertimos en los continuadores de los posglosadores prácticos que escribían páginas y páginas para explicar cuándo se debe aplicar la tortura, cómo se debe aplicar, qué aparato se debe aplicar al sujeto, cuántas vueltas hay que darle a la rueda..., o realmente encaramos la realidad (...)". "Las penas crueles son penas", *Seminario*

La diferencia del abolicionismo estratégico con los difundidos modelos de intervención mínima (minimización del poder de castigar y maximización de los derechos de las personas), es que, metodológica y lógicamente, el enfoque de estos últimos *no puede prescindir de la pena*.

Y aunque tratándose de esa idea de una intervención mínima del derecho penal, que considere así sea "en gracia de discusión" la abolición de la prisión (o de la prisión preventiva por lo menos) y apueste por una férrea limitación del poder punitivo, no podría pasarse sobre ello de largo y negar que tal intención puede reducir padecimientos y violencia. Pero tampoco podría defenderse esta perspectiva reductora tan ingenuamente, como para pretender que una declaración ya secular *-ultima ratio-* produzca efectos con su mera reedición. O para suponer que "llenando de garantías el sistema penal" podría disolverse la esencia del propio sistema penal.

Es tan complicado el juego pena/garantía penal, que atentar contra la idea de prisión, y aún contra la cultura punitiva, es atentar hoy contra la justificación más elaborada de un derecho penal "necesario" que, paradójicamente, dice arremeter precisamente contra aquella pena y contra la cultura punitiva.

## 2.2 El abolicionismo radical (de referencia)

Este abolicionismo, que se denomina en este texto "abolicionismo de referencia", supone la necesidad de prescindir del sistema penal como totalidad: la cárcel, el tribunal, la definición penal, la policía judicial, el proceso; es decir, el sistema penal, tal como es concebido hoy.

El glosario de fundamentos de esta perspectiva dice, entre otras cosas, que la abolición del sistema penal es procedente en cuanto: a) no cumple función útil alguna en la sociedad; b) es casi imposible que

*internacional de derecho penal e interpretación constitucional*, Manizales, Facultad de derecho, Universidad de Manizales, agosto 12 y 13 de 1992 (transcripción personal).

una pena legítima salga del sistema; c) el sistema opera en la irracionalidad y constituye una máquina productora de un dolor estéril y que nadie gobierna; d) es un sistema que actúa con irrealidades y sobre muy pocos casos;<sup>23</sup> e) la mayor parte de los conflictos se resuelven por fuera del sistema; f) crea y refuerza desigualdades sociales, y propicia la desigualdad de los enfrentados; g) impermeabiliza a sus operadores en relación con el "sujeto procesado"; h) crea el delito y reproduce conductas socialmente negativas; i) no escucha verdaderamente a las personas involucradas y no les permite usar sus propias palabras y utiliza un lenguaje cerrado que *a priori* refleja el sistema punitivo y no posibilita el acercamiento del conflicto a su contexto natural; j) reduce el suceso a un momento, a un acto; reconstruye la historia de una manera absurda y extremadamente artificial; k) roba el conflicto a las personas implicadas; l) trabaja sobre hipótesis viciadas; ll) propicia la impugnación de la autoridad y su ilegitimidad; m) uniforma los conflictos; n) presupone una sociedad normal con ausencia de conflicto, pues lo penaliza; ñ) no pretende tratar, sino erradicar el conflicto; o) teme al desorden y a la violencia en la misma medida que cohabita con ellos, y supone un riesgo que ya se vive con su presencia; p) generaliza problemas particulares, localizados y por tanto exacerba los sentimientos de inseguridad; q) genera cultura penal, de castigo, en la sociedad...

Más adelante serán abordados algunos de estos puntos. Por lo pronto, es conveniente transcribir este texto de L. Hulsman, referido a la naturaleza del derecho penal:

<sup>23</sup> Metafóricamente: "Si un grupo de personas estuviese a punto de darnos muerte y no tuviésemos posibilidad alguna de defensa, pero en ese preciso instante el graznido de una lechuza les anunciase la presencia de un «alma en pena», infundiéndoles tal miedo que inmediatamente nos liberasen y huyesen despavoridos, no cabe duda que nos felicitaríamos infinitamente por la (aquella) accidental presencia, pero ello no significa que hayamos de creer que las lechuzas son 'almas en pena'. El discurso jurídico penal es tan perverso que, a partir de la presencia salvadora de la lechuza, hace que los juristas relacionen seriamente las "almas en pena" con las lechuzas enamoradas". Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 2ª ed., 1993, p. 19.

"La pregunta que yo me he hecho es: ¿de dónde viene la lógica del sistema penal? Pienso que este enfoque cultural de la lógica del sistema penal viene del sistema de moral escolástica. En ese sistema, el orden universal era pensado como el fruto de un dios, con premios y castigos. En función de ese orden existen valores y pecados. Ese dios era como una computadora, él recordaba todos los hechos en los que se habían demostrado valores o en donde se cometió pecado. Cuando alguien muere, la máquina se mueve y esa persona está dentro del rojo o del azul, dependiendo del color, se va al infierno o al cielo. El cielo y el infierno están divididos en estratos de infierno y estratos de cielo. Esta construcción escolástica era válida en una determinada mirada del cosmos. Los sacerdotes son los profesionales de esto.

"Sucedía que esto lo consideraron demasiado simple e inventaron el purgatorio, de esta manera uno no está autorizado a irse inmediatamente al cielo o al infierno, sino que puede quemarse un poco en el purgatorio de acuerdo a los pecados que ha cometido. Algunos pecados llevan diez días en el purgatorio, otros diez años, otros llevan miles de años. Existen enormes posibilidades porque hay miles de alternativas. Estos expertos querían ser muy precisos "en el tiempo de quemado" de acuerdo a la gravedad del pecado. Para ser objetivos debían describir exactamente cada pecado y darles nombres y estos nombres debían ser universales, de manera de poder organizar un sistema claro de valores y castigos.

"Cuando se ve la forma en que estos teólogos definieron los pecados y la clasificación que hicieron, según si intervenían cosas materiales como una pistola o un cuchillo cuando se hería a alguien, se ve que además intervenía el elemento moral: si quisieron hacerlo, si trataron de hacerlo, si buscaron la manera de hacerlo, entonces aparece que todos los pecados fueron descriptos meticulosamente con base en elementos morales y elementos materiales. Cuando se mira a la legislación penal o la doctrina penal se entiende que este sistema está perfectamente continuado, como dos gotas de agua. ¿Qué es el purgatorio en este sistema?, es la cárcel (...).



"Después de la Revolución Francesa, [sin embargo] el paraíso y el cielo se han perdido, lo único que se revive en este sistema de justicia es el purgatorio, el infierno y los pecados, no hay cielo".<sup>24</sup>

Pero el abolicionismo no sólo se pregunta por la naturaleza del sistema penal. También trata de imaginar qué sucedería si se dejara de creer en el sistema penal. Por eso y para eso, el abolicionismo requiere de un nuevo lenguaje y de otros lentes con los cuales representarse el fenómeno penal. Y así, con otro enfoque, con otra mirada, la hipótesis de que el sistema penal no es necesario, es posible.

Por ejemplo, el abolicionismo de L. Hulsman entenderá el resultado de un conflicto, hoy propiedad del derecho penal, no como *delito* sino como *situación problemática* (el autor citado confiesa inclusive que no usa la palabra "delito" en sus cursos permanentes de derecho penal). Y, al parecer, ello es importante no sólo por el hecho de una renovación conceptual pacificadora o dignificante (no es igual "chofer", que "señor conductor", "sirvienta" que "empleada del servicio doméstico", "concubina" o "moza" que "compañera"), sino que implica una transformación completa de la manera como los protagonistas de un conflicto visualizan el episodio y lo tratan. Seguramente una manera próxima a la de los conflictos domésticos, o a los sucesos que llamamos "accidentales" o, aún, una visualización y un tratamiento cercano a los que prevalecen en los litigios que denominamos "civiles", en los cuales se suele reunir a los protagonistas y reconstruir circunstancias en función *más de una solución presente o futura*, que de un pasado revisitado por "los buenos" que averiguan y "los malos" averiguados.

Podría aclararse un poco más todo esto examinando, con enfoque abolicionista, cómo se presentan algunas características del sistema penal; y por qué entonces vistas las cosas así, un abolicionista se ve compelido a usar palabras, conceptos, conclusiones, evidencias, y opciones muy distintas a las que son propias de la cultura penal vigente:

a) *El proceso penal se desarrolla sin la víctima, es decir, expropia el conflicto a las partes* y, específicamente, suplanta la posición de quien

sufrió el daño, sometiendo cualquier solución a la solución penal.<sup>25</sup> No le permite a la víctima conocer al inculpado; no le deja oír sus razones; no le autoriza para formular preguntas insospechadas; le impide ver a su lado o enfrente a otra persona y, por supuesto, extravía su necesidad o deseo de compensación con la exclusiva satisfacción de la venganza penal (es curioso: el "bien jurídico" no sabe de "perdones y olvidos"). Salvo, claro está, en caso de que su violación se produzca, significativa, recurrente y masivamente, por quienes han participado *directamente* en la definición, diseño y "protección" de ese bien).

El sistema penal, además, impone a la víctima la mediación de un experto abogado cuyas palabras, a su tiempo, estarán mediadas por la forma jurídica que, a su tiempo, estará mediada por la decisión del Estado que, a su tiempo, estará mediada por la centralizada voluntad de un distante legislador que, a su tiempo, estará mediada por el interés corporativo y las posibilidades que ofrece una cultura de miedo que, a su tiempo, podrían estar mediadas por "la relevancia" de "los problemas" y por las decisiones de la comunidad internacional y de los medios de comunicación que, a su tiempo, volverán sobre las palabras del experto, etc..

b) *El sistema penal constituye parte de una máquina que nadie gobierna*. Es uno de esos artificios que el hombre fabrica -en tanto necesitado de corazas para suplir su debilidad natural-, que con el tiempo terminan dirigidos a problemas muy diversos de aquellos que lo inspiraron. Pero además, en esa máquina, en ese artificio que

<sup>25</sup> "Que si bien aceptáramos que la reconciliación requiere para la víctima el conocimiento de la verdad, restitución de la justicia, rehabilitación de familiares y víctimas, reconstrucción psicológica y social, creación de espacios nuevos de participación y confianza, mantenemos que eso no es propiciado por el sistema penal. Y, bueno, ni que decir del victimario y las condiciones de reconciliación como oportunidad para involucrarse nuevamente como miembro reconocido de la sociedad (reconocimiento de lo que ha pasado, búsqueda de perdón por parte de la víctima, expresión de arrepentimiento, posibilidad de "reconocer que se obró mal con alguien y/o algo, y que esos algo y alguien a quien se ofendió-agredió tenían razón y merecen reconocimiento". Vidal-Beneyto, José, "Perdón y memoria", en *El País* 23 de diciembre de 1998.

<sup>24</sup> Hulsman, Louk, *Ob.cit.*

constituye el sistema penal, intervienen las más diversas instancias, cada una distinta y distante pero con una proximidad "sistémica" que las hace siempre eslabón precedente en una cadena que finalmente produce condenados. Condenados con los que ningún eslabón, desde luego, tendrá responsabilidad inmediata:

Guardia: -"el juez lo remitió, hombre, yo qué más hago";  
 Juez: -"El fiscal lo acusó, señor, yo qué otra cosa hago";  
 Fiscal: -"la policía lo capturó, yo qué hago";  
 Policía: -"usted delinquiró, y se hace lo que hay que hacer"...

De ninguno depende; es un problema de la máquina que demanda agotar fases.

Capturado: -"vea yo le explico...".  
 Sistema penal: -"No señor, explíqueme al fiscal, explíqueme al juez, a la ley...".  
 Capturado: -"Es que ellos hablan con palabras muy raras y yo quisiera decir...".  
 Sistema penal: -"Son las palabras de la ley... dura, pero es".

Por ello tal vez, el verdugo difícilmente detendrá una condición perversa: la decisión de la decapitación, en todo caso, no le pertenece. Pertenece al juez. Y el juez, por su parte, no será quien libere la guillotina.<sup>26</sup>

Desde luego que esa manera en que "la máquina penal" dispone su organización, resulta también precisa para anular la inhibición que las personas experimentamos cuando nos sentimos motivados a aplicar dolor a otros. En términos de S. Milgram,<sup>27</sup> para que actuemos como *agentes y no autónomamente*:

<sup>26</sup> "No se necesita mucha justificación para entender la violencia de juzgar, pero tampoco se trata de una forma de violencia tan cándida como la que se ejercería si los propios jueces ejecutaran las violencias que imponen". Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona, Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, 2002, p. 126.

<sup>27</sup> Citado en *Ibidem*, pp. 132 y ss. (El autor cita la investigación de Stanley Milgram, realizada en la Universidad de Yale y publicada con el título "Obedience to authority").

"(...) los sistemas institucionales de autoridad" juegan un papel clave en el suministro de aquellos disparadores necesarios para causar el paso del comportamiento autónomo al comportamiento como agente, requerido cibernéticamente para hacer que las jerarquías funcionen. Siguiendo a Milgram, los disparadores necesarios para vencer el comportamiento autónomo —o 'conciencia'— consisten en mandatos u órdenes sancionadas institucionalmente, características de la organización jerárquica humana".<sup>28</sup>

c) *El sistema no permite una averiguación que responda a la manera como la gente reconstruye sus problemas.* Como dice Nils Christie:

"(...) todo no se puede tomar en cuenta en el derecho formal. Se hace necesario eliminar la mayoría de los factores que rodean un acto, a fin de poder crear casos que se pueda suponer son similares o iguales. Este proceso se emplea a fin de eliminar lo que es irrelevante (...). Para crear la igualdad, es necesario crear reglas para la irrelevancia. Esto es lo que tratamos de que aprendan y apliquen nuestros estudiantes de derecho. La ficción de la igualdad y su control mediante la relevancia resulta esencial como un elemento protector, *si se ha de infligir dolor*. Pero, al mismo tiempo, convierte al derecho penal en una herramienta torpe. Torpe, debido a toda la pérdida de información".<sup>29</sup>

Las personas tienen maneras, gestos, palabras, condiciones, a partir de las cuales suelen reconstruir un episodio problemático, un conflicto. Las personas tienen recuerdos de la infancia, del matrimonio, del nacimiento de su hijo, del problema sexual propio de su edad, etc. Pero lo más importante es que todo eso, y muchas cosas más, permiten hablar de múltiples formas y con innumerables recursos. Desde luego

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>29</sup> Christie, Nils. "El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre-criminalización", en *Memorias de las XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 62.

nada de eso es posible cuando la justicia penal tramita el conflicto. ¿Es posible así, una reconstrucción de lo que *realmente* rodea un episodio y de lo que puede acercar una solución?: -"Sírvese contestar *al despacho* sí o no usted..."

d) *El sistema penal es conducido por una agencia que no sólo carece de cultura científica* (dicen que es famosa la sentencia de Montesquieu: "vistos los testigos de cargo y descargo... y tu cara y tus orejas, yo te condeno..."), *sino que ha perdido su sentido genético* (por lo menos retórico) y, por tanto, no se concibe ya como una institución *liberal* que sirve a las personas que incurren en la universal posibilidad de infringir una prohibición.

e) *El sistema ofrece una opción innecesaria, pero tentadora en una cultura alimentada por la idea penal*. Esta hipótesis permite ilustrar el punto: A sufre una retención de cesantías por parte de un empleador B, o de una entidad administradora de su dinero. Es decir, ellos se *apropian* de un bien de A. El asunto, sabemos, se tramita en una instancia *no penal* dónde se averiguará por unos eventos y por una obligación. Verificado el derecho del trabajador, A experimentará la obvia satisfacción que sigue a la recuperación de su dinero, pero además, su posible ánimo de venganza se verá saciado en cuanto B "será obligado, por insensato y 'descarado', a pagar unos intereses adicionales...".

Sin embargo, un momento después de que A recibe el dinero, en la calle, un hombre C le arrebató su cartera; es decir, C se *apropia* de un bien de A. Capturado C, extrañamente el conflicto es atendido por la justicia penal que, ahora en cambio, averiguará por *una culpa* y calculará *una pena*. Devuelto el dinero, A experimenta, otra vez, una evidente satisfacción. Pero su posible ánimo vengativo no será saciado en cuanto el ladronzuelo fue obligado, por ejemplo, a una indemnización adicional, no. La ira de A probablemente se fijará en la oferta de prisión que hace el sistema penal.

En este ejemplo, el abolicionismo no propone más que prescindir de aquella última alternativa, tal como se hizo en el primer momento. El abolicionismo supondrá que ese "plus" de sistema penal, en la hipótesis, es inútil, innecesario, perverso y contraproducente.

### 3. Algunas críticas al abolicionismo

Una crítica muy común, especialmente presente en el aula de clase o en la conversación con funcionarios judiciales, suele aparecer bajo esta forma: "es que, de todas maneras, eso del abolicionismo es una utopía". Extrañamente esta crítica surge al lado de una especie de miedo al «abolicionismo instaurado» expresado de la siguiente manera: "y entonces cuando no haya sistema penal... ¿qué haremos?".<sup>30</sup>

No he logrado entender por qué quienes imaginan un mundo sin sistema penal, instaurado de súbito, simultáneamente –o "en subsidio"– aluden peyorativamente a la utopía para desdeñar el pensamiento abolicionista. Ahora, si lo que se quiere decir es que el abolicionismo es un "bello sueño", personalmente no advierto crítica de la cual defenderlo. Pero si lo que se quiere significar es que *el abolicionismo implica el advenimiento de la sociedad primitiva*, entonces la crítica estaría refiriéndose más bien a una "distopía", a la utopía negativa. Y así entendida, ahora sí, una crítica más elaborada dirá que el abolicionismo penal persigue los *modelos* "escasamente atractivos de una *sociedad salvaje* carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte o, alternativamente, de una *sociedad disciplinaria*, pacificada y totalizante (...)"<sup>31</sup>

Pero, de una parte, conceder validez a la estremecedora premoción de una sociedad disciplinaria que seguiría a la desaparición del sistema penal o, para ser menos rigurosos, a la idea de que a la abolición de pena sigue el brote del dispositivo disciplinario, implica demostrar por lo menos que el auge actual de los mecanismos de disciplinamiento y de control, tiene un correlato en la contracción de la red penal. Desde luego, al contrario, esas maneras pasivo-agresivas de controlar (disciplinarias), han surgido más como "plus" penal, que

<sup>30</sup> Esta crítica (expresada también de la forma "¿y cuál es la propuesta jurídica alterna?") expresa esa especie de *horror al vacío* "propio de la ideología jurídica que pretendió calcular y prever todos los fenómenos sociales (donde hay sociedad hay derecho, se presupone)", Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, Madrid, Trotta, 1997, p. 19.

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi, *Ob.cit.*, p. 251.

como *sustituto* penal.<sup>32</sup> Y por cierto, han sido muy liberalmente, muy racionalmente justificadas. Creo que en este punto los críticos del abolicionismo han comprado el paquete completo de George Orwell en 1984, con "hermano mayor", con "crimetal", con "telepantalla" y todo.

De otra parte, el abolicionismo jamás defendería un sistema de "la ley del más fuerte" (creo que es justamente contra lo que se dirige), ni implica "un reinado de la barbarie" (supongo que es de lo que quiere escapar). Y cuando el abolicionismo señala la inutilidad o la perversidad del sistema penal, no deriva de ello una justificación de la violencia, sino precisamente la imposibilidad de justificarla a partir de los hechos evidenciables en todo sistema penal, y la imposibilidad de legitimarla a partir de *ciertas ideas* sobre esos mismos hechos.

Soy consciente de que el garantismo (que justamente es quien más elaboradamente ha desarrollado la crítica a la que se alude) repudiaría argumentaciones, muy colombianas, como esta de las AUC:<sup>33</sup> "Las categorías jurídicas no pueden ser rígidas, esta es una nación en formación (...);<sup>34</sup> o como esta de las FARC<sup>35</sup> "en estos territorios recuperados la única justicia debe ser la nuestra".<sup>36</sup>

Pero igual que ese pensamiento penal-liberal (penal moderno, ilustrado, garantista), el abolicionismo jamás compartiría las ideas implícitas en las declaraciones citadas. Y no las compartiría en cuanto allí hay convicciones *penales* implicadas y porque, además, el abolicionismo no confunde la reconstrucción histórica de un problema o la consulta de la naturaleza del problema como condición para la búsqueda de soluciones, con la construcción de "imperativos" o

<sup>32</sup> Y, al contrario. En el caso de sustitutos penales ensayados con algún éxito, es contundente la pregunta de Elena Larrauri: "¿Cuál es el 'poder disciplinario' de la pena de multa?", Ob.cit. p. 727.

<sup>33</sup> Autodefensas Unidas de Colombia.

<sup>34</sup> "La lista tiene dos años... y nada", en *El Colombiano*, octubre 9 de 2000, 7A. El resaltado se agrega.

<sup>35</sup> Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

<sup>36</sup> "La verdadera ley del monte", en *El Tiempo*, mayo 6 de 2001, pp. 1-6.

"principios" que *justifiquen* una sanción. No por ser una nación en formación, las categorías *son* flexibles; de que sean territorios recuperados, no se sigue un *deber ser* de justicia.

Ahora bien, ya que de cuándo en cuándo en este texto se ha insinuado el tentador debate abolicionismo/garantismo, y para ubicar un poco más el lugar de la crítica, a continuación se anotará alguna diferencia básica entre esas dos maneras de pensar la cuestión penal: el enfoque, el objeto y el plano principal de ambas perspectivas.

Creo que la mayor riqueza del abolicionismo penal se encuentra en lo que precisamente constituye el énfasis de su discurso: el trabajo descriptivo de las condiciones de realidad de los sistemas penales. Su gran carencia se encuentra en la elaboración de un *programa* sistemático, coherente, y minuciosamente justificado ("externa e internamente"). Y, a la inversa, creo que la riqueza del garantismo radica en lo que mejor y preferiblemente enfatiza: su programa de acción, su proyecto, su coherencia ideal, su sistemática axiológica. Su carencia se encontraría en el trabajo descriptivo de aquellas condiciones de realidad. De realidad social desde luego, que incluya comportamientos efectivos y desplegados, prácticas, y no sólo "hechos" discursivos, morales o ideales.

Y es posible inclusive que aquellas cosas no representen "carencias": de lo que alguien no promete dar cuenta, no da; y, de lo que alguien dispone para leer una partícula, suele usarlo para leer *esa* partícula. El garantismo no constituye un mapa de *las cosas que pasan*, de los hechos que concretan el castigo en las naciones civilizadas; y el abolicionismo, por su parte, no se presenta como un complejo de "estudios filosóficos e históricos sobre los ideales morales que inspiran o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas".<sup>37</sup>

Uno y otro, como se ve, podrían sin embargo servirse de referentes; pero uno y otro, como se ha visto, se han concentrado en debatir con el otro en el plano de lo que cada uno tiene como fortaleza. Así, dirá el garantismo, que el abolicionismo penal elude "las cuestiones más

<sup>37</sup> Bobbio, Norberto, "Prólogo", en Ferrajoli, Luigi. *Ob.cit.*, p. 13.

específicas de la justificación y de la deslegitimación del derecho penal"; es decir, que el abolicionismo adolece de "esterilidad en cuanto proyecto".<sup>38</sup> Mientras tanto, el abolicionismo podría suponer que el garantismo sigue siendo una reflexión que no rompe con el derecho penal; es decir, con un sistema que

"(...) se parece a lo que los romanos hacían con sus pájaros y sus pollos. (...) el derecho, la teología moral, la interpretación de las entrañas, la astrología... funcionan finalmente de la misma manera. Son sistemas que tienen su propia lógica, un sistema que no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente. En cada sistema, me decía, se hacen depender las respuestas de signos que no tienen nada que ver con las verdaderas cuestiones planteadas".<sup>39</sup>

Como se dijo antes, el abolicionismo no tendría que negar la validez del programa garantista... pero habrá de aceptarlo estratégicamente.<sup>40</sup> Y es que -para reiterarlo con una perogrullada- el abolicionismo, si es abolicionismo, camina en la dirección de la abolición del sistema penal. Y en ese transcurso utiliza muchos medios de transporte; en ese viaje suele encontrar medios que le vienen precisos, que *parecen* suyos: como la normatividad penal que excluye, como la reforma que impide, como la institución que recorta penalidad (preclusiones por reparación, normas sobre innecesariedad de pena, descriminalización de conductas...).

<sup>38</sup> Al cual -abolicionismo- sin embargo se reconoce el mérito de deslegitimar "el derecho penal desde un punto de vista radicalmente externo y denunciando su arbitrariedad, así como los costes y los sufrimientos que conlleva (...)". Ferrajoli, Luigi. *Ob.cit.*, p. 252.

<sup>39</sup> Hulsman, Louk. *Derecho penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 15-16.

<sup>40</sup> A un detenido hoy, es cierto, le parecería un poco menos que "inútil" el discurso abolicionista; y, por cierto, sería un despropósito no jugarse por una defensa con argumentos fundados en un sistema de garantías (más allá de que antes de ir a prisión digamos al futuro residente que se lo llevará a la cárcel para "librarlo del linchamiento popular").

Con todo, como dice Elena Larrauri, es posible que el abolicionismo deba localizar mucho más sus coordenadas: "precisar más el *sí* (frente a qué comportamientos pensamos que debe mostrarse una repulsa clara) y el *cómo* mostrar repulsa (no bastando la referencia genérica al derecho civil o sistemas de justicia informal)".<sup>41</sup>

El garantismo, por su parte, no tendría que armar tanto tropel con el abolicionismo. Para sus efectos, podría ir más cuidadosamente al supermercado de la filosofía política y, por ejemplo, otra vez, no comprar completo el paquete -la idea de forma tan absoluta- del *estado de naturaleza y la sociedad salvaje*. Podría por ejemplo dejar en ese mundo algunos seres humanos de extraños cráneos, escasos lenguajes, cortas vidas y ropitas exóticas. No entiendo por qué no se conforma el garantismo con la alusión a los inconvenientes de sociedades -contemporáneas- sin una regulación institucional (sin acudir a metáforas en las cuales habría que incluir, con mucha pena, el costo del "rescate" del salvaje).<sup>42</sup>

"Las críticas de Ferrajoli al abolicionismo parecen centrarse en ciertas simplificaciones del mismo, como puede ser la pretensión de suprimir al sistema penal dejando los conflictos sin solución (...), o bien, suprimir el derecho penal -como discurso jurídico- dejando intacto todo el ejercicio de poder de las agencias del sistema penal".<sup>43</sup>

De todas formas, algo podrá hacerse por acercar esos discursos, pues finalmente comparten la condición de referentes útiles para caminar, de destinos ideales; es decir, de utopías.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Larrauri, Elena, *Ob.cit.* p., 722.

<sup>42</sup> "(...) la presunción de que la pena evita venganzas privadas parece ignorar que la hipótesis contraria, esto es, que las demandas punitivas se modelan de acuerdo a la respuesta del sistema penal, es igualmente plausible". *Ibíd.*, p. 733.

<sup>43</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Citado por *Ibíd.*, p. 723.

<sup>44</sup> Ferrajoli, Luigi, *Ob.cit.*, p. 34.

#### 4. LOS SUSTOS

##### 4.1. Primer susto: "¿Prescindir de medios institucionales y de castigo? Jamás!!"

Creo que a esta altura, no sería necesario decir que el abolicionismo penal no es el proyecto macabro de una secta de anarquistas; no se trata de un plan secretamente concebido por *hippies* resentidos; no existe allí la empresa perversa de gente que quiere liberar "las fuerzas del mal". Si bien tiene un proyecto, el punto de partida del pensamiento abolicionista lo constituye la observación de *las cosas que hacemos con suma frecuencia*, tengamos o no ideas anarquistas, conduzcámonos o no con los modelos -si es que se los puede concebir- del hippie o del "buen padre de familia".

Así, en medio de esas cosas que somos y hacemos, sin duda, construimos y mantenemos importantes ámbitos extra-legales de convivencia pacífica; formas de paz no institucionales que, inclusive, son eventualmente determinadas *por* la ausencia de Estado o, aun, por posiciones ciudadanas defensivas delante de lo que han sido sus manifestaciones (las de la fuerza pública, las de los partidos políticos triunfantes, las de la administración de justicia). Se trata de una especie de *paces imperfectas*<sup>45</sup> en fin, estratégicas y, por cierto, muy racionales y sumamente razonables; ámbitos de convivencia que, sin embargo,

<sup>45</sup> "Cabe resaltar que lo que queremos aquí reconocer no es una *paz* absoluta, perfecta, que probablemente nunca haya existido -ni exista- en la *Historia* de la humanidad. Sino un concepto de *paz* amplio, que específicamente esté relacionado con la variable: regulación, transformación o regulación cotidiana de los problemas y de los conflictos creados por los propios humanos para consigo mismos, entre ellos mismos, o su relación con la naturaleza. Es por ello que preferimos hablar de una *paz imperfecta* porque no es total ni está absolutamente presente en todos los espacios sociales, sino que convive con el conflicto y las distintas alternativas que se dan socialmente a éste para regularlo". Muñoz, Francisco A. y Martínez, Mario López. "El re-conocimiento de la paz en la historia", en Francisco A. Muñoz, y Mario López Martínez (compiladores) *Historia de la paz. Tiempos, espacios y autores*, Granada, Instituto de la Paz y los Conflictos, Universidad de Granada, 2000, p. 48.

nosotros mismos no advertimos fácilmente y que se encuentran potencialmente amenazados, bien por ciertos cruzados morales,<sup>46</sup> bien por los guerreros urgidos de recursos culturales o interesados en estrategias "sociales".

Entiendo por tales formas de convivencia -o de paz-, en primer lugar, aquellas que implican prácticas de solución de conflictos colectivamente compartidas y que prescinden de la aplicación planificada y deliberada de dolor, o de partes del sistema que la organiza. Estas prácticas de convivencia -sin el Estado o su institucionalidad moderna- "sin Dios, ni Ley" o, por lo menos, con distinta institucionalidad -y divinidad-, podrían estar representadas por experiencias como éstas:

Desde los sistemas de solución de conflictos de los Aymaras en el Perú<sup>47</sup> o de los Wayúu en la Guajira colombiana, hasta las formas menos étnicas como las que alguna vez se desarrollaban en la comunidad de paz de San José de Apartadó. Desde los usos pacíficos para transar diferencias, resolver conflictos y reparar ofensas en las *favelas* de Río de Janeiro, y desde las prácticas de convivencia en los barrios de Medellín (a mediados de los 80's con las juntas de acción comunal en algunas zonas de la ciudad; tal vez en el sector de Moravia a mediados de los 90's; probablemente La Iguaña recientemente, o, con mucha probabilidad, en los asentamientos de desplazados de todos los tiempos), hasta las prácticas de solución de conflictos y tratamiento de ofensas que surgen en los territorios colombianos en los cuales eventualmente<sup>48</sup> no hay presencia de ninguna fuerza<sup>49</sup> o de ninguna "violencia organizada".

<sup>46</sup> Una caracterización de "cruzados" y "cruzadas" morales y sobre los procesos que activan, en Becker, Howard H., *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires, Tiempo contemporáneo, 1971.

<sup>47</sup> Peña Jumpa, Antonio, "El caso de los Aymaras del sur andino". En *Nuevos rumbos en la administración de justicia, El otro derecho*, 25, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, 2000, pp. 52 y ss.

<sup>48</sup> Sin duda, en el trámite de la guerra, hay territorios que por tiempos permanecen "sin autoridad"; tiempos durante los cuales los habitantes de esos territorios "diseñan" formas de convivencia que prescinden de muchas

En segundo lugar, también entiendo por forma de convivencia pacífica o por práctica de solución de conflictos que prescinde de la violencia, aquella que implica una dimensión unilateral e individual; aquella que se concreta en la prescindencia de *la ley penal* (cualquiera que sea) y de la violencia en general, para resolver una diferencia o una ofensa personal. Esta práctica individual de solución de diferencias sin recurso al castigo punitivo, al sistema penal, a la violencia, da cuenta de: a) una "extraña", circunstancial y localizada manera de ver las cosas, que, cotidianamente, nos pone lejos de la "solución" violenta (institucional o no institucional); b) una actitud con la cual decimos ¡no! a la venganza, pero también al sistema penal; es decir, una actitud – paradójica, si se la mira institucionalmente- que lo mismo nos hace personas generosas que ciudadanos insolidarios con la administración de justicia penal; y c) una reacción frente a la ofensa, que nos permite mantener el conflicto en nuestras manos como problema y no como metafísica de la culpa; o que nos permite conservar cercano el conflicto para el examen de la solución, y no para la prestidigitación de instituciones penales estériles.

No sólo entonces los guerreros prescinden de la ley, o no sólo se prescinde de la ley cuando se hace la guerra,<sup>50</sup> o no sólo se elude la ley en beneficio de la violencia. Nosotros prescindimos de la ley con mucha frecuencia y, con ello, de muchas violencias:

---

tradicionales instituciones "de aplicación de dolor", de encierro, de tortura y, desde luego, de exterminio.

<sup>49</sup> A mediados del año pasado, la policía decía estar preparándose "para recuperar 192 estaciones" de 206 municipios que por entonces no contaban con fuerza pública. Véase *El Colombiano*, 17 de junio de 2001, p. 10<sup>a</sup>. Igualmente, un informe sobre la situación de jueces y fiscales en Antioquia, y su imposibilidad de administrar justicia en las condiciones actuales, puede verse en "Jueces y fiscales de Antioquia, con sus leyes a otra parte", en *El Colombiano*, 20 de mayo de 2001, p. 12.

<sup>50</sup> "No habría cárcel en Colombia donde quepan quienes de alguna manera participan o apoyan a las AUC, esto lo saben los organismos de seguridad. En algunas regiones son prácticamente todos sus habitantes, habría que cercar con una reja ciudades y campos completos. "La lista tiene dos años... y nada". en *El Colombiano*, septiembre 10 de 2000, p. 7A.

Por ejemplo lo hacemos, para presentarlo gráficamente, cuando lo último que se nos ocurre es denunciar (en la Fiscalía, ante "el duro", ante el Comandante, en el "combo" o en el "parche") al pariente que nos rompió la nariz (o lesiones personales); al cuñado porque se llevó mi aparato de radio (o hurto); al compañero de clase porque compró el reloj que me "jalaron" en el centro la semana pasada (o receptación); a mi vecino porque en un ataque de rabia rompió la ventana de mi casa (daño en bien ajeno); al paisano que "nos invadió un lote"; a mi mujer porque no deposita el dinero para mi hijo (o inasistencia alimentaria); al médico que conocí en la universidad y que abrió una clínica de abortos; a las treinta "vecinas" del barrio que usaron esa clínica; al fulano que me calumnió, a otro que me injurió; a la señora del aseo que me vendió la rifa de una motocicleta que nunca existió (o estafa); al "quemador" de discos compactos, a quien toma la fotocopia del libro (o "piratería")...

Se trata de esas, técnicamente denominadas, "impunidades", que nosotros vivimos y atenuamos con el sentido de "hablando la gente se entiende", "eso no vale la pena", "la cárcel no se le desea a nadie", "los errores se pagan con plata", "estaba confundido el muchacho", "ojalá le sirva más que a mí", etc.

Sin considerar esta evidencia, creo que podríamos perder el juicio tratando de entender por qué una sociedad como la medellinense, por ejemplo, no ha desaparecido: una sociedad que deambula victimizada entre las acciones de fuerza de la insurgencia, de las autodefensas, de las bandas y del Estado; una sociedad que no logra resolver el problema del desplazamiento forzado de personas a los centros urbanos; una sociedad acosada por el desempleo, por las cuentas de servicios públicos impagables, por la ostentación ciudadana e institucional en medio de grupos humanos famélicos,<sup>51</sup> por la asociación dinero/progreso... y,

---

<sup>51</sup> "Ciudad Botero engrosa el paisaje de la violencia, no hace parte de un paisaje de paz, ponerla al lado de unas sociedades famélicas, como son los indigentes de esos mismos alrededores, es una sátira dolorosa, poner los hambreados a mirar unas figuras obesas (...)". Monsalve Mejía, Darío (Monseñor-Obispo auxiliar). "Me duele la empresa de la muerte", en *El Colombiano*, febrero 18 de 2000, p. 12A.

sobre todo, una sociedad que no cuenta con una administración de justicia siquiera legítima o siquiera eficiente o siquiera eficaz, y que en cambio, sabe de la presencia de un número considerable de armas y ejecutores dispuestos.

En medio de todos esos factores de presión, entonces, ¿cómo es que la gente no se deja ganar por una desesperación que, en esas circunstancias, lógicamente no escogería medios convencionales? Las personas en Medellín, en efecto, tienen millones de problemas y conflictos; pero *también* los resuelven sin recurrir inmediata, fatal y recurrentemente a la violencia (organizada o no, del sistema penal o del "mercado criminal"). Por supuesto, es muy difícil entender esto si insistimos en la virtualidad del sicario en cada rostro,<sup>52</sup> del asalto en cada esquina, de la violencia intrafamiliar en cada hogar, del "terrorista"<sup>53</sup> en cada hinchada del fútbol.

Entonces, en presencia de las condiciones que vive una ciudad como Medellín<sup>54</sup> -y sólo en cuanto ellas son-, sostengo que los índices de violencia y criminalidad, aunque suene extraño, son bajos. La gente no nos agrade todo el tiempo aunque no tengamos un tercero institucional -o no institucional- protector; nosotros no respondemos

<sup>52</sup> "No sobra recordar que aún bajo el supuesto, en extremo conservador, de que cada uno de los homicidios que anualmente ocurren en Colombia es cometido por un autor diferente, el número total de homicidas sería inferior al 0.1% de la población (...) Lo que parece haber ocurrido en el país, en forma paralela al progreso económico, social, y cultural -que según los historiadores se ha dado generalmente acompañado de una pacificación de las costumbres- es la consolidación, durante las últimas dos décadas, de unos pocos, muy pocos, agentes violentos con un gran poder", Rubio, Mauricio, *Crimen con misterio. Lo que revelan las estadísticas de violencia y criminalidad en Colombia*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Documentos CEDE (10), 1998, p. 33

<sup>53</sup> Por ejemplo, el secretario de gobierno de Medellín aludía al terrorismo como el cargo por el cual serían "judicializados" los hinchas involucrados en los desórdenes de mayo de 2002 en el estadio Atanasio Girardot.

<sup>54</sup> Medellín deviene obviamente un caso extremo en comparación con otras ciudades latinoamericanas, pero piénsese también en ellas.

violentemente siempre, aunque carezcamos de un justiciero imparcial y protector disponible; nosotros no cobramos nuestras deudas siempre violentamente aunque podamos contratar un "chepito armado" privado; nosotros no resolvemos líos de interacción siempre por la fuerza, aunque la disuasión institucional sea inocua. La gente no se mata cada vez que enfrenta un conflicto, pese a que las cosas parezcan dispuestas.

En Medellín, así, aparece como falso el supuesto común de que "la gente mata por ver caer el muerto". Aunque no es posible dar cuenta aquí de las que se han intentado, creo que sobre el fenómeno de las altas tasas de homicidio en la ciudad existen explicaciones más serias que esa (más serias, aunque probablemente menos rentables políticamente). Más allá de supuestos hechos notorios, lo que ocurre, creo, es que nosotros no formulamos preguntas del tipo: ¿Por qué la gente no se mata? ¿Por qué las personas no son violentas? ¿Cómo es que las personas resuelven sus conflictos *por fuera* de los canales de la institucionalidad y *sin* recurrir al exterminio de la contraparte?

Muy probablemente -al margen-, lo que ocurre es que las respuestas a estas primeras preguntas, acarreen el riesgo de reconocer la posibilidad de una convivencia social que no sería peor *sin Estado, sin regulación oficial* y, que sin institucionalidad, sin embargo, no marcharíamos tampoco a un ritmo mayor hacia esa hipotética condición "distópica" del *estado de naturaleza*. El problema del combate histórico de nuestra institucionalidad es pues, en gran parte, también el problema del combate por la unidad de las formas y mecanismos de "convivencia". ¡Que sea una, y sólo una, la forma! es un mito de tanta importancia para el Estado moderno, que lo incómodo hoy para esa idea de organización política, más que la violencia *per se*, es la inexistencia de una forma de violencia, de una exclusiva estructura de canales institucionalizados y centralizados que conduzcan las soluciones que, sin embargo y de hecho, cotidianamente se presentan entre las personas. Bueno, nada nuevo: violencia sí, pero organizada; pena sí, pero científica; linchamiento sí, pero racionalizado y delegado; verdugo sí, pero legal. En caricatura: inyección letal sí, pero con jeringa esterilizada:



"Los jueces son gente de violencia. Dado que ordenan violencia, lo que caracteriza a los jueces no es crear derecho sino destruirlo. El cargo que ocupan es jurispático: ante el exuberante florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea es la de afirmar que *sólo una* es derecho y destruir o tratar de destruir el resto. Pero los jueces también son gente de paz (...) El grado de violencia que pueden ordenar (pero generalmente no ordenan) constituye la medida del grado de paz y ley que establecen".<sup>55</sup>

Pero que no haya confusión: aquí no se está afirmando que vivimos en el reino de la armonía, ni siquiera en una sociedad que cuente, *comparativamente*, con niveles medios o altos de violencia, no. De hecho, contamos con *altísimos* niveles de violencia. Tampoco es recomendable, por lo que se ha dicho, salir a "entregar una sonrisa a cada hermano", ni salir a probar el efecto de una ofensa deliberada. No es recomendable aquí, ni en ninguna ciudad del mundo. Por lo pronto, lo que se está afirmando es que para resolver diferencias, para enfrentar sucesos conflictivos, es posible prescindir de ciertos caminos violentos (sean legítimos como el sistema penal o ilegítimos; organizados o no; centralizados o descentralizados); y que es posible *en cuanto de hecho lo hacemos*. Y no es que "debería ser así porque así lo hacemos"; es que *podría ser así, porque así lo hacemos*.<sup>56</sup>

#### 4.2. Segundo susto: "Los abolicionistas se tomarán el poder ... y vendrá la perdición"

El pensamiento abolicionista penal no puede comprenderse suficientemente, de un lado, con una visión instrumental para la dominación y, del otro, con la mirada —de miedo y rabia probablemente— que nos supone del lado de "los más", es decir, del lado de "los buenos". El discurso abolicionista no sirve tácticamente a ningún proyecto de

<sup>55</sup> Cover, Robert. Ob.cit., p. 88.

<sup>56</sup> La aclaración es pertinente no sólo para evadir la sempiterna censura de una probable "falacia naturalista", sino para decir de una vez que este debate, ahora, no quiere ser filosófico.

poder. Y no puede entenderse el discurso abolicionista (tampoco el abolicionista!!) si uno no está dispuesto a separar criminalidad de maldad, delito de pecado, derecho de moral, pena de purgatorio o de infierno.

El abolicionismo trata de *leer sistemas de castigo y de pensar en reformas negativas conducidas por la idea de abolir el sistema penal*. Y aunque "los tiempos no estén de nuestra parte", esta es una actividad que se adelanta menos con fe que con métodos racionales de comprobación; y una actividad a la cual no le resultan imprescindibles ni funcionales por sí mismos, ni puntos de llegada, los modelos liberales, colectivistas o anarquistas... pese a que pueda coincidir puntualmente con ellos en su labor propositiva.

"Una vez estaba en la parte india del Tíbet, viajaba en un camión—transporte público muy común allí— con varias personas del lugar, y todos continuamente te preguntaban si eras cristiano, budista o musulmán y entonces les contestaba siempre, "no soy de ninguna!" y todos quedaban extremadamente felices con esa respuesta...[...] Cuando uno estudia un fenómeno como el del sistema penal que, naturalmente, tiene enorme relación con algunas formas de organización estatal, resultan sumamente útiles las perspectivas que dan las distintas teorías sobre el Estado, las cuales permiten responder preguntas en relación al sistema penal. Pero no suscribo necesariamente a (sic) ninguna, sino que las utilizo a (sic) todas".<sup>57</sup>

El pensamiento abolicionista, por cierto, se fija más en sistemas de castigo que en regímenes políticos; menos en la precisión de un "sistema" de valores que en el análisis de las prácticas sociales; más en la solución de problemas que en el castigo de delitos. En una palabra: menos en justificaciones de por qué —cuándo y cómo— castigar, que en explicaciones de por qué —cuándo y cómo— no hacerlo.

Esto no significa, se reitera, que quienes observan y analizan la manera como solemos solucionar problemas, quienes detectan las maneras violentas innecesarias, y quienes proponen formas diversas a

<sup>57</sup> Hulsman, Louk. "El paradigma abolicionista", en [www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm](http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm)

éstas, no consideren límites valorativos. Todo lo contrario, la idea abolicionista considera prácticamente los mismos límites últimos que difícilmente uno logra encontrar negados en sociedad alguna: la vida, la libertad, la igualdad. Precisamente su objeto de abolición es un sistema que no puede incorporar tales bienes.<sup>58</sup>

Pero una cosa es considerar límites valorativos y otra, diferente, es dedicarse a la tarea de elaborar, pulir y precisar un tal sistema de valores o "exponer y aclarar la naturaleza exacta del estado de cosas ideal que el derecho tiene en mira".<sup>59</sup> Esto último, sin duda, aclara el contenido del derecho, pero no da cuenta de la textura de las relaciones efectivas entre derecho y sociedad, de los alcances de las prácticas penales o punitivas diversas, de los efectos de las reacciones ilegales, o aún ilegítimas, no violentas.

Con todo, pese a que el abolicionismo sabe del plano en que discurre y de los otros en que no lo hace, creo que jamás aceptará la exclusión de la experiencia histórica como condición de realizabilidad de los programas jurídicos. Si la idea final preventiva, o si la idea instrumental rehabilitadora, por ejemplo, se encuentran históricamente frustradas, no probadas, o si han generado mayores problemas de los que dicen enfrentar, esa evidencia será considerada –sin abandonar límites valorativos– por un pensamiento abolicionista a la hora de

<sup>58</sup> Que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Nada quedaría de nuestros sistemas penales si fueran operados bajo esos criterios o por ellos. "No cuesta mucho imaginar a Buda o a Cristo condenados por Vagancia (...) o desaparecidos por poner en peligro la seguridad nacional (...) ni a San Francisco internado en un manicomio (...) Cabe preguntarse, pues, que clase de insensatez histórica es pretender que alguna vez hubo un sistema penal que expropió el sistema de la víctima para realizar el principio de que todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley (...) cuando sabemos que es de la estructura de cualquier sistema penal su operatividad selectiva". Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Crítica sociológica al derecho penal", en [www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/07doctrina.int/nota.htm](http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/07doctrina.int/nota.htm)

<sup>59</sup> Refiriéndose a la dogmática jurídica. Von Wright, Georg Henrik. "Ser y deber ser", en Aarnio, Aulis y otros, *la normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 98-99.

predicar razonabilidad<sup>60</sup> o no de un tal fin o de una tal función de la pena. O en relación con una justificación retributiva de la pena: por más humanamente posible, por más físicamente alcanzable, por más potencia lógica de realizabilidad que pueda tener, si históricamente implica fracaso como solución de algún problema, al abolicionismo se le hará irrazonable mantenerla como opción. No hay diseño óptimo de la idea penal, ni apenas problemas ajustables entre norma y realidad, en el sistema de castigo al que se alude.

Por todo ello, las ideas abolicionistas son útiles también para diseñar "puentes normativos", para "franquear el abismo entre ser y deber ser",<sup>61</sup> pero guardando para sí, al lado de aquellos valores-límites universales, la invalidación de todos aquellos mecanismos, sistemas o acciones que impliquen: *aplicación planificada/deliberada de dolor y disolución del conflicto en símbolos que lo expropian y congelen*. El abolicionismo no se dirige contra aquellos valores, sino contra esos medios –sistema penal– que jamás podrán dar cuenta de ellos. No se trata de que el fin último es perverso (la vida, la libertad, etc), sino de que el medio (punitivo) no puede dejar de serlo.

Y que no haya confusión, otra vez; que no haya sustos: *no nos quedaremos sin control*. El abolicionismo sabe que, en relación con el hombre: "es un despropósito pretender que el control social<sup>62</sup> pueda

<sup>60</sup> Y, otra vez, en respuesta a Ferrajoli (para quien fines irrazonables serían aquellos no sólo no realizados sino también irrealizables), Elena Larrauri, "desconsoladamente" dirá: "No acabo de entender cómo podré saber cuándo me encuentro frente a un objetivo nunca realizado o frente a uno irrealizable". Y es que parecen claros los efectos de aquella condición de realizabilidad, en el caso de la prevención como fin de la pena: "El lector escéptico punitivo siempre podría concluir que, en efecto, la pena de prisión no previene pero podría prevenir, si fuese más aplicada o de mayor duración", *Ob.cit.*, p. 747.

<sup>61</sup> "El propósito de las normas es "franquear el abismo" entre el ser y el deber ser, aunque *no* en el sentido de establecer un vínculo de inferencia entre ambos. Un vínculo tal está fuera de cuestión, no puede existir; por la simple razón de que las normas son prescripciones y las relaciones de inferencia pueden existir sólo entre descripciones". Von Wright, Georg Henrik, *Ob.cit.*, p. 100.

<sup>62</sup> "En los textos de sociología aparece como un término neutro, apto para abarcar todos los procesos sociales destinados a inducir conformidad, desde la socialización infantil hasta la ejecución pública. En la teoría y retórica

anticiparlo o sobrevivirle (...)"<sup>63</sup> Control social tendremos: aún "en el mundo (mental) del anarquista más radical siempre quedará un remanente de control social: ese sujeto, su discurso, sus camaradas, su vigilancia perenne contra toda forma de autoridad y orden, etc."<sup>64</sup> Lo que no le parece sin embargo fatal, "natural" o ineludible al abolicionismo penal, son algunos dispositivos: las formas, en nuestro caso, del control "duro" que representa el sistema penal; de ese –en palabras de Juan Oberto Sotomayor- "instrumento de control social que se caracteriza por ser selectivo, discriminatorio y desigual"<sup>65</sup>

#### 4.3. Tercer susto: "Es que esas ideas tan nuevas..."

Y por último, brevemente, este recuerdo: cuestiones como la esclavitud, la prohibición del alcohol, la incapacidad política de las mujeres, por ejemplo, difícilmente pudieron en su momento ser consideradas prescindibles o, aun, históricas. Eran, si hemos entendido bien, condiciones naturales o, en el mejor de los casos, fatalidades de la vida. El abolicionismo penal, para seguir aclarando confusiones y atenuando sustos, es hijo de necesidades y deseos mucho más "naturales" y mucho más antiguos que el moderno sistema penal; hijo de problemas y anhelos expresados por las ideas abolicionistas de todos los tiempos.

---

radicales, ha devenido un término negativo para cubrir no sólo el aparato coercitivo del Estado, sino también el supuesto elemento, oculto en toda política social apoyada por el Estado, ya se llame a ésta salud, educación o asistencia. Los historiadores y las ciencias políticas restringen el concepto a la represión de la oposición política, en tanto que los sociólogos, psicólogos y antropólogos, hablan de él invariablemente en términos no-políticos y más amplios. En el lenguaje diario, este concepto no tiene ningún significado". Cohen, Stanley, *Ob.cit.*, p. 17.

<sup>63</sup> González Zapata, Julio. "Algo de Foucault y de Nietzsche. Contra los torniquetes", Conferencia presentada en la Universidad de Antioquia, Medellín 21 de febrero de 2002.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, Temis, 1996, pp. 18-21.

"¿Quién hubiera creído en 1487, cuando Heinrich Institor Krämer y Jakob Spränger publicaron su más importante trabajo dogmático teológico y legal sobre las brujas (...) que la institución de la caza de brujas desaparecería algún día, como de hecho desaparecería la misma Inquisición?"<sup>66</sup>

#### Conclusión

"Hemos trabajado, en buena parte, conforme a una consigna absurda: 'como la seguridad no es de este mundo, inventemos otro, que no existe ni existirá, y desentendámonos de éste que es muy complicado para nosotros, humildes penalistas'. Esta humildad oculta la omnipotencia (...) y de ella nace el discurso legitimante del ejercicio de poder de todo el sistema penal".

Eugenio R. Zaffaroni

Si pretendemos ser prácticos en la solución de los problemas que aquejan a las sociedades contemporáneas, y aun si fuéramos a ser serios con las ideas declaradamente modernas de civilización y dignidad, creo que cualquier opción teórica y cualquier acción práctica que asumamos para pensar el sistema penal y para activar nuestro papel en ese sistema, se presenta plausible y coherente sólo en el entendido de que con ellas se busca incesantemente la disminución del dolor deliberado que no paramos de aplicar a las personas... como si fuera la única manera de disminuir el nuestro.

Creo también, con L. Hulsman, que una tal finalidad implica comprender que la abolición del sistema penal pasa por "la abolición del sistema penal en nosotros mismos (...) Todos pueden abolir el sistema penal dentro de cada uno, pero no es tan fácil, lleva tiempo"<sup>67</sup>

Y para evitar finalmente otra confusión, debe decirse que alguna convicción abolicionista hoy necesariamente convive con una gran dosis de pesimismo sobre las posibilidades de ese pensamiento. Pero la dificultad de ser optimistas ahora en relación con la abolición del sistema penal, no tiene que ver con preferencia alguna por los aparatos penales.

<sup>66</sup> Mathiesen, Thomas. "La política...", *Ob.cit.*

<sup>67</sup> Hulsman, Louk, "El paradigma...", *Ob.cit.*

Es difícil ser optimista, más bien, por algunas razones que tienen que ver básicamente con nuestra infinita pequeñez, con nuestra inconmensurable incapacidad y con nuestra magnífica persistencia en despertar al "sujeto" (en el doble sentido del término) cada mañana y llevarlo a todas partes:

a. Es difícil ser optimistas en cuanto para resistirnos a lo que hoy constituye el principal soporte de la idea de pena, de castigo, muchas personas sólo contamos con el botón de "off" del control remoto de un televisor... y nos cuesta oprimirlo;

b. Es difícil ser optimista porque muchas personas probablemente mantengamos el lugar común según el cual "ésto cogió ya mucha ventaja" y, a lo sumo, continuemos puliendo nuestro sometimiento: por más nefasto que sea, en estos nuevos tiempos de autoritarismo, confiaremos tristemente en el derecho penal; reivindicaremos "el reinado del derecho positivo, pues la ley, aunque sea la ley del déspota, siempre es más soportable que su voluntad caprichosa. Sin duda, siendo la misma voluntad, tendrán la misma crueldad las normas de derecho que sus decisiones espontáneas, pero la primera tiene la ventaja de la claridad y la publicidad, y la previsión aporta alguna seguridad".<sup>68</sup> Reivindicaremos, incapaces, la certeza y la tranquilidad que parece brindarnos el derecho penal, aunque "la certeza generalmente es una ilusión, y la tranquilidad no es el destino del hombre".<sup>69</sup>

c. Y, finalmente, es difícil ser optimista en cuanto la pretensión de abolir siquiera la cárcel, en comparación con el efecto del mensaje abolicionista en las comunidades académicas y políticas, evoca –para jugar con un símil– la lucha eterna y solitaria de Andrés Bello. Don Andrés sabía, como hoy sabemos, del absurdo de escribir hábito, con h, aunque no la pronunciemos... sólo porque "los antiguos romanos escribían *habitus*".<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Bermudo, J.M. *Filosofía política*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2001, p. 248.

<sup>69</sup> Kennedy, Dunkan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Universidad de Los Andes y otros, 1999, p. 25.

<sup>70</sup> Montoya, Roberto Hernández. "La real academia española tiene mala ortografía", en: [http://correo.latimail.com/cgi-bin/Latin\\_mailLoginNew.exe?ID=41649151410](http://correo.latimail.com/cgi-bin/Latin_mailLoginNew.exe?ID=41649151410)

# Jurisprudencia

---

La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001  
Hernando León Londoño Berrío