

# Inconvenientes del Penalismo en el Desarrollo de la Justicia Criminal

“

*El penalismo debe ser sustituido por el retribucionismo, en el sentido de que las penalidades actuales, al menos en los sistemas de justicia de países occidentales, ya no son ejecutables por un verdugo como aquellas infamantes penalidades de amputaciones, lapidación, desollamientos.*



Por Jaime Liera

**N**ombamos penalismo en estos días a todo lo concerniente al derecho de la cosa criminal, pero, “penalismo”, gramaticalmente solo es atinente al ámbito de la justicia punitiva; sin embargo, la justicia criminal contemporánea comprende ya otros ámbitos de la justicia: la justicia reinsertiva y la justicia reparatoria. Hoy día, es un contrasentido decir que se debe procurar un “derecho penal mínimo”, pues, mientras se siga empleando el adjetivo “penal” a todo lo inherente del sistema de justicia criminal, implícitamente estamos haciendo una alusión toponímica al castigo y admitiendo que, aunque sea en un mínimo, deben permanecer los efectos “penales” atribuidos primitivamente al sistema. En realidad, en el ámbito de la aplicación de las sanciones que

son penalidades, se trata de una justicia retributiva y no tanto punitiva.

El penalismo, en su parte genérica como subsistema de justicia, debe dar paso al criminalismo, porque el crimen debe tener el enfoque principal del sistema; crímenes son todas aquellas conductas antisociales que fueron selectivizadas en un tipo penal por lesionar bienes jurídicos de importancia, constituyan o no delito, es decir, los crímenes constituyen injustos “penales”, pero solo son delitos si se configura el tercer elemento del delito: la culpabilidad. Al evitar el penalismo, evitamos introyectar en la psicología jurídica, sobre todo la mentalidad de los operadores jurisdiccionales, concepciones ya desfasadas en relación con el castigo y la venganza pública para evitar actuaciones justicieras.

Por otro lado, en su parte específica, el penalismo

debe ser sustituido por el retribucionismo, en el sentido de que las penalidades actuales, al menos en los sistemas de justicia de países occidentales, ya no son ejecutables por un verdugo como aquellas infamantes penalidades de amputaciones, lapidación, desollamientos, etc.; ahora se trata de penalidades en las que existe un marco de punibilidad, cuya punición se elige conforme a principios democráticos para retribuirle al infractor de manera justa, es decir, proporcional con el grado de su culpabilidad, los daños que causó con su conducta; de esa manera se busca legitimar al sistema y reforzar el estado de derecho, sin castigo y sin venganza. Por cierto, esa punición será administrada, no ejecutada, en otra etapa del sistema.

### **EL PENALISMO Y SUS EFECTOS NEGATIVOS**

Puedo señalar que, de antaño, al ponerle nombre al subsistema de justicia relacionado con los crímenes, la etiqueta se colocó erróneamente considerando la consecuencia de la conducta criminal (las penalidades), pero correspondía al comportamiento típico (crimen) que antecede a aquella. Lo explico, el derecho criminal surge con un catálogo de comportamientos prohibidos por el Estado, a los que, en sus inicios, se les prescribió como única consecuencia legal las penalidades, es decir, sanciones de extraordinario carácter aflictivo, que, en realidad se sufrían como un castigo; fue entonces, que al sistema rudimentario de justicia criminal ya comprendido en normas, se le etiquetó por la consecuencia: lo punitivo, y no por las conductas criminales, lo cual aún persiste. En mi opinión, debió ser

etiquetado por la norma primaria y no por la norma secundaria.

A principios del siglo XIX, los juristas de la época habían reunido, reflexionado y procesado el ideario de justicia de la Ilustración como naciente filosofía jurídica para orientar nuevas codificaciones y la elaboración de tratados de derecho penal, lo cual le atribuyó de cientificidad al derecho al proveerlo de dogmática. Vale pronunciar el nombre de Anselmo Von Feberbach, quien, en su tratado publicado a principios de este siglo, formuló uno de los principios de política criminal más importante: el *nulum crimen, sine lege praevia*.

Así es como nace el “penalismo” con la escuela clásica alemana e italiana, para hacer de una ciencia lo formulado principalmente en la teoría del delito, manteniendo en lo punitivo los siguientes rasgos que la dogmática de nuestros tiempos ha superado: a) la pena como castigo; b) la pena como protección de bienes jurídicos (defensa social); y c) la pena como venganza pública (cratología).

Todavía en la época modernista, con el positivismo, nace la ciencia criminológica en Italia gestada por Lombroso, Garofalo y Ferri, identificando en los infractores un estado peligroso; surge también en Suiza la segunda vía de las consecuencias jurídicas del delito, con los primeros postulados de las medidas de seguridad planteadas por Carlos Stoss. Y en el posmodernismo se generan teorías preventivas para justificar las sanciones, clarificando Maurach los fundamentos, al decir que la

***“Las medidas reparatorias que no atienden únicamente factores económicos son completamente autónomas como sanción ya que tienen naturaleza, fundamentos, propósitos y utilidad distinta. Ese marco multidimensional lo encontramos en la justicia alternativa, la justicia terapéutica y la justicia restaurativa.”***

culpabilidad fundamentaba las “penas”, y la peligrosidad fundamentaba las medidas de seguridad. Algo tan simple pero, curiosamente, todavía incomprendido por muchos juristas que desdeñan la criminología y la penología. Con esta cimiento se produce otro ámbito de justicia, al que en la actualidad podemos llamarle justicia reinsertiva.

En el posmodernismo surgió otra vía de las consecuencias jurídicas del delito, la que nace con las medidas reparatorias, cuando se reconoció el derecho de las víctimas, cuyo espectro, en la actualidad ha tomado dimensiones satisfactorias después de una azarosa evolución, generando un ámbito de justicia reintegradora. El derecho victimal que le da fundamento al derecho de las

medidas reparatorias también ha producido una justicia multidimensional de carácter horizontal para disminuir los excesos de la justicia tradicional verticalizada en este tema, debido a la confiscación del conflicto por parte del Estado para pretender ponerle remedio a las controversias que nacen de esos conflictos de manera autoritaria, es por eso que, incluso, algunas leyes como el código Penal Federal consideran a las medidas reparatorias económicas un análogo de las multas (artículo 29). Sin embargo, las medidas reparatorias que no atienden únicamente factores económicos son completamente autónomas como sanción ya que tienen naturaleza, fundamentos, propósitos y utilidad distinta. Ese marco multidimensional lo encontramos en la justicia alternativa, la justicia terapéutica y la justicia restaurativa.



### ¿QUÉ LUGAR TIENE EL “PENALISMO” EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DE LA COSA CRIMINAL CONTEMPORÁNEO, Y CÓMO ENCAJA?

En un contexto histórico, el penalismo es anacrónico, ya que la justicia de nuestro tiempo no contempla solo el uso de penalidades, porque hay otras sanciones que dimensionan la justicia criminal en otros ámbitos (reinserciva y reintegradora).

En cuanto a las sanciones que son penalidades, solo es afflictiva la sanción de prisión, no tanto por la segregación en sí, sino por las penosas formas de cumplimiento que delata el realismo penitenciario, pero no se concibe como un castigo. El discurso actual formalizado del sistema penitenciarista es

reducir la violencia estructural para atemperar los sufrimientos de la prisión como institución totalizadora (Erik Goffman) mediante la protección de la dignidad del interno.

En un contexto lingüístico el penalismo es invasivo por el sobreempleo del glosario especializado en el sistema de justicia criminal al colocarle el adjetivo penal a todo lo referente al sistema, tal como juzgado penal, código penal, derecho penal, justicia penal, etc.; esto en realidad conlleva un problema semántico porque lo que estamos nombrando es juzgado del dolor, código del dolor, etcétera, de esta manera lo exhibe Niels Christie en su obra *Los límites del dolor*.

También es invasivo en un contexto sistémico con los otros

ámbitos de justicia (reinserciva y reparatoria) que son ajenas al penalismo, y, sin embargo, la doctrina a todo le llama derecho penal, provocando confusión en los legisladores y operadores en relación con sus fundamentos, ya que hay códigos incluso que pretende fundamentar a las medidas de seguridad con la culpabilidad, porque se considera que todo es “derecho penal”.

Podemos decir, en un contexto dogmático sobre la disertación doctrinal respecto del uso y fines punitivos de las penalidades, que la justicia penalista pretende solucionar con puro punitivismo lo que corresponde a la justicia reinserciva o a la reintegradora. Esto ha dado motivo para que surjan detractores del derecho criminal, como la corriente

abolicionista de la criminología crítica, que tiene como objetivo suprimir el derecho de la cosa criminal como forma de control dura y aplicar en su lugar programas disuasivos culturales, lo que resultaría en una utopía de forma de control social.

Por otro lado, existe el ala moderada de este movimiento con la corriente reduccionista, que la encontramos, por ejemplo, en la doctrina del garantismo que promueve una política criminal democrática para un “derecho penal mínimo”, respetuoso de los derechos humanos, fragmentario y subsidiario.

En un contexto político, el penalismo es disfuncional, su auténtica función es simbólico-normativa (Jakobs), como señalamos, es una función retribucionista y tiene solo el propósito de legitimar y

reafirmar el estado de derecho como forma democrática de control social, para evitar la venganza privada.

Pero el penalismo continúa con la pretensión de castigar al infractor para satisfacer deseos vindicativos y darle a la sociedad el placebo de la defensa social con la amenaza punitiva y con el castigo del infractor.

#### **¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DE DIFUMINAR LAS IMPLICACIONES DEL PENALISMO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DE LA COSA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA?:**

1. Mejor comunicabilidad entre los juristas del ramo, para identificar los contratiempos de la auténtica minimalización del derecho de la cosa

***“El penalismo también es invasivo en un contexto sistémico con los otros ámbitos de justicia (reinserciva y reparatoria) que son ajenas al penalismo, y, sin embargo, la doctrina a todo le llama derecho penal, provocando confusión en los legisladores y operadores en relación con sus fundamentos.”***

criminal. Lo que hay que contrarrestar es la maximización del criminalismo y la del retribucionismo, situación que la doctrina nombra como “derecho penal simbólico”.

2. Restringir a sus límites al ámbito de la justicia retributiva para destacar la justicia reinserciva y la reparatoria, y ponderar en las soluciones a las controversias de los conflictos criminológicos otros ámbitos de justicia horizontal para que la prisión sea aplicada solo en lo democráticamente relevante.
3. Reetiquetamiento en el glosario especializado de términos para evitar alusiones toponímicas al castigo y la introyección de la psicología judicial de un sistema justiciero. 🏛️

