

Las opiniones vertidas en artículos, notas o comentarios firmados, son exclusiva responsabilidad de los autores.

Fecha de catalogación: 19/7/2011

Sueiro, Carlos Christian

Los paradigmas del derecho penal: sobre la armonía metodológica del derecho penal: la interdisciplinariedad de la penología, la criminología, la dogmática, el derecho procesal penal y la política criminal. - 1a. ed. - Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.

780 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1769-08-7

1. Derecho Penal. I. Título.

CDD 345



© Copyright by

FABIAN J. DI PLACIDO Editor

Cardoso 212

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

(1407) República Argentina

Tel. / Fax: (5411) 4672-7408

e-mail: fabiandiplacido@fibertel.com.ar

www.fabiandiplacido.com.ar

Hecho el depósito de ley 11.723

Prohibida la reproducción parcial o total

Derechos reservados

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

Este libro se terminó de imprimir en

Impresiones Sud América

Andrés Ferreyra 3767/9

Buenos Aires - Argentina

en el mes de agosto de 2011

CARLOS CHRISTIAN SUEIRO

LOS PARADIGMAS DEL DERECHO PENAL

**Sobre la armonía metodológica
del Derecho Penal**

*La interdisciplinariedad
de la Penología, la Criminología,
la Dogmática, el Derecho Procesal
Penal y la Política Criminal*



Para estos postulados, la sanción o pena es consecuencia directa y necesaria del hecho punible y dicha necesidad tiene un sentido netamente social e histórico, ya que depende de la valoración de cada cultura.

f) *La teoría retributiva de la unión de Reinhart MAURACH (retribución y prevención especial)*

Este autor alemán, Reinhart MAURACH, fue uno de los últimos grandes defensores de las teorías absolutas de la pena, dentro de la teoría retributiva, y esta postura sólo mutaría en la última edición de su tratado, actualizado por ZIPF.

MAURACH buscó elaborar una "teoría retributiva de la unión". "En ella se le reconoce a la pena naturaleza retributiva, pero se admite que respecto de ciertos autores resulta imprescindible seguir criterios de prevención especial. Es de la que surge la doble vía sancionatoria del Derecho Penal: penas y medidas de seguridad (doble vía para la que MAURACH, no existen mayores reparos sobre todo siendo la postura que ha logrado imponerse en el derecho positivo vigente"¹¹⁴.

Adhieren a esta postura, entre otros, el pensamiento del jesuita vasco Antonio BERISTAIN IPIÑA, y es menester destacar que esta teoría de la pena también resulta afín a la denominada "teoría de la prevención general positiva o integradora" del célebre Günther JAKOBS y la "teoría de la integración-prevención", elaborada por los autores postfinalistas o subjetivistas.

¹¹⁴ RIQUERT, Marcelo Alfredo - JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *Teorías de la pena...*, cit., p. 273.

Teorías deslegitimantes de la pena

Las teorías deslegitimantes de la pena, son aquellas que no encuentran justificativo alguno al castigo y, por el contrario, sostienen que las finalidades que posee el Derecho penal pueden alcanzarse desde otras ramas del Derecho mediante el empleo de una visión interdisciplinaria que permita dar solución a las diversas situaciones conflictivas que se presentan en toda sociedad o comunidad.

Dentro de las teorías deslegitimantes de la pena pueden mencionarse: a) La posición crítica de Friedrich NIETZSCHE; b) la postura negativa o agnóstica de la pena; c) el Derecho Penal Mínimo o Minimalismo; y d) el abolicionismo penal.

La posición crítica de la filosofía de Friedrich NIETZSCHE

En el marco de su intrincada filosofía de corte realista, el filósofo alemán Friedrich NIETZSCHE¹¹⁵, se opone constante y fuertemente a la pena y el castigo.

¹¹⁵ Friedrich Wilhelm NIETZSCHE, nació en Röcken, en la Sajonia Prusiana, en 1844; se crió en un ambiente familiar piadoso, su padre era pastor protestante y su madre también era procedente de familia de pastores. Friedrich NIETZSCHE, poseía dos hermanos, Elizabeth y Joseph. En 1849, muere su padre como consecuencia de un tumor cerebral. Al año siguiente en 1850, muere su hermano Joseph, así es que la familia decide mudarse a Hamburgo del Saale. En 1851 comienza sus estudios en el colegio de esa ciudad. Para 1854, se inscribe en el *Gymnasium* de la ciudad de Naumburgo. Es en el año 1857, que escribe su primera autobiografía, a la temprana edad de trece años. En 1859 ya era considerado un célebre alumno del internado de Pforta, internado en el cual permanecería por más de seis años, en el cual comenzaría su afición por la música. En el año 1861, escribe su primer poema *al Dios desconocido*. Tres años más tarde, en 1864, se inscribe en la Universidad de Bonn, para estudiar Teología y Filosofía Clási-

"El castigo es propio del hombre actual; un futuro hombre evolucionado, no necesitaría de él: "la ira y el castigo son herencia

ca. Al año siguiente abandona sus estudios de Teología y Filosofía y se traslada a la ciudad de Leipzig, en donde conoce la filosofía de SCHOPENHAUER y la música de WAGNER. Al año siguiente, en 1866, comienza sus estudios de filología. En 1867, inicia su instrucción en el servicio militar, es así que al año siguiente conoce a WAGNER, con quien compartirá una gran admiración por BEETHOVEN. Ese mismo año termina el servicio militar. En el año 1859, la Universidad de Leipzig, le concede el diploma de doctor a raíz de sus trabajos publicados sin necesidad de examen alguno, y es nombrado profesor extraordinario de la Universidad de Basilea. En 1870, participa de la guerra franco-prusiana como camillero, y promociona para una cátedra como profesor ordinario. Al año siguiente, en 1871, escribe *El nacimiento de la tragedia*, obra que se publicaría recién en 1872 teniendo una notable reprobación entre los filólogos. Entre 1873 y 1874 publica *Consideraciones intempestivas, David Stauss, el confesor y el escritor, Consideraciones intempestivas: sobre la utilidad y desventaja de la ciencia histórica para la vida, y Schopenhauer como educador*. En 1875, escribe su cuarto y último ensayo sobre Richard WAGNER. Para el año 1876, su salud se encuentra muy deteriorada y solicita un año de permiso en la Universidad por enfermedad, también en ese mismo año conoce a Paul Rée. Al año siguiente reanuda sus clases en la Universidad de Basilea y entabla una gran amistad con Peter Gast. En 1878, se resquebraja su amistad con WAGNER, y publica *Humano, demasiado humano*. Al año siguiente abandona la cátedra de la Universidad de Basilea, obtiene una pensión universitaria por mediación de Overbeck. Así se refugia en los valles alpinos, en Engandina y escribe *Sentencias y máximas y El viajero y su sombra*. En 1881, publica *Aurora*. En 1882 se publica *La gaya ciencia* y conoce a Lou Andreas. Un año más tarde, en 1883, se publica *Así habló Zaratrusta*. Ese mismo año muere Richard WAGNER. En 1884, publica la tercera y cuarta parte de *Así habló Zaratrusta*. En 1885, se asienta en una estancia en Venecia con Peter GAST y realiza numerosos viajes a Alemania. En 1886, se publica *Más allá del bien y del mal*. Al siguiente año publica *La genealogía de la moral*. En 1888 escribe *El ocaso de los ídolos, El Anticristo y Ecce homo* y fragmentos de *La voluntad de poder*. Ya en este año comienzan sus severos síntomas de progresivo deterioro psicológicos. En 1889, sufre un síncope y sale a la luz *El ocaso de los ídolos*. En 1890, NIETZSCHE es trasladado por su madre a su casa en Naumburgo. Para 1893, la salud de

la especie animal"; "¡Avancemos unos miles de años! Al hombre espera mucha felicidad en el futuro (...) Algún día ya no querremos cometer el atentado contra la lógica que implica la ira y el castigo. Practicados individualmente o en sociedad. Ese día la cabeza y el corazón están tan cerca como hoy están alejados" ¹¹⁶.

"El hombre es algo que debe ser superado,... el hombre es una cuerda tendida entre el animal y el superhombre; una cuerda tendida sobre el abismo. Es peligroso pasar al otro lado, es peligroso permanecer en el camino, peligroso mirar hacia atrás; peligroso pararse y peligroso temblar. La grandeza del hombre está en ser un puente y no un fin;... es hora de que el hombre se señale a sí mismo una meta. Hora es ya que el hombre siembre la semilla de su más alta esperanza" ¹¹⁷.

"Los grandes espíritus son escépticos. La fuerza, la libertad nacida de la fuerza y la sobreabundancia de fuerza del espíritu se demuestran por medio del escepticismo. Los hombres de convicción no entran en consideración en nada de lo fundamental acerca del valor del no-valor. Las convicciones son prisiones" ¹¹⁸.

"Los hombres de bien de todas las épocas han sido los que han profundizado en las ideas añejas para hacerlas fructificar, los culti-

Friedrich NIETZSCHE, se ha deteriorado considerablemente. En ese año su hermana, Elizabeth NIETZSCHE, se hace cargo de sus escritos y publicaciones. En 1894, se crea en su casa el *Archivo de Nietzsche*. En 1895, se publica *El Anticristo y Nietzsche contra Wagner*. En 1896, se traslada el Archivo de NIETZSCHE, a Weimar. En 1897, muere la madre de NIETZSCHE. En 1898, permanece en estado inconsciente hasta el 23 de agosto de 1900, fecha en la que fallece. Bibliografía de Friedrich NIETZSCHE, según la cronología bibliográfica publicada en NIETZSCHE, Friedrich, *Aurora - El Anticristo*, Biblioteca Contemporánea NIETZSCHE, El Ateneo, LIBSA, Madrid/Buenos Aires, 2001, pp. 6-8.

¹¹⁶ NIETZSCHE, Friedrich, *El caminante y su sombra*, N° 183, año 1879, citado por SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 54.

¹¹⁷ NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Biblioteca Conmemorativa NIETZSCHE, El Ateneo, LIBSA, Madrid/Buenos Aires, 2001, pp. 10/12/14.

¹¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich, *Aurora*, cit., p. 355.

vadores del espíritu... Lo que llamamos bien es lo que conserva la especie" 119.

Éstas son las bases filosóficas del abolicionismo penal. Aunque este es el punto de partida del abolicionismo y puede considerarse no más que idealista, esperanzador y hasta por momentos utópico, es el pensamiento del gran Friedrich NIETZSCHE, la primera y más severa crítica filosófica al castigo y su demostración empírica de su indisoluble ligazón con la naturaleza del ser humano.

El castigo para NIETZSCHE es venganza y la venganza es un síntoma de la involución de la especie humana.

"La consideración de la pena como venganza es impecable y correcta. Una mera modificación terminológica no puede alterar la naturaleza de las cosas: el hecho de que la venganza sea grupal, organizada, dosificada, 'racional' y revestida de una liturgia cuasi religiosa, no cambia su verdadera naturaleza" 120.

B) La teoría negativa o agnóstica de la pena

Su mentor, Eugenio Raúl ZAFFARONI, parte de la concepción de que "en toda sociedad existen relaciones de poder que intervienen en la solución de conflictos. Toda sociedad o cultura tolera que en la mayoría de los conflictos no intervenga el poder formalizado o, mejor dicho ninguna sociedad admite que en todos los conflictos intervenga ese poder" 121.

Explicando que las agencias políticas programan su intervención sobre una parte de la conflictividad mediante los

119 NIETZSCHE, Friedrich, *La Gaya Ciencia*, Biblioteca Contemporánea Nietzsche, El Ateneo, LIBSA, Madrid/Buenos Aires, 2001, p. 13.

120 SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 55.

121 ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal...*, cit., p. 35.

principales modelos decisorios: A) el reparador; B) el conciliador; C) el coercitivo; D) el terapéutico; E) el punitivo.

No obstante, cabe aclarar que dentro de estos cinco modelos mencionados "el modelo punitivo es poco apto para la solución de los conflictos, pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto sino que suspende, o sea, lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye la víctima". De esta manera "todos los inconvenientes de las teorías positivas se eluden si se adopta un criterio de construcción teleológica que tenga por meta la protección de los bienes jurídicos (seguridad jurídica) pero en lugar de caer en la confusión que protege a la víctima de las demás, asume el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo" 122.

"Un concepto negativo o agnóstico de pena significa que la misma queda reducida a un mero acto de poder, que sólo tiene explicación política" 123.

"Las teorías manifiestas de la pena legitiman, junto al poder punitivo, la orfandad de la víctima y el consiguiente derecho del Estado a desprotegerla", por el contrario un "Derecho Penal basado en la teoría negativa del poder punitivo queda libre para elaborar elementos pautadores de decisiones que refuercen la seguridad jurídica, entendida como tutela de los bienes jurídicos, pero no de los bienes jurídicos de las víctimas de delitos, que están irremisiblemente confiscados por la criminalización..." 124.

Esta moderna y actual teoría deslegitimante de la pena, como lo es la teoría negativa o agnóstica de la pena, ha sido poco examinada muy probablemente por su tan reciente irrupción en el mundo jurídico.

122 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 35.

123 ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal...*, cit., p. 51.

124 ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal...*, cit., p. 53.

Sin embargo, el autor Mariano SILVESTRONI ha expresado su opinión al respecto de esta novedosa teoría de la pena. Así ha aludido a ella como un "Neoabolicionismo Garantista".

Para SILVESTRONI "la diferencia entre la propuesta de este autor y la de los abolicionistas clásicos es simplemente procedimental: para ZAFFARONI la abolición del sistema penal es un objetivo estratégico al que debe llegarse mediante la constante contención del poder punitivo (esta contención se lleva a cabo mediante la permanente lucha a favor del estado de derecho y en contra del estado de policía), mientras que para los abolicionistas la desaparición del sistema es un medio, un ya, un ahora, que no se traduce en propuestas concretas"¹²⁵.

C) Derecho Penal Mínimo o Minimalismo

El representante más autorizado sobre la materia es Luigi FERRAJOLI con su obra *Il Diritto Penale Minimo*. "Esta corriente de política criminal reconoce la inutilidad del actual esquema de represión penal de la criminalidad. Se incluye la lentitud judicial, el proceso de estigmatización, la selectividad del proceso penal, la cifra negra de la criminalidad. Propicia la reducción del Derecho Penal a la mínima expresión que pueda ser tolerada por la sociedad"¹²⁶. Es claro que el Derecho Penal mínimo tiene correlato con el "máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo"¹²⁷.

Como alude Gabriel Ignacio ANITUA, "estos pensamientos surgen en un contexto en que la defensa del liberalismo legal pasaba a ser casi una necesidad de supervivencia. Algunos juristas italianos comprometidos con la izquierda resistente al fascismo y que

¹²⁵ SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 53.

¹²⁶ BUJAN, Javier Alejandro, *Elementos de Criminología en la Realidad Social*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 246-247.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 104.

veía excluida del gobierno en la Italia de la Democracia Cristiana plantearían, primero, un uso alternativo del derecho... En particular esa interpretación activista y defensora de la clase trabajadora sería efectuada por elementos progresistas de la magistratura. El minimalismo o garantismo emergió en el enfrentamiento contra la pervivencia de la legislación autoritaria y contra la emergencia de la legislación antiterrorista, que tanto en Italia como en España amenazaban los principios de un Derecho Penal liberal ilustrado que no había llegado a desarrollarse del todo"¹²⁸.

Los minimalistas, entre los cuales también se encuentra el emblemático representante de ésta corriente penológica y político criminal, Alessandro BARATTA, proponen descriminalizar un sinnúmero de comportamientos como los delitos contra la familia, la moralidad pública, entre otros.

La justificación de la pena que se mantiene luego de la reducción de tipos penales "se da a partir de un doble fin preventivo: la prevención de delitos y la prevención de venganzas privadas"¹²⁹. Dice que la pena "no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas"¹³⁰.

Este modelo de justificación se diferencia de los anteriores en que no suministra una justificación en abstracto del Derecho Penal, sino que únicamente consiente justificaciones de los sistemas penales concretos. Además, este tipo de justificación es histórica y, en consecuencia relativa. Concluye FERRAJOLI, sosteniendo que este modelo permite no sólo y no tanto justificaciones globales, sino justificaciones y deslegitimaciones par-

¹²⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, prólogo de Eugenio Raúl ZAFFARONI, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 450.

¹²⁹ SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 40.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 332.

ciales y diferenciadas, para particulares normas o institutos, o prácticas de cada comportamiento.

Es más, es esta ubicación sociológica e historiográfica la cual, además de permitir suministrar una justificación a sistemas penales concretos, la que a su vez, facilita al minimalismo detectar "el defecto epistemológico del que adolecen habitualmente las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de justificación —y particularmente por las doctrinas utilitarias— el que consiste en la confusión que se genera entre los dos niveles de discurso que he diferenciado. A causa de esta confusión, las doctrinas normativas de justificación aparecen casi siempre presentadas directamente como justificaciones. Es de aquí que nacen las justificaciones apriorísticas; pero no de éste o de aquel ordenamiento penal o de ésta o de aquella institución concreta, sino del Derecho Penal o de la pena en cuanto tal, o mejor de la idea de Derecho Penal o de pena. En este caso la violación de la ley de HUME no se refiere a la doctrina de justificación, sino a la justificación misma. De la doctrina normativa, la cual destaca un fin preciso como criterio de justificación de la pena o del Derecho Penal en general, se deduce en efecto que las penas o los concretos ordenamientos penales satisfacen de hecho dicho fin y son por lo tanto justificados. El resultado es una falacia normativista, absolutamente idéntica a aquella de la substitución de los fines con las funciones, en la cual incurren las doctrinas ideológicas normativistas. Las justificaciones, en verdad, son provistas a posteriori, sobre la base de la correspondencia verificada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística, es decir, prescinda de la observación de los hechos justificados, entonces ella se convierte en una ideología normativista o, si se quiere, idealista" ¹³¹.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho Penal mínimo*, trabajo aparecido en VV.AA., *Prevención y teoría de la pena*, Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 25/48.

Por lo tanto, a fin de no caer en la falacia normativista de entender sistemas penales abstractos, mediante justificaciones apriorísticas, que no se compadecen con una realidad concreta en un sistema penal, es que el Minimalismo o Derecho Penal Mínimo, sólo otorga justificación y legitimación de sistemas penales concretos, situados en un contexto histórico político y cultural.

Ante la visión epistemológica previamente enunciada, resulta raro que FERRAJOLI haya recurrido a una de las teorías epistemológicas más fecundas del siglo XX, como lo es la propuesta por Karl POPPER en *La Lógica de la Investigación Científica* ¹³². Así FERRAJOLI para dotar de legitimidad por racionalidad a las decisiones judiciales en el proceso penal "enfatisa su carácter siempre hipotético o conjetural, alejado de toda certeza verificatoria de la verdad procesal, es clara su intención de homologar el proceso acusatorio al esquema de POPPER" ¹³³.

"Para FERRAJOLI un derecho mínimo se legitima únicamente por razones utilitarias, que son la prevención de una reacción formal o informal más violentas contra el delito; es decir, que para el Derecho Penal mínimo, el fin de la pena sería la minimización de la reacción violenta contra el delito. Ese Derecho Penal se justificaría como un instrumento que impide la venganza" ¹³⁴.

"Por otra parte, un grupo de cultores del garantismo pretende que el nuevo modelo de política criminal sirva para una reorganización general y completa del aparato de justicia criminal, con miras a

¹³² POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, 8ª reimpresión de la edición de 1962, Tecnos, Madrid, 1990.

¹³³ ORCE, Guillermo, *¿Otra vez acerca de la verdad en el Proceso Penal? Análisis de un dudoso traslado epistemológico*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 8, Ad-Hoc.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 100.

su definitiva suplantación por un nuevo modelo institucional protector de los derechos humanos”¹³⁵.

D) El abolicionismo penal (El abolicionismo escandinavo, la política criminal de tolerancia holandesa y el abolicionismo leninista o comunista)

La teoría abolicionista “se halla dentro de un contexto epistemológico que se puede caracterizar por su actitud no positivista ante el concepto de verdad. La ‘Verdad’ es finita y transitoria como la humanidad, nunca se la puede descubrir completamente”¹³⁶.

La propuesta abolicionista comenzó como una tendencia a la abolición primero en la pena de muerte y posteriormente de la cárcel, hasta la suspensión de todo el sistema penal para implantar un sistema de solución de los conflictos sobre la base de la pequeña sociedad o comunidad circundante. “La idea central es simple. Las sociedades occidentales enfrentan dos problemas principales: la distribución desigual de la riqueza y la distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. Ambos problemas pueden dar lugar a disturbios. La industria del control del delito está preparada para enfrentarlos, proveer ganancias y trabajo al mismo tiempo que produce control sobre quienes de otra manera perturbarían el proceso social”¹³⁷.

¹³⁵ En este sentido ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana, Perspectivas y disyuntivas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982; MELOSSI, Darío, *Ideología y Derecho Penal: garantismo jurídico y criminología crítica como una nueva ideología alternativa*, en *De los delitos y de las penas*, Nueva Serie, n 1-1990, Italia, 1990, citado por BUJÁN, Javier Alejandro, *Elementos de criminología...*, cit., p. 247.

¹³⁶ HULSMAN - CHRISTIE - MATHIESEN - SCHEERER - STEINERT - DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción del inglés por Mariano Alberto CIASFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 23

¹³⁷ CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 21.

Para los abolicionistas, el delito no existe, como sostiene CHRISTIE “el delito es un recurso ilimitado. Los actos con la posibilidad de ser vistos como delictivos son como un recurso natural limitado... Los actos no son, se construyen, sus significados son dados al tiempo que suceden. El mundo viene a nosotros en el momento en que lo construimos. El delito es por lo tanto un producto cultural, social, y mental”¹³⁸.

En igual sentido se expide, Louk HULSMAN, al esbozar que “habemos por diversos estudios las maneras en las que el miedo al delito puede ser generado como resultado de ciertos vínculos entre la justicia penal y los medios de comunicación, y cómo este miedo afecta profundamente las vidas de ciertos grupos de la población que pueden terminar aislados a causa de ello”¹³⁹.

La corriente abolicionista, toma su nombre de la lucha histórica contra la esclavitud¹⁴⁰, y luego de la oposición a la pena de muerte.

Dentro del abolicionismo, las tendencias a la destrucción han buscado diversos fundamentos teóricos y políticos.

Teoría de la abolición política, del noruego Thomas MATHIESEN (promotor de la KROM organización que lucha por la reforma penal) el cual propone la abolición del sistema penal en el ámbito de las acciones políticas.

¹³⁸ CHRISTIE, Nils, *El delito no existe*, en MAIER, Julio B. J., *Libro Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Estudios sobre Justicia Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 560.

¹³⁹ HULSMAN, Louk, *Alternativas a la justicia*, traducido por Alberto BOVINO, publicado en www.derechopenal.com.ar, Copyright © 2000 Derechopenal.com.

¹⁴⁰ Ver CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Universitetsforlaget, Oslo, Noruega, edición en castellano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 127. En igual sentido sobre el origen del término abolicionismo se recomienda ver ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 432.

Además de ser el mentor de la KROM¹⁴¹, Thomas MATHIESEN, recientemente continúa con su lucha contra el sistema punitivo, es así que en las Jornadas "Prisión 2004" celebradas en la City University de Londres, expuso sus diez razones para no construir más cárceles.

Así según el profesor MATHIESEN, estos diez argumentos son los siguientes: "en primer lugar está el argumento de la ineficacia rehabilitadora de la prisión, ... en segundo lugar está el argumento de la ineficacia preventiva. Esto es, la ineficacia para disuadir a los otros de cometer delitos por medio de la intimidación... En tercer lugar está el tema de la incapacitación, que justificaría el encarcelamiento simplemente para prevenir que las personas enviadas a la prisión puedan cometer nuevos actos delictivos mientras estén allí, ... En el cuarto lugar se encuentra el tema de la justicia. Este tema hace surgir una entera serie de complejas cuestiones filosóficas y empíricas, ... El quinto argumento es el de la irreversibilidad de la construcción de prisiones. Una vez que una prisión es construida la misma nunca (o casi nunca) será derribada... En sexto lugar, un sistema carcelario es como una bestia insaciable, un depredador que nunca está satisfecho. Las cárceles casi siempre están llenas hasta los topes, cuando no masificadas... En séptimo lugar, las cárceles modernas no son más humanas que las antiguas. En octavo lugar las nuevas cárceles irreversibles, insaciables e inhumanas, rompen con los valores básicos de dignidad, el respeto y los derechos humanos a

¹⁴¹ KROM (Norwegian Association for Penal Reform), "En ese sentido, VAN SWAANINGEN indicó... que entre los objetivos más importantes de KROM se hallaba la pretensión de influir en la opinión pública, sobre el castigo en el sentido de ir paulatinamente mostrándole a ésta que el sistema penitenciario no sólo era brutal sino que cabía la posibilidad real de reemplazarlo por medidas más humanas, más económicas y más abiertas". En RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria—Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria—*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 935.

que todos los individuos de nuestra sociedad deberían tener acceso a la justicia. En noveno lugar, la cárcel no ayuda a las víctimas... y en décimo lugar, la manifestación carcelaria"¹⁴².

En tercer lugar, la Teoría de la personalidad usurpadora del Estado, del holandés Louk HULSMAN, el cual entiende que la intervención del estado genera una tercerización anónima e interesada que impide la participación de las partes en el acuerdo.

Para Louk HULSMAN, "el sistema penal brinda una concepción no realista del evento criminalizado y, como consecuencia de ello, también una respuesta no realista que impide un abordaje adecuado"¹⁴³.

En cuarto lugar, la Teoría negadora del castigo, del noruego Nils CHRISTIE, el cual hace hincapié en la deslegitimación del estado para la imposición de la pena pública. El ensayo social más importante ha sido el proyecto comunitario en Europa denominado "Christiania".

Para este autor es "claro que el abolicionismo, en su forma más pura, no es una posición alcanzable. No podemos abolir totalmente el sistema penal. Pero... podemos adentrarnos mucho en esa dirección. El delito no existe como fenómeno natural"¹⁴⁴.

De hecho, Nils CHRISTIE, ha llegado a adoptar el Minimalismo como postura político criminal ejecutable en lo inmediato. Así es que ha llegado a esbozar: "la posición que está cer-

¹⁴² MATHIESEN, Thomas, *Diez razones para no construir más cárceles*, paper presentado el 25 de junio de 2004 en las jornadas "Prisión 2004" celebradas en la City University de Londres, traducción del inglés de Gabriel Ignacio ANITUA y Marta MONCLUS MASÓ, artículo publicado en la Revista Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005/A, pp. 3 a 21.

¹⁴³ HULSMAN, Louk, *El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas*, en *Criminología Crítica y Control Social, El Poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993, p. 86, citado por SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 45.

¹⁴⁴ CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, cit., p. 127.

ca de mi corazón podría llamarse minimalismo. Esto está cerca de la posición abolicionista, pero acepta que en ciertos casos el castigo es inevitable. Ambos, abolicionistas y minimalistas, toman los actos indeseables como su punto de partida, no los actos definidos como delito, y se preguntan cómo puede hacerse frente a estos actos. En lo que sigue, probaremos las posibilidades de la posición minimalista en algunas catástrofes de nuestro tiempo”¹⁴⁵.

Otro símbolo del abolicionismo penal, es el holandés Hermann BIANCHI quien para principios de los años ochenta “era el director del Instituto de Criminología de la Universidad de Ámsterdam. Para BIANCHI, lo represivo no resuelve los conflictos pero, sin embargo, BIANCHI, no abandona una idea de justicia, que sería expresada más ampliamente en *La Justicia como santuario de la vida* (1985). Esa idea de justicia también quiere reducir o eliminar las violencias, aquellas que hoy se denominan delitos”¹⁴⁶.

Hermann BIANCHI víctima del Nazismo, durante su ocupación de Holanda, fue confinado a un campo de concentración y allí acuñó la idea de que no basta con abolir las prisiones, sino que es necesario abolir la propia idea de castigo.

Junto a René VAN SWAANINGEN, en su obra conjunta *Abolicionismo, hacia un enfoque no represivo del delito*, de 1986, tomando como base ideas de diferentes religiones, tanto occidentales como orientales, sostuvo que los principios de esta justicia que proponen son la reconciliación y la reimposición de la paz.

También deben destacarse, la actuación y desempeño de la profesora sueca, Stella VINTHAGEN, quien enfatiza que el mo-

¹⁴⁵ CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, cit., pp. 127-128.

¹⁴⁶ Entre otras obras de Hermann BIANCHI, pueden enunciarse *Nosotros y el delito*, de 1959, *Ética del castigo* de 1964, y *Ensayos sobre el orden y la autoridad*, de 1967, citado por ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 432.

viendo abolicionista lejos de desacelerarse y estancarse, en los últimos años ha adquirido nuevos bríos, al enfatizar “mi movimiento anti-globalizadores. Miren los movimientos pacifistas. Reclutan decenas y centenas de miles de participantes de todas las partes del mundo. Piensen simplemente en la amplia protesta mundial de la primavera de 2003, justo antes de que los Estados Unidos, Gran Bretaña y otros Estados que invadieran Irak ilegalmente sin el consentimiento de la ONU— y ése es sólo un ejemplo. Existe un potencial, hay una esperanza”¹⁴⁷.

No obstante éstos no son los únicos expositores desde Escandinavia. Kjersti ERICSSON, Kristin SKORTEN, Angelika SCHAFFT, Hans VON HOFER¹⁴⁸, desde Holanda René SWAANINGEN y agrupaciones tales como la KROM¹⁴⁹ en Noruega (1968), la KRUM¹⁵⁰ en Suecia (1965), la KRIM en Dinamarca y Finlandia (1967) y el KRAK en Alemania.

El abolicionismo penal, no sólo es un producto de las sociedades occidentales, para el comunismo en su vertiente marxista-leninista, el abolicionismo penal es un medio idóneo dentro del contexto filosófico político y económico propuesto. Dando así lugar a lo que se conoce como “*Abolicionismo Leninista*”.

¹⁴⁷ VINTHAGEN, Stella, *Motståndet mot den nya världsordningen* (La resistencia frente al nuevo orden mundial), citado por MATHIESEN, Thomas, *Diez razones para no construir más cárceles*, cit., p. 6.

¹⁴⁸ VON HOFER, Hans, *Prisons Populations as Political Constructs: the case of Finland, Holland and Sweden* (Prisiones populares y su política de construcción: El caso de Finlandia, Holanda y Suecia), publicado en *Kriminologiska Instituteten vid Stockholms Universitet, Svenska*, www.crim.su.

¹⁴⁹ Para ahondar sobre la organización que lucha por la reforma penal noruega, K.R.O.M., ingresar a la página web, www.krom.no.

¹⁵⁰ “... durante los primeros años de las actividades de KRUM, KRIM y KROM, la perspectiva abolicionista era dominante (tanto del sistema penal general, cuanto del penitenciario particular).” En RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria...*, cit., p. 936.

Puede comprenderse el origen, desarrollo y mecánica del "Abolicionismo Leninista o Comunista", dentro del contexto filosófico, político y económico de principios del siglo XX, con el surgimiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas¹⁵¹.

Para comprender el abolicionismo leninista o comunista, es necesario recordar que la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, como fiel insignia y emblema representativo de la filosofía socialista durante el siglo pasado, adoptó como modelo económico una economía planificada con supresión de la propiedad privada de los medios de producción, los cuales se

¹⁵¹ La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.) o en ruso transliterado *Soyuz Sovetskij Sotsialisticheskij Respublik, SSSR*, fue un Estado Socialista Euroasiático, que existió desde 1922, hasta el 25 de diciembre de 1991. Constituida por quince (15) Repúblicas entre las cuales se hallaban: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Estonia, Georgia, Kazajistán, Kirguistán, Letonia, Lituania, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán, con una superficie total de 22.420.200 km cuadrados. Como Estado Socialista adoptó el Socialismo como sistema económico y social, incluyendo la propiedad estatal y cooperativa de los medios de producción y de la tierra. Su filosofía de Estado, se basa en el Marxismo/Leninista, el cual constituía la ideología oficial de la U.R.S.S.

Basada en una economía planificada como contraposición a la economía de consumo capitalista y con la supresión de la Religión, la cual era considerada por su principal precursor, Vladimir Ilich Uliánov LENIN, como "el opio de los pueblos", la Unión Soviética, se erigió y adoptó el Materialismo Ateo. Así durante los 69 años de vigencia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, contó con ocho (8) Presidentes o Soviet Supremos (en ruso *Verjovni Sovet SSSR*), Vladimir Ilich Uliánov LENIN (1922-1924), José STALIN, Iósif Vissariónovich DZHUGASHVILI (1924-1953); Gueorgui Maksimiliánovich MALENKOV, (1953-1953); Nikita KRUSCHEV o Nikita Serguéievich JRUSHCHOV (1953-1964), Leonid BREZHNEV o Leonid Ilich BRÉZHNEV (1964-1982), Yuri Vladimirovich ANDROPOV (1982-1984); Konstantín Ustinovich CHERNENKO (1984-1985); Mijaíl Serguéievich GORBACHOV (1985-1991). Así el 25 de diciembre de 1991, la bandera Roja con la Hoz y el Martillo amarillo, dejó de flamear sobre el Kremlin y fue sustituida por

contraban en manos estatales o de cooperativas de obreros. Así también, influenciados por las ideas marxistas y leninistas, llevó a cabo la supresión de la religión oficial y se asumió por parte del Estado Socialista, el materialismo ateo.

Bajo este paradigma cultural resulta por demás esclarecedor que su más destacado impulsor, Vladimir Ilich Uliánov, más conocido como LENIN, haya concebido el sistema penal como un instrumento de control social propio del modelo capitalista, el cual debía ser erradicado, extirpado del Estado Socialista.

Así, "LENIN, ha visto al sistema penal como una herramienta propia del capitalismo y a su desaparición final como un resultado necesario del desarrollo histórico. También concibió de ese modo a la propia democracia. Sin embargo, todo ello es un resultado final al que se debe arribar luego de una sangrienta represión"¹⁵². "Sólo el comunismo suprime en absoluto la necesidad del Estado, pues no hay nadie que reprimir, 'nadie' en el sentido de clase, en el sentido de lucha sistemática contra un sector determinado de la población"¹⁵³.

la bandera tricolor de la República de la Federación Rusa, cuyo primer representante postsoviético fue Borís Nikoláyevich YELTSIN (1991-1999), hasta 1999, fecha en la que asumió el actual presidente de Rusia, Vladímir Vladimirovich PUTIN. Información obtenida de Costantini, Pablo y Castillo, Ofeilia, Traductor CONSTANTINI Pablo, *Mijaíl Gorbachov — Los Grandes Líderes del Siglo XX —*, Tiempo Cultural, Buenos Aires, 1991. También se sugiere la lectura de la obra de LEWIN, Moshe, *El Siglo Soviético, Qué sucedió realmente en la Unión Soviética?*, edición de Gregory Elliott; traducción de Ferrán ESTEVE, Crítica, Barcelona-España, 2006, también ver www.wikipedia.org.

¹⁵² LENIN, Vladimir Ilich Uliánov, *La democracia socialista*, Ateneo, Pequeña Biblioteca Marxista Leninista, Buenos Aires, 1975, citado por SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 43.

¹⁵³ SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 43.