

El tener que substituir un principio universal por un fin práctico, ha sido realmente un "mal negocio" para la pena, a pesar de que fuese algo inevitable.

Desde el momento en que la pena se ha tenido que "emancipar" del "castigo divino", ha estado amenazada permanentemente por el riesgo de ser descubierta por lo que, contingentemente, está detrás de la ficción de lo que quiere hacer creer que es. Hasta que ha podido mostrarse como "pena justa", se ha mantenido imperturbable a la crítica de los objetivos. Pero cuando se ofrece como "pena útil", si el fin viene desenmascarado como inalcanzable o como falso, o como "inconfesable", la pena ya no está en grado de poderse justificar, debe mostrarse como lo que es efectivamente, es decir, como algo improponible, ya que le falta razón de ser.

La crisis moderna de la pena, ha estado modulada por esta alternancia de "enmascaramiento" "desenmascaramiento". Su teoría es la historia de la racionalización de esta aporía y no su definitiva resolución. Y es esta tensión que se crea en el proceso de acomodamiento provisional, la que tenemos que tener en cuenta.

En la búsqueda de una fundamentación teológica de la pena, se empeña, en primer lugar, la filosofía utilitarista del siglo XVIII. Su gran mérito está en el haber distinguido claramente entre *justificación de la pena en abstracto* (por qué el Príncipe tiene derecho a punir) y de la *pena en concreto* (por qué, cómo y cuándo el Príncipe puede/debe castigarme). De esta distinción ya no se podrá prescindir jamás. Su fuerza reside en haber clarificado definitivamente, cómo la finalidad que el Príncipe persigue a través del sistema de las penas, puede justificar el sacrificio

en la persona del condenado, pero, contrariamente, no está en grado de determinar los límites dentro de los cuales pueden sacrificarse la vida, la propiedad, y la libertad de las personas. Es evidente, que esta distinción fuera improponible en una concepción absoluta y ética de la pena en la que ésta no necesitaba justificación alguna respecto a un objetivo, y en donde la medida concreta de la misma no podía considerarse como un límite al Poder, sino como expresión del Poder justo.

Atribuir, por tanto, a la *pena como instituto o pena en abstracto*, una función de prevención general, no puede significar más que la búsqueda por parte del Príncipe de la obediencia de los consocios respecto a algunas "reglas de juego", incluso con la amenaza de causar sufrimiento. En este sentido, el objetivo de la pena llega a identificarse con el del sistema penal en su conjunto, es decir, la felicidad de los más en el respeto a la ley. Los límites, que se señalaban al poder o derecho de punición, son deducibles de la base contractual de derecho penal mismo, el cual determinará el contenido de los intereses generales a proteger y su jerarquía, y a la vez indicará los bienes especificables, contractualmente disponibles y sacrificables, por tanto, por causa de interés general.

La pena en concreto merece, en cambio, diversa consideración. Si la prevención general justifica el derecho penal de base contractual, este objetivo no aparece como válido en la conmisuración de la pena en concreto. *El problema de la pena en concreto se reduce, en este sentido, al problema de su conmisuración* y, en este aspecto específico, no hay duda de que *la pena en concreto no debe perseguir objetivo alguno*. Sigue siendo el esquema contrac-

tual el que determina concretamente los límites de la pena, interpretándolos en el sentido privatístico de prestación post-factum. En este último caso, la retribución ya no es expresión de la pena justa, sino un simple instrumento para la garantía de la proporcionalidad necesaria entre el delito y la pena, en el respeto a la base sinalagmática de la relación punitiva. Así pues, el fin de utilidad se puede satisfacer dentro de los límites contractuales, sólo en la pena en abstracto; en su aplicación al caso concreto, no se puede materializar más que en la proporcionada determinación de la pena, sin necesidad de que sea justificada teleológicamente.

Se hace difícil no sentir atracción por este proyecto, aún a sabiendas de que su fuerza consiste en el haber absolutizado y universalizado las formas históricamente determinadas de aquella sociedad, basada en el intercambio. Pero, el hecho de haber "reemplazado" el vacío de fundamentación de la pena, por una finalidad en grado de "aparecer" como universal, en cuanto deducible de la objetividad de "aquel" mercado, ha permitido dar un sentido a la pena, incluso faltándole un fundamento ético.

No creo que se pueda decir lo mismo del pensamiento idealista, cuya reflexión en materia de teoría de la pena, acaba por establecer, a través de la concepción dialéctica de la libertad, el fundamento retributivo como único límite de la pena en concreto, es decir, de su conmisuración, sin hacer referencia a la justificación del derecho de punir, o dando al mismo sólo valor formal.

Perdido cualquier referente contractual en el derecho de punir, los objetivos y medios por los que el ordenamiento penal

se orienta y privilegia, dejan de ser, definitivamente, objeto de conocimiento crítico. Y en este punto convido ese filón interpretativo que va de Hart (1963, 1968) a Ross (1970), según el cual la reproposición de una concepción jurídica de la retribución en la reflexión hegeliana, debe limitarse necesariamente a las cuestiones respecto a cuándo y cómo el Estado debe castigar. La racionalización de la "ley del talión", se sitúa en este caso en el plano de la pena en concreto, en el que, la exigencia de fundamentación ya no puede deducirse de un universal de justicia, sino del de la voluntad del culpable. La pena justa, en concreto, es por tanto, la *pena merecida*, ya que, pudiendo el bien, he querido el mal y en consecuencia -como ser libre- debo querer necesariamente la pena. *El paradigma retributivo tiende pues, a especificarse también en términos subjetivos, por lo menos en el sentido de encontrar en la voluntad libre y culpable su propio límite de ejercicio.* Afirmación fundamental, por otra parte, ya que está en grado de establecer el nivel más elevado de formalización jurídico-penal, en el que situaciones iguales en el plano de la conducta material y de culpabilidad, acaban encontrando igual y necesario resultado sancionatorio. Pero también es una afirmación inexpressiva en lo que respecta a la fundamentación del derecho de castigo en abstracto. El afirmar que el Estado castiga para que, a través del mal de la pena, se reafirme el bien de la ley violada, dice sólo que a la violación de la norma debe seguir la pena, que deberá ser abstractamente proporcional a aquella, pero deja sin resolver la cuestión de para qué fin se castiga. Y de otro lado, el criterio de una proporcionalidad abstracta está en grado de expresar,

por él mismo, un criterio de justicia que no sea única y exclusivamente el de una justicia formal.

La importancia determinante de la *concepción dialéctica* se debe limitar, por tanto, al específico aspecto de la determinación de la *pena en concreto*, donde al parámetro objetivo de la proporcionalidad entre valor-delito, debe corresponder el equivalente valor-pena, en los límites de la culpa real. En cuanto al fundamento de la pena en abstracto, la concepción dialéctica no puede ir más allá de afirmar la necesidad de una abstracta proporcionalidad entre delito y pena.

Conclusión por lo menos significativa y en ciertos aspectos bastante instructiva: la reproposición de un paradigma retributivo en ausencia de un referente ético, se reduce a la simple y "vacía" afirmación de la necesaria proporcionalidad, ya que, en el momento en que pretenda justificar el poder de punición como algo justo, debe valorarizar, como universales, los intereses protegidos por la norma y, por tanto, revestirse de eticidad.

Este estadio inicial del proceso de establecer una base laica para la pena, cuando afirma la relativa indiscutibilidad teórica del fundamento último del sistema penal y de la necesaria proporcionalidad en los límites de la culpabilidad, para la determinación de la pena en concreto, conocerá una larga reflexión, que pasará a través de Feuerbach (1977 - 1980) y en parte Von Listz (1905); tradición tan prestigiosa como ineficaz, habida cuenta que el debate sobre la teoría de la pena, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se caracteriza en el sentido de negar esa posición inicial. En conclusión: asumidos ciertos presupuestos, no se puede concluir diver-

samente. Si se afirma la escisión entre ética y derecho, si se desecha, como teóricamente improponible una base contractual al poder de punición, si se pide, como necesaria, la proporcionalidad, las posiciones que hacen suya la reflexión precedentemente examinada representan el último intento, más allá del cual la razón no puede aventurarse en la búsqueda de un *fundamento laico al derecho de punir*. Si nos alejamos de esta posición -como efectivamente ocurrirá- podemos seguir diversas vías, que comportarán siempre la *negación de una de las condiciones iniciales: o reponiendo* -en las diferentes formas ofrecidas por el pensamiento Ius Naturalista- un "valor" al derecho penal; o *reafirmando su fundamento contractual; o negando la necesidad de la estrecha proporcionalidad*. La primera vía, que retomada más y más veces y con autoridad diversa, me parece que es la que da una base ética al derecho de punición; la segunda, -sin duda alguna más discutida en materia de bien jurídico- que tiende a situar en la base del derecho penal un "acuerdo", un "entendimiento" (un pacto), sobre los intereses a proteger y su jerarquía; la tercera y última, que prefijando un fin a la pena en concreto ha denunciado la improponibilidad de límites a la persecución del mismo. No deseo examinar en este espacio las diversas y numerosas combinaciones eclécticas que parten de estas tres posiciones fundamentales.

Sin duda alguna, *la ruptura del parámetro de la retribución* en la conmisuración de la pena, ha acabado representando *la gran "revolución" de la pena moderna en la persecución de sus resultados*, tan "nefastos" como "inevitables": la pena "ejemplar" (según el principio de la prevención

general, como criterio de la determinación de la pena en concreto). y la pena "Indeterminada" (según el fin de la prevención especial). Resultados que no temo denunciar como "nefastos", a la vez que los reconozco como teóricamente consecuentes, toda vez que se quiera -mejor dicho se deba- establecer también, para la pena en concreto, un objetivo. Lo que significa, en otras palabras, renunciar a un fundamento objetivo en la conmisuración de la pena, es decir, negar que la pena merecida sea la proporcionada.

En conclusión: parece que tenemos, para la determinación de la pena en concreto un escenario más reducido del que teníamos para la cuestión de la justificación de la pena en abstracto, es decir, parece que debemos asistir a la "caída" de cualquier parámetro objetivo. Pero con el infringirse también este último "límite", el Estado, no sólo es libre de "castigar" por motivos ya fuera de toda discusión, sino que tampoco se ve limitado en la punición en concreto. En efecto: *si la pena en concreto debe ser útil, no podrá ser otra que la que se mostrará -en cada una de las ocasiones- como la más idónea para la consecución del fin prefijado.* Una vez elegida esta vía, se hace imposible prefigurar teóricamente algún límite. Si castigo para que otros no delincan, o para que tú no delincas en el futuro, qué significado tienen la gravedad de la lesión o la intensidad y grado de culpa?

Pero *por qué* -debemos preguntarnos- *ha desaparecido aquel universal retributivo*, habida cuenta la miseria filosófica -reconocida por todos- de la prevención especial y general en la conmisuración de la pena en concreto? Me parece que la razón de ello, se deba buscar en la *evidente incapacidad del parámetro retributivo para*

cumplir la propia función simbólica de norma-igual, de norma-contrato, en una sociedad en la que las relaciones ya no se dan en la forma de intercambio equivalente. Si el contrato deja de ser la forma jurídica capaz de representar el universo de las relaciones sociales en el libre mercado, también la proporción entre valor-delito y valor-pena deja de ser un fetiche creíble. Y, no se ve como puede resurgir la forma de la norma-contrato y en consecuencia la retribución, si no es con miras a la creciente necesidad de una legitimación.

Será, pues, *en la definitiva superación de la razón contractual del derecho*, como expresión en su momento "real" y en absoluto "ideológica" de determinadas y específicas relaciones económico sociales, donde *indirectamente se hallará el principio de la crisis de la pena retributiva.* Sobre esta y para esta crisis tendrán cabida diversas estrategias, capaces de ocupar los espacios que ya no son definidos, ni pueden serlo, por la intervención punitiva. Entre ellas, la estrategia que podemos llamar "modelo correccional".

EL FIN ALCANZADO. EL "MODELO CORRECCIONAL".

Lo hasta ahora argumentado en términos abstractos, lo hacemos "precipitar", en el sentido de hacer surgir lo que precedentemente y por razones de claridad expositiva, se ha querido omitir: que la reflexión burguesa sobre el fundamento de la pena, se ha llevado a cabo pensando, fundamentalmente, en una pena históricamente particular y bien definida: la privativa de la libertad. La pena burguesa por excelencia. Concretamente: aquella reflexión, el

lento y difícil camino de racionalización de una pena laica, han sido posibles sólo y en cuanto se habían dado, históricamente, las condiciones para el nacimiento y difusión de la pena de cárcel.

Ciertamente, el origen de la prisión, en términos de dependencia causal, tiene poco o nada que ver con la reflexión filosófico-penalista. Nadie cree ya que la cárcel la "inventasen" filósofos y juristas. Su origen hay que buscarlo en otra parte, en las necesidades disciplinarias, dramáticamente advertidas en el proceso de acumulación originaria, de socialización forzada en la disciplina del salario del futuro proletario, del que ya hemos hablado en la primera parte de este ensayo. Lo que aquí interesa es el hecho que, entre los siglos XVIII y XIX, se acaba por reconocer la pena, fundamentalmente, como pena de privación de libertad por un tiempo determinado y en cuanto es materialmente posible castigar a través de la sustracción del tiempo. Es decir, a través de la cárcel.

Sea también en el someter el propio poder al parámetro contractual (principio de retribución en la conmisuración de la pena), que la pena burguesa se ha ofrecido siempre, incluso en su determinación concreta, es decir en su ejecución, a ser reconducida a fines utilitaristas.

Esta es una realidad genéricamente dejada de lado en la reflexión penal-filosófica, que en cambio consideramos de importancia fundamental: *la ausencia de fines y objetivos utilitaristas en la determinación de la pena en concreto*, también en la reflexión liberal clásica, *está en el fundamento objetivo de la conmisuración judicial de la misma pena*. Sólo en este momento tan delicado, el hombre no puede ser "objeto" para finalidad alguna, *pero en*

la fase de ejecución penal -lo que se da como contenido necesario de la pena privativa de la libertad- *el condenado ha sido considerado siempre como "objeto" de una voluntad pedagógica*. Basta reflexionar históricamente: frente a las teorizaciones filosófico-jurídicas de un Bentham (1962 a 1962b) o un Beccaria (1964), se sitúa toda la experiencia contemporánea de la casa de trabajo y del surgir de las llamadas instituciones panópticas; frente a la *concepción dialéctica de la libertad volitiva* en el pensamiento idealista alemán, está la intención *filadelfiana* e *auburniana* del penitenciario. Con ello quiero entender sólo que la "obsesión correccional" es una constante en la pedagogía burguesa preexistente, contemporánea y sucesiva a la consolidación de la norma penal "contrato". Sólo teniendo presente esta copresencia de intentos abstractamente inconciliables, será posible el comprender como, al infringirse el límite retributivo en la determinación de la pena, ésta acaba por mostrarse, casi "naturalmente", como justificables sólo si se orienta a finalidades especial-preventivas.

Se puede afirmar, en síntesis, que *la ruptura del límite contractual en la determinación judicial de la pena, se lleva a cabo por falta de sentido del propio límite*. De esta forma, se vuelca, *se le da la vuelta, significativamente, a la función simbólica del paradigma retribucionista*, que pensado y querido como "enmascaramiento" de la naturaleza vengativa de la pena, se evidencia ahora, faltando un fundamento "material" de proporcionalidad, como supervivencia injustificada, en cuanto "enmascarada", de la venganza misma. Aún en este caso -como ha sucedido siempre en materia penal- se invoca la excepción a un

esquema formal por razones de justicia. Si la pena ha conseguido su objetivo, si ya ha sido útil, si el condenado ha probado que ya no la necesita, para qué prorrogarla? . Hacerla durar hasta el fin, de acuerdo con el esquema retributivo, no significa seguramente querer satisfacer instancias irracionales de venganza? Qué sentido tiene entonces *"retribuir" más allá del límite de la utilidad?*

Es evidente que esta falta de sentido se ha podido constatar históricamente sólo y en cuanto la pena privativa de libertad se ha debido de llevar a cabo en la forma de *"ejecución en el tiempo"*. *Las razones de la ejecución se presentan de esta manera en contradicción insalvable con el límite retributivo cuando éste no puede ser justificado de otra manera.*

Se abre de esta forma una nueva etapa, la que Fogel (1975, 1982) llama de la "New

Penalogy". Una etapa que se inaugura en 1890, con el Congreso de Cincinnati, cuyo objetivo es, justamente, la cuestión de *"qué sentido tiene todavía la pena determinada"*. La respuesta en esta sede es unánime: ninguna. Pocos, pero significativos, son los precedentes históricos a los que la penología de la época podía hacer referencia, como excepción al principio retributivo. El instituto de reducción de pena para deportados (*ticket of leave*) y el sistema penitenciario irlandés, que en el seno de una diferenciación en la ejecución, contemplaba ya la posibilidad de la liberación anticipada, por causa de buena conducta. Cuanto se debatió en aquel congreso histórico, encontró aplicación práctica sólo al cabo de seis años, en el reformatorio de Elmira. Más tarde se difundiría por todas las instituciones penales, en la mayor parte, de estados norteamericanos.



Nació entonces un nuevo modelo de pena: *el modelo correccional*.

Dejamos de lado las peculiaridades del sistema de justicia penal en U.S.A. para trazar un perfil esencial, en el sentido de *líneas ideales*, del modelo correccional, que esquemáticamente podríamos definir en los siguientes puntos:

No se impacta con el sistema legal de control sólo por la comisión de un delito o, de algún modo, por una conducta tipificada. *Objeto, si no exclusivo, ciertamente privilegiado del interés pedagógico "reforzado", es la "forma de ser", como ser inmaduro, o peligroso...*

En consecuencia, decida lo que decida el sistema correccional en relación a un sujeto, éste no tendrá modo de oponerse. De hecho, *se decide siempre a favor y nunca en contra del sujeto*.

La justicia correccional no soporta distinciones formales: tiende a ignorar incluso el límite entre lo que la cultura jurídica define como esfera de lo penal, respecto a otras esferas de lo jurídico. El confin viene sistemáticamente violado, cuando se decretan medidas cautelares (*ante delictum*) en forma de represión y coerción de la libertad, cuando la ejecución de algunas medidas penales es cuantitativamente homogeneizable a las prestaciones de un servicio social.

El sistema de la justicia correccional, se estructura como un "continuum" disciplinar, donde cada resolución se diferencia de las demás en más o menos coerción (cfr. Cohen, S., 1977). Se ha superado, definitivamente, el estado, tan estimado por los penalistas críticos, de la "estafa de las etiquetas", ya que, conceptualmente el modelo de justicia correccional no soporta distinciones de calidad, sino sólo de grado.

De hecho siempre, a menudo también en Derecho, la resolución o medida correccional (aún cuando debería definirse pena) es temporalmente indeterminada y *por lo menos considerada como medicinal* (Cfr. Walker, N., 1972; Frankel, M.E., 1973; Hogarth, J., 1971).

En esta progresiva afirmación de los motivos especial-preventivos, tanto en el proceso ejecutivo como, indirectamente, en la misma determinación judicial de la pena, ha sido fundamental el rol jugado por el pensamiento positivista que por lo menos hasta los años treinta- en lo que se refiere a las ciencias criminológicas-, tuvo una fuerte formación médico-psiquiátrica. Así se puede observar que la práctica del tratamiento penitenciario es copia exacta del tratamiento psiquiátrico, tal y como se desarrollaba en las instituciones manicomiales: observación, diagnosis, diferenciación y personalización en la intervención terapéutico-rehabilitativa, uso del trabajo bajo una óptica ergo-terapéutica...etc.

Pero el concurso de estos elementos no explica, en realidad, el éxito del modelo correccional, o por lo menos, no motiva la eficacia demostrada por él mismo. Que el objetivo especial-preventivo no haya sido perseguido hasta su consecución, a pesar del uso de medios y recursos económicos, era ya una verdad presente en la conciencia crítica de los criminólogos y penalistas a finales de los años treinta. Las estadísticas criminales y carcelarias de la época mostraban ya el aumento constante de los índices de criminalidad y de encarcelamiento, pero sobre todo, de la reincidencia. Que la cárcel se mostrase incapaz de reeducar (y el motivo de ello) lo explicó ya con argumentaciones parecidas a las usadas por la "nueva criminología" la "vieja crimi-

nología" de hace medio siglo. Reivindicar premisas de originalidad en la reflexión penal criminológica, es siempre un pecado de presunción... y de malas lecturas!

Pero por qué, entonces, a pesar de todo, este modelo ha seguido siendo dominante y posteriormente se ha expandido? Porque esta es nuestra opinión- está en grado de dar respuesta a las nuevas exigencias de un control social más amplio y difuso (Vedi retro parte II, 1 y 3). Es más, a medida que se iba mostrando como medio no idóneo para su fin -la pena carcelaria no puede ser resocializadora- se justificaba con mayor fuerza una intervención penal "fuera" de la prisión. Queda claro, que este proceso de dilatación de prácticas de control de tipo no institucional acabó por realizarse -en los años 40 y 50- mediante estructuras asistenciales del nuevo Estado social. El penal perdía, de esta forma, su originaria especificidad, para pasar a ser parte de un continuum disciplinar en la nueva política del control en el Estado de Welfare. Es esta la etapa en la que el penal y, particularmente la sanción penal, acaban por anularse en las estrategias diferenciadas y difusas de control. Así, cuanto más la esperanza especial -preventiva se decepciona en la práctica penitenciaria- y por tanto se acentúa la crisis de la cárcel como respuesta apropiada a la necesidad de racionalización- más la resocialización se experimenta por otros medios. La alternativa a la cárcel, la gran expansión de las medidas llamadas alternativas a la pena detentiva, si bien señalan, por un lado, el fracaso del invento penitenciario, por otro evidencian el dominio máximo, en la pena, de la finalidad especial preventiva. Así, *la crisis de la respuesta carcelaria a la criminalidad, no sólo es anterior a la crisis de la*

finalidad especial preventiva, sino que, es justamente la crisis de la institución total la que legitima los objetivos resocializadores en política penal, mediante la práctica de medidas alternativas a la prisión. Es en los años 50, que la cárcel se "libera" oficial y definitivamente de toda finalidad especial-preventiva. Normalmente también se deja de lado esta circunstancia, en el terreno de la reflexión teórica en torno a la pena.

La imposición del modelo correccional -por lo menos desde finales de los años 30 hasta inicio de los 60- se lleva a cabo más en las nuevas estrategias de control "en libertad" que en las de "privación de libertad". Pero con ello nos encontramos lejos de poder afirmar, que el rol de la cárcel vaya en detrimento. Contrariamente y desde un punto de vista cuantitativo, la población detenida tiende a aumentar en el trentenio considerado, aumentando ya sea el índice de presencia carcelaria, ya sea el período medio de detención. Sobre un punto concreto está de acuerdo toda la literatura: *la imposición del modelo correccional y de alternatividad a la cárcel no reduce, sino que potencia, el uso cuantitativo de la cárcel.* Y el fenómeno es paradójico sólo aparentemente. La potenciación de la gama sancionatoria, al ampliarse las prácticas del control llamado blando, más allá de cualquier límite legal al poder discrecional y en presencia de una práctica penal judicial, cada vez más orientada hacia la pena especial-preventiva, han contribuido conjuntamente a la ampliación de la penalización efectiva respecto a un universo creciente de conductas consideradas desviadas.

Pero si la cárcel sigue prosperando "cuantitativamente", pierde, en cambio y

de forma irremediable, desde el punto de vista "cualitativo". Ya no es -ni podrá ser nunca más- el instrumento principal de la política de control social de tipo penal. La respuesta custodialística a la criminalidad, ya no es la respuesta adecuada a los nuevos problemas de orden y de control. La "nueva" cárcel, que ha perdido de forma irremediable toda finalidad especial-preventiva, ya que la resocialización se lleva ahora a cabo desde el "exterior", acentúa sus propios caracteres puramente deterrentes.

El modelo correccional puede razonablemente reconocerse, sólo al margen de cualquier límite retributivo y afirmando plenamente la pena indeterminada. *La imposición del modelo correccional representa, teórica e históricamente, el resultado extremo pero coherente, de la búsqueda de una base utilitarista de la pena.* Aunque algunas consecuencias de esta experiencia puedan suscitar fundados temores, debemos tener el valor de confesarlo: si la pena en concreto debe servir a un fin, difícilmente podrá soportar límites, que de alguna manera impidan la satisfacción del objetivo perseguido.

Este modelo puede afirmarse sólo en relación directa al nivel en que puede imponerse el racionamiento tecnocrático en las cuestiones sociales: es decir, que en este sentido, es el punto extremo del proceso de laicidad del derecho penal, por su capacidad de reducirlo a uno de los instrumentos de control social. Pero con ello, acaba también por ofuscar el nudo político-conflicto sobre el que se había fundado el derecho penal burgués y en consecuencia, por atentar al proceso de formalización del derecho penal. *Se trata del vehículo más rápido y persuasivo para lograr la admi-*

nistrativización del derecho de punir, es decir, para la afirmación del derecho penal "desigual".

Si el modelo correccional, en su dimensión de aparato legitimador de estrategias difusas de control de tipo no institucional, se ofrece como la elección óptima para una hipótesis de Estado social, acaba necesariamente, por vivir indirectamente las vicisitudes de aquél. Con ello queremos decir, que la ideología optimista de una posible solución racional de fenómenos de malestar social -del que también la criminalidad es un aspecto- mediante una política de servicios sociales, puede llevarse a la práctica sólo en presencia de condiciones económicas, que estén en grado de destinar a estos problemas suficientes recursos. Si no se dan estas condiciones estructurales, el modelo correccional tiende a encallarse, en el sentido de que acaba por privilegiar prácticas de simple control policiaco o por resucitar el fantasma de un uso terrorista de la pena.

La prevención especial es, consiguientemente, expresión estructural de la política del Estado social, tanto más cuanto su persecución se realiza en una hipótesis de control out-door, en grado de satisfacer las nuevas exigencias de disciplina metropolitana. *Existe un nexo estructural que liga la imposición del nuevo Estado social, a la imposición de prácticas de control de tipo no institucional y a la ideología de la resocialización.* Este nexo no debe ni olvidarse ni menospreciarse, ya que nos puede explicar como la crisis de ese modelo social de desarrollo, sea causa determinante del fracaso de esa política de control social y, por tanto, indirectamente, de la finalidad de prevención especial misma.

LA PENA "UTIL": SU CRISIS Y EL DESENCANTO

Las críticas provocadas por la insatisfacción teórica de la prevención especial (cfr. per tutto Porrio 1965 Baratta, A., 1976), tienen poco que ver con la crisis de la práctica que, con más coherencia, se inspira en esa ideología: el modelo correccional. En efecto, muchas de las críticas se formularon cuando el modelo correccional ni existía, o cuando parecía imparable en su "irresistible" ascensión.

A poner en crisis el modelo y, en consecuencia, a revigorizar las teorías críticas de la prevención especial, ha influido algo de muy distinta naturaleza a esas teorías: *la crisis del sistema político-social, del que el modelo correccional era expresión adecuada en la política de control social de la desviación.*

Hemos visto, como la imposición del modelo correccional, fue directamente dependiente e indirectamente funcional a la nueva estrategia de control, fundada en la asunción de los problemas de malestar social (pobreza, desviación psiquiátrica, toxicodependencia...) por parte de las agencias públicas del Estado asistencial.

El esfuerzo de homogenización de las diversas formas de desviación -también la criminal- en el común denominador de problemas solucionables mediante la práctica de los servicios sociales, reducía la problemática política de los mismos, a la vez que difundía una práctica blanda, y por tanto socialmente más aceptable de vigilancia y control.

No obstante -a pesar de que se ha criticado siempre la "calidad" de los servicios y, a menudo se ha sospechado, que más allá de ciertas afirmaciones "propagandísti-

cas", aquél tipo de práctica social escondiese intenciones más interesadas en el "control" que en la "asistencia" (cfr. Cohen, S., 1985b) es indudable que aquella elección política comportó -y comportaría todavía más, hoy en día- elevados costos económicos. Costos que habitualmente no parecen ni sostenibles ni justificables. Si la "torta" se hace más pequeña y hay que cortar por algún lado el gasto público, es evidente que se intervendrá en un sector aparentemente poco productivo, como es el asistencial. Y es la deducción drástica de intervenciones sociales en ese sector, lo que determina una posterior y más drástica "caída" en la funcionalidad misma de los servicios y aparatos asignados a la resolución de los problemas de malestar social. El modelo correccional empieza a mostrarse cada vez menos adecuado para la resolución de los problemas para los que se había pensado y querido primeramente. *Ya no puede justificarse, ante la progresiva incapacidad de garantizar la consecución de la finalidad a la que estaba destinado.* En este preciso momento, el sistema correccional se ve asediado y vencido desde dos frentes opuestos. Es denunciado como demasiado costoso y por lo tanto inútil, en relación a su grado de funcionalidad; a la vez, como simple aparato de control, es contestado como políticamente inaceptable. A pesar de estos dos frentes de crítica, la causa material de su crisis parece ser una sóla: *la inadecuación del medio respecto a las nuevas formas de control.*

En el nuevo clima de restauración, el optimismo respecto a una solución racional de los fenómenos de malestar social se desecha, como utópico o como solapadamente mistificadorio de servir a objetivos

bien distintos. De una parte, se denuncia la mentira piadosa de la posible recuperación social del criminal y se descubren, de nuevo -en forma pesimista- las teorías sobre la "naturaleza malvada" del hombre; de otra parte, se contesta un aparato de control que bajo apariencias paternalistas de la ayuda social y de los servicios, acaba extendiendo su propia estructura de control, negando progresivamente cualquier espacio de autonomía.

Como se ve, la "contestación" al modelo correccional se dirige esencialmente al sistema de control penal no institucional; paradójicamente, la cárcel se "salva" e incluso, indirectamente, acaba por ser "revalorizada" justamente, por ser ajena a cualquier objetivo especial-preventivo. En cuanto carente de finalidad -porque ya parece imposible recuperarla para algo útil- la cárcel consigue satisfacer posiciones ideológicas diametralmente opuestas: su demostrada "inutilidad" se conjuga bien con una concepción "vengativa" del derecho de punir, en base a la "pena merecida" (cfr. Singer, 1979; Dershowitz, 1976); en cuanto vacío contenedor, la cár-

cel se puede permitir incluso, el retorno a una pena simplemente "retributiva" y proteger de este modo, algunas instancias retributivas (cfr. Mathieu, 1978; Ferrajoli, 1985, 493; Marphy, 1970, 1973, 1979).

El desencanto en relación a la prevención especial, si bien estructuralmente se motiva en *la crisis del modelo correccional*, ideológicamente se expresa de forma contradictoria: forma parte del patrimonio cultural y propagandístico de las nuevas fuerzas neoliberales, en la teorización de un "nuevo realismo de derechas" (cfr. Von Hirsch, 1976; Van Haag, 1975); a la vez sostiene, aunque con intenciones muy distintas las posiciones políticas de la criminología *liberal y crítica* (cfr. American F. Service, Committee, 1971; Morris, 1974; Fogel, 1975; Morris, Howkins, 1969, 1977) motiva el retomar las teorías de la *deterrenza* (cfr. Adenaes, 1974; Ehrlich, 1972, 1975, 1983; Friedman, 1977; Gibbs, 1975; Beyleved, 1980; Romano e Stella, 1980; Zimeing, Mawkins, 1983) y en parte, se sitúa a la base de reciente intento de dar una fundamentación "sistemática" a la pena (Jacobs, 1976, 1986)•

Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La justificación imposible

MASSIMO PAVARINI
Universidad de Bologna

EL EMERGER DE LAS FINALIDADES. "LA PENA UTIL"

La crisis de la pena es una consecuencia directa de la imposibilidad de repropo-
ner a la misma un fundamento ontológico.
La teoría de la pena se vuelve, por tanto,
historia de una justificación cada vez más
difícil cuando deja de ser *pena "justa"* para
convertirse en *pena "util"*. Al perder irre-
mediablemente la razón universal de jus-
ticia sobre la que se había fundado, su
supervivencia ha venido marcada por la
precariedad: para poder existir, tendrá
que demostrar que sirve para algo. No
estando ya en grado de expresar ningún
universal de justicia, en su proceso de
convertirse en laica, la pena acaba por
poder justificarse sólo y en cuanto medio
útil a un fin. Pero si la pena se justifica en/
para el objetivo contingente que persigue,
acaba necesariamente por exponerse a la
crítica que se le hace desde otros objetivos
posibles y/o a la verificación de su incapaci-
dad en la consecución de aquél elegido.

Una primera versión fue presentada por el autor en el Seminario Delito y Sociedad, de la carrera de Sociología de la UBA en mayo de 1988.

Será publicado también en "Cárcel y estrategias de control duro" por PPU, Barcelona, en la colección "Sociedad y Estado" que dirige Roberto Bergalli.