

LA LÓGICA CARCERALISTA Y LA LUCHA POR LOS DERECHOS

THE CARCERALIST LOGIC AND THE THE STRUGGLE FOR RIGHTS

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Laboratorio de Sociología Jurídica
Universidad de Zaragoza
<https://orcid.org/0000-0001-7723-5172>

Fecha de recepción: 22-5-23

Fecha de aceptación: 19-9-23

Resumen: *En la última década se ha podido apreciar cómo algunos colectivos sociales, heterogéneos entre sí, exigen y celebran las penas de cárcel cuanto más largas mejor ante delitos que atentan contra los bienes y valores que defienden. En este trabajo se trata de reflexionar sobre la paradoja que supone que movimientos que se implican en la lucha por la evolución y consolidación de los derechos fundamentales, denuncien la crueldad y disfunciones que genera el sistema penal en general y la cárcel en particular, pero los justifiquen como medios adecuados para poder visibilizar, responder y resolver problemas sociales. Son incoherencias que pueden alimentar e incrementar la pendiente deslizante hacia el excepcionalismo punitivo y carcelario y que consolidan otro tipo de populismo punitivo.*

Abstract: *In the last decade, it's become apparent how some social groups, heterogenous among them, have asked for and celebrated longer prison sentences for crimes against the values they defend. The aim of this paper is to reflect on the paradox that some movements involved in the struggle for the consolidation of fundamental rights denounce the cruelty and dysfunctions generated by the penal system in general and prison in particular, but justify them as adequate means to make visible, respond to and resolve social problems. These inconsistencies can feed and increase the slippery slope towards punitive and prison exceptionalism and consolidate as another type of populism.*

Palabras clave: lucha por los derechos, populismo punitivo, carceralismo, víctimas
Keywords: struggle for rights, punitive populism, carceralism, victims

1. INTRODUCCIÓN¹

Empieza a ser norma que los medios de comunicación de diversa índole visibilicen y se hagan eco de muestras de rabia individual e incredulidad colectiva cuando se produce un delito de extrema crueldad, del tipo que sea. Tras el impacto inicial ante el horror del acontecimiento miramos de reojo hacia atrás, hacia las causas por las que pudo pasar algo de semejante entidad. Pero, sobre todo, miramos directamente a los ojos de los legisladores para interrogarles sobre las opciones punitivas que ofrece el Código penal, que pueden parecer excesivamente laxas para responder proporcionalmente a ese acto con consecuencias dramáticas para las víctimas y para la sociedad. En la misma línea, vemos cómo algunos movimientos sociales, heterogéneos entre sí, exigen y celebran penas de cárcel más largas para determinados delitos de extrema gravedad y crueldad, que atentan contra los bienes y valores que defienden. En realidad, con ello se perpetúa “el mito de que el castigo es una respuesta al dolor y a la pérdida”². Diría Jorge Ollero, que creen que el penalismo es mágico³. Por eso mismo, hoy en día la humanización del derecho penal se presenta como un signo de debilidad, de molición, de indulgencia, pero no de justicia⁴. También hay que decir que la ciudadanía no siempre es monocorde, ni va en el mismo sentido, ni es incondicionalmente punitiva y que su posición puede depender, entre otras cuestiones, del conocimiento que tiene para opinar y de la proximidad con el hecho que valora⁵.

Ante estas reacciones tan contundentes en abstracto y con una información muchas veces imprecisa o sesgada, deberíamos hacernos varias preguntas. Unas tendrían que orientarse a valorar si el delito cometido atenta contra

¹ Algunas palabras de esta introducción inspiraron el texto M.J. Bernuz, “Pensar respuestas eficaces y constructivas al maltrato animal”, en *VV.AA., ¿Puede la cárcel defender a los animales?*, Ochodocuatro ediciones, Madrid, 2023, pp. 43-50.

² Vid. L. GRUEN, “Abolition: Thinking beyond carceral logics”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 410.

³ J. OLLERO define el penalismo mágico como “promulgar el evangelio de que la simple inclusión de un artículo nuevo en el Código Penal va a producir efectos mágicos y a eliminar conductas cuyas causas estructurales se mantienen intactas”; cfr. J. OLLERO, *Penalismo mágico*, Ed. Aconcagua, Sevilla, 2021, p. 104.

⁴ Vid. A. PIRES, “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”, *Novos Estudos CEBRAP*, núm. 68, 2004, pp. 39-60.

⁵ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Barcelona, 2016.

un bien jurídico sobre el que hay consenso social, o se trata de un bien “en construcción” sobre el que no existe acuerdo y requiere un mayor tiempo de aceptación. Puede ser que en ambas situaciones la reacción social sea exigir más castigo. En el primer supuesto porque hay acuerdo sobre la gravedad del delito y de la importancia del bien jurídico. En el segundo porque se aspira a reubicar un bien en la jerarquía de valores sociales mediante la reacción penal más contundente. En este caso no hay que olvidar que el Derecho penal y su reacción punitiva deberían ir siempre después de la sociedad y cuando ésta ha mostrado su repugnancia ante un determinado comportamiento. Indica von Hirsch que el Código penal resulta una amenaza demasiado severa para mostrar reproche⁶.

Hay que señalar que, en relación con la aceptación social del bien jurídico, está la cuestión de la proporcionalidad entre delito, el daño (individual y social) y el castigo⁷. Para valorarla habría que analizar cuáles son los elementos que nos hacen ver el delito como especialmente deleznable y susceptible de mayor reproche social y si esa repulsa tiene que ver con la maldad mostrada por el agresor a través de los medios utilizados en la comisión del delito, con las circunstancias en que se produjo, o si resulta de la vulnerabilidad percibida de la víctima. En bienes jurídicos ‘en construcción’, puede ocurrir que parte de la ciudadanía no vea clara la proporcionalidad y entienda que la respuesta punitiva es excesiva. En todo caso, siempre habría que cuestionarse sobre el sentido y la finalidad de proteger el bien jurídico mediante la pena máxima, de cárcel, que es la más restrictiva de derechos. Como indica Larrauri, “la pena de prisión no parece el medio menos lesivo para garantizar el fin de prevención de delitos o de venganzas privadas respecto de otro tipo de medidas preventivas o coactivas de severidad inferior”⁸.

El hecho de que se cuestione el recurso a la cárcel como respuesta y forma de mostrar el máximo reproche social no significa que entendamos que las causas sociales subyacentes (entre otras, feminista, animalista, transexual, odio...) y los valores que representan desmerezcan. Más bien al contrario, asumimos que causas tan esenciales como las citadas como muestra no pueden perder de vista un planteamiento pragmático e integral. Pragmático para que la respuesta logre objetivos a medio y largo plazo y no solo al cor-

⁶ Vid. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. p. 39.

⁷ Vid. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, p. 161.

⁸ Vid. E. LARRAURI, “Criminología crítica: abolicionismo y garantismo”, *Ius et praxis*, núm. 4, 2, 1998, p. 33.

to plazo que dura la condena penal de cárcel. También integral, en cuanto responda respetando los derechos e intereses de todos los implicados en el delito y pretendiendo resolver el conflicto que subyace al delito. Y es que se ha demostrado que la cárcel no contribuye a realizar casi ninguna de las funciones que se le presuponen: en modo alguno contribuye a consolidar las causas sociales subyacentes, ni a prevenir el delito, ni tampoco a mejorar la vida y el bienestar de los ciudadanos que, finalmente, es a lo que aspira. Sí que mantiene apartado al agresor el tiempo que dura la condena, pero no logra, ni responsabilizarlo por el delito cometido, ni tampoco mejorar las circunstancias o el contexto que, eventualmente, pueden estar tras el mismo.

En concreto, en este trabajo se trata de reflexionar sobre la paradoja que supone que algunos movimientos que se implican en la lucha por la evolución y consolidación de los derechos fundamentales, denuncien la crueldad y disfunciones que genera el sistema penal en general y la cárcel en particular, pero los justifiquen como medios adecuados para poder visibilizar, responder y resolver problemas sociales. Se trata de incoherencias que pueden alimentar e incrementar la pendiente deslizante del excepcionalismo carcelario y que se consolidan como otro tipo de populismo punitivo⁹. Se pretende analizar algunas de las contradicciones que se esconden tras ese carceralismo progresista enfrentándolas a las funciones del castigo y la garantía de proporcionalidad del mismo. Al tiempo que se aspira a avanzar en las posibles explicaciones del recurso preferente a la cárcel con una duración máxima, como nueva herramienta política en la lucha por los (nuevos) derechos.

2. POPULISMO PUNITIVO Y CÁRCEL

Es cierto que se ha escrito mucho (y muy bien) sobre populismo punitivo neoliberal y su propuesta y apuesta por el internamiento cuanto más largo mejor. Una primera cuestión a resolver tiene que ver con cuáles son las pretensiones reales de este tipo de populismo punitivo. Una buena parte de la criminología crítica ha visto en esta tendencia a encarcelar, una herra-

⁹ En ese sentido, en el caso concreto de la respuesta al maltrato animal, Levin destaca la contradicción que supone que “la forma en que el Estado muestra que la sociedad entiende que encerrar y abusar de los animales es incorrecto, es encerrando y abusando de las personas”; cfr. B. LEVIN, “Carceral progressivism and animal victims”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 97.

mienta punitiva de gestión de determinadas franjas de población (especialmente pobres)¹⁰. En concreto, se aspira a controlar poblaciones, consideradas como peligrosas (o incómodas), mediante su apartamiento durante el mayor tiempo posible. Se obvia la implicación del contexto y de la estructura social en la delincuencia y se entiende que el delincuente/agresor es el único responsable de los hechos cometidos, así como de la afeción a la vida de las víctimas y del resto de la sociedad. Como asegura Larrauri, “nos encontramos con una nueva imagen del delincuente (...) que no concita la solidaridad que en su día pudo suscitar el delincuente contra la propiedad o el drogodependiente”¹¹. Y, en consecuencia, ante una falta de alternativas comunitarias o la desconfianza hacia otras medidas de justicia social¹², el internamiento de la persona en la cárcel, retrasando lo máximo posible su salida, se presenta como la mejor opción posible.

2.1. Los objetivos del populismo punitivo

Se podría decir que los objetivos del populismo punitivo son de tipo político y social, articulados mediante el Derecho, que los legitima. De un lado, Larrauri se centra en la instrumentalización política del Derecho y en su posible utilidad electoral. Indica que el populismo punitivo supone instrumentalizar el Derecho penal para obtener réditos electorales defendiendo tesis político-criminales populares tales como la de que el incremento en las penas reduce las tasas del delito, o que las penas refuerzan determinados consensos morales sociales¹³. De otro lado, Cigüela apunta más bien a la dimensión social del castigo y a la capacidad transformadora del Derecho penal. Perfila el populismo penal como “una forma de hacer política-criminal y

¹⁰ Véase, entre otros, L. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000; I. RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, Derecho y política penitenciaria*, Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 2009; J.A. BRANDARIZ, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014; D. JIMÉNEZ FRANCO, *Mercado-estado-cárcel en la democracia neoliberal española*, Anthropos, Barcelona, 2016; I. GONZALEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo*, Bellaterra, Barcelona, 2021.

¹¹ Vid. E. LARRAURI, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, p. 16.

¹² Sobre la relación entre justicia penal y justicia social véase, R. GARGARELLA, “Injusticia penal, justicia social”, en R. GARGARELLA (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2012, pp. 119-142.

¹³ Vid. E. LARRAURI, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, cit.

de moldear la cultura de una determinada sociedad a través de una serie de dispositivos, en la actualidad principalmente comunicativos, que explotan el potencial simbólico y emocional del delito y su castigo”¹⁴. En ese caso, si el objetivo es comunicar un mensaje, habrá que asegurarse de que éste llega correctamente a los destinatarios.

Así pues, el logro de esos objetivos políticos y sociales hacen que la gestión del delito y el castigo se conviertan en una vía de legitimación y consolidación del poder. Asegura Cigüela que, por ello mismo, los rasgos del populismo punitivo son esencialmente: una politización del crimen y el castigo que se convierte en un arma privilegiada de polarización/cohesión, una emotivización y simplificación de la realidad criminal, una presentación del delincuente como el otro irreformable e incorregible y una hiperutilización del sistema penal (y de la cárcel) como forma de solucionar conflictos sociales¹⁵. Ahora bien, es claro que para que el sistema planteado así funcione, es preciso reconstruir un contexto previo: “alimentación de la desconfianza social frente a un sistema (...) que es presentado como ‘impotente’ o ‘indulgente’ frente a la criminalidad, cuando no como cómplice”, así como fomentar “una mirada emotiva, binaria y simplificadora de la delincuencia”¹⁶. En ese mismo sentido, Bonner apunta que el poder populista hace una utilización dual de la estrategia política. De un lado, “el líder crea el *pueblo* a través de la representación retórica y simbólica de sus demandas heterogéneas, que han surgido de algún tipo de ruptura”. De otro lado, “el líder populista utiliza la retórica para dividir a la sociedad en dos grupos irreconciliables, normalmente *ciudadanos y delincuentes*”, al tiempo que “dividen a los líderes políticos en grupos binarios y de suma cero: los que son *duros con la delincuencia* y los que son *blandos con la delincuencia*”¹⁷. Tras esa estrategia es fácil percibir, tanto populismos punitivos conservadores, como progresistas. De hecho, Caruso visualiza la realidad de que partidos de cualquier ideología

¹⁴ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 22-12, 2020, p. 4.

¹⁵ *Ibidem.*, pp. 4-5.

¹⁶ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela...”, cit. p. 34.

¹⁷ Vid. M. BONNER, “¿Qué es el populismo punitivo? Una tipología basada en la comunicación mediática”, *MATRIZES*, núm. 15, 1, 2021, pp. 82-83. Indica Van Kerchove que “la incriminación penal de un comportamiento parece cargado de tal simbolismo que el legislador, así como los grupos de interés que podrían apoyar la intervención, parece temer cada vez más desacreditar la norma no imponiendo sanciones penales”; vid. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2009, p. 273.

reclaman un mayor castigo intentando convencer al electorado de que “el Derecho penal es el instrumento idóneo para solucionar problemas sociales complejos”¹⁸. Nada más alejado de la realidad.

2.2. La especificidad del populismo punitivo progresista

Aun consciente de que se recurre al populismo punitivo en todo el espectro político, en este trabajo quiero llamar la atención especialmente, por lo paradójico que resulta, sobre la tendencia que se extiende entre posiciones progresistas y promotoras de derechos fundamentales (de todo tipo) a reclamar castigos de cárcel, en sí altamente restrictivos de derechos, cuanto más largos mejor, para responder a determinados delitos¹⁹. Gruen y Marceau reconocen esa contradicción cuando indican que “operamos en un reino de disonancia que reconoce en abstracto la disfunción y la crueldad del sistema, pero que a la vez nos lleva a promover las intervenciones penales en apoyo de los objetivos sociales en los que creemos”²⁰. Se trata de una cuestión que ya ha sido abordada por académicos como García Figueroa u Ovejero que, en concreto, hacía referencia a la “deriva reaccionaria de la izquierda”²¹. Creo que puede ser interesante analizar las posibles razones y algunas consecuencias de la expansión de la lógica carcelaria entre los movimientos progresistas que les hace, como diría Marceau, “interpelar a las personas corrientes exagerando los riesgos de la delincuencia y las ventajas del encarcelamiento”²².

¹⁸ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-24, 2019, pp. 15-16.

¹⁹ Quizás, en parte, se podría explicar también por la proximidad entre democracia y populismo. Afirma M^a José González que “El populismo no se entiende sin la democracia y, según resulta, no parece sencillo que la democracia pueda vivir permanentemente alejada del populismo”; cfr. M.J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, “El populismo o la política como hipérbole”, en VV.AA. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Calvo García*, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa.

²⁰ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 1.

²¹ Véase más extensamente los trabajos de A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Protocolo I, 2021, pp. 15-41; F. OVEJERO, *La deriva reaccionaria de la izquierda*, Página indómita, Barcelona, 2018.

²² Vid. J. MARCEAU, *Beyond cages. Animal Law and Criminal Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 2.

Mi hipótesis principal es que el signo distintivo de otros populismos punitivos es que la pugna por reafirmar y consolidar un bien jurídico como esencial y jerárquicamente importante les lleva a justificar las reacciones penales más restrictivas de derechos, incluso obviando principios del derecho penal liberal (oportunidad, intervención mínima), los derechos del agresor, los intereses reales de la víctima, o la pretensión de solucionar el conflicto a más largo plazo. Es decir, la lucha por los (nuevos) derechos y valores parecería justificar la restricción de otros derechos y garantías (consolidados). Se insiste en la línea de que la promoción de los derechos de unos, requiere la limitación de los derechos de otros. En ese contexto, “la idea de que el Derecho penal es el último recurso en la caja de herramientas del legislador” ha dejado de ser un patrimonio común²³. Vamos más bien en la dirección que apunta Cigüela de entender que “el derecho penal constituye un arma más en esa batalla cultural (...) un arma privilegiada (...) el derecho penal tiene un poder simbólico-comunicativo que no tiene otro derecho”. Y, por ello, se acude en su auxilio en temas en los que no hay consenso social (o político), o en los que sí lo hay, pero hay matices en su abordaje²⁴.

Se diría que, si el objetivo último es avanzar en derechos y consolidar los bienes jurídicos subyacentes en la ‘causa’ social que se abandera, no hay margen para la disidencia, que tiende a verse en términos de combate (con o contra nosotros). Aunque se trate de una disidencia que mire también por la promoción de (otros) derechos y el respeto de las garantías penales de todos. De hecho, Demetrio Crespo asegura que el discurso de las garantías comienza a ser tenido como el “fruto de la insolidaridad, la maldad, la falta de visión o, en el mejor de los casos de la ingenuidad académica de

²³ Véase la propuesta de Seher, en F. GARCÍA DE LA TORRE, “Crisis del principio penal de ultima ratio ¿debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Protocolo I, 2021, p. 132.

²⁴ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela...”, cit., p. 9. Resulta muy sugerente el trabajo de Daniel Varona sobre ciudadanía y debate sobre legislación penal. En concreto, asegura que “estas frecuentes apelaciones a la ‘demanda social’, ‘voluntad popular’ u otras del mismo significado, al margen de ser, en ocasiones, meras excusas para imponer una determinada concepción ideológica, presentan el grave problema de que están basadas en un entendimiento erróneo de lo que debe ser un Derecho penal edificado sobre la voluntad o el consenso ciudadano. Ello porque a pesar de que apela de forma grandilocuente a dicha voluntad popular, en realidad no se hace un esfuerzo mínimamente digno por tratar de hallar y (menos) comprender dicha voluntad”; vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal...*, cit., p. 12.

quienes se mantienen en ese discurso”²⁵. Larrauri no cree que “la defensa de los principios liberales, las garantías y la mínima intervención del sistema penal sea tarea sencilla en una época en que la mayor inseguridad conlleva una exigencia de más demandas de derecho penal”²⁶. Como ya sugerí en una ocasión previa, “parece que quizás sea su enorme valor simbólico (el de los derechos) lo que ha favorecido que se los utilice como arma arrojada en cualquier disputa pública o privada, o que sirvan para justificar cualesquiera de nuestros comportamientos apoyándose en la premisa ‘porque tengo derechos’”, sin tener en cuenta los derechos de los demás o derechos y garantías ya consolidados²⁷.

Lo que sí se puede asegurar es que, como afirma García Figueroa, “por debajo del conflicto político tradicional entre progresistas y conservadores, hoy existe un sustrato populista común, un mismo *concepto de lo político*, que permite al punitivismo asentarse cómodamente en todo el espectro político (...) derecha e izquierda traicionan unos metaprincipios superiores a ambas tradiciones políticas y que cabe identificar en los principios liberales clásicos sobre los que se han edificado nuestras principales construcciones políticas y jurídicas”²⁸. Se trata de una nueva forma de hacer política, pero, sobre todo, del uso de otras herramientas, las punitivas, para hacer política apelando más (todavía) a la emotividad, y menos a la racionalidad, en el cierre de consensos. Tenemos claro que un poder que se asienta únicamente en la fuerza no perdura y, mientras lo hace, es a costa de la vulneración y restricción de los derechos de los ciudadanos, pero también deberíamos preguntarnos por el destino y la consistencia de un poder que se construye sobre el emotivismo.

Aunque parto de la hipótesis de que se utiliza simbólica y políticamente el castigo, creo que es preciso enfrentar al populismo punitivo, de todo signo, pero especialmente al que antepone la protección de nuevos derechos y valores, a la cuestión del sentido del castigo. Deberíamos pensar en qué es lo que esperamos cuando reivindicamos un castigo de cárcel más largo y en

²⁵ Véase en F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, “Crisis del principio penal de ultima ratio...”, cit., p. 139.

²⁶ Vid. E. LARRAURI, “La economía política del castigo”, *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 11, 2009, p. 76.

²⁷ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos en las políticas penales y criminales”, en R. SUSÍN y M.J. BERNUZ (coords.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, PUZ, Zaragoza, 2014, p. 20.

²⁸ Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo...”, cit., pp. 20-21.

condiciones más duras y tenemos que mostrar que conocemos y asumimos cuáles son o pueden ser sus consecuencias reales. De un lado, puede que se pretenda que el agresor no reincida y, evidentemente, no lo hará durante el tiempo que dura la pena de cárcel. Sin embargo, los estudios científicos han mostrado que la cárcel no es la mejor vía para responsabilizar al agresor, ni modificar su comportamiento, ni las causas que puedan estar tras los delitos²⁹. De otro lado, quizás se aspira a prevenir este tipo de delitos y se asume que el aumento de las penas en el Código penal y el recurso al castigo ejemplar son maneras legítimas y eficaces de hacer pedagogía social y transformar conductas. Puede que tengamos que terminar por aceptar con González Sánchez que la cárcel no cumple con un fin, pero sí que tiene una función: “ayudan a mandar un mensaje (‘vamos a ser más duros con los delincuentes’) pero realmente no son útiles para reducir el delito (...) que parte de esa cantidad de dinero pueda estar destinado a mandar un mensaje no es serio (...) las decisiones no se toman tanto desde la voluntad de acabar con la delincuencia como para que parezca que se va a acabar con ella”³⁰. Por ello, antes de nada, es preciso ser consciente de que estamos utilizando el castigo y al agresor como vías/medios para visibilizar y afianzar una causa social.

3. EL SENTIDO DEL CASTIGO

Se ha asumido como hipótesis principal que algunos movimientos sociales acuden, como vía para visibilizar y consolidar una causa y para proteger los derechos de grupos de población en situación de vulnerabilidad, al castigo penal y, más precisamente, a la cárcel. Por ello es preciso comenzar por discutir algunas cuestiones sobre la proporcionalidad del castigo y sus funciones, que contribuyen a legitimar la pena, el sistema político que lo determina y el judicial que lo aplica.

3.1. Funciones del castigo y principios y valores penales

Si comenzamos por las razones por las que se impone el castigo, diríamos que la pena es la respuesta a un ilícito penal y que tanto una como otro son

²⁹ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, cit., p. 7.

³⁰ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana. Crítica, alternativas y tendencias”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 2009, p. 311.

determinados políticamente atendiendo a un buen número de variables³¹. No es preciso llegar al extremo de afirmar que el Código penal crea el delito, como asegura el abolicionismo³², pero sí es cierto que determina qué es lo que se puede perseguir y lo que no, penal o administrativamente. También se define jurídicamente qué pena utilizar y con qué intensidad hacerlo. Sobre esa cuestión de la intensidad del castigo, desde el liberalismo penal se afirma que la reacción punitiva, para ser entendida como justa, tiene que ser proporcionada al daño social y al bien jurídico afectado por el delito cometido. Asimismo, se asume que la cárcel es, desde la perspectiva del ciudadano medio, la pena más gravosa en cuanto que es la más restrictiva de derechos. Es obvio que quien determina las penas también abogará por asegurar su proporcionalidad, en tanto que ello es una garantía de mayor legitimidad. Sin embargo, la proporcionalidad no es un concepto claro, ni mucho menos objetivo³³. Apunta Caruso que “en la mayor parte de los supuestos, resulta imposible desde un punto de vista cualitativo, comparar la medida del daño que implican el delito y la pena (...) la naturaleza de los daños sufridos se distanciará notablemente de la sanción impuesta (...) tiene una dependencia directa con las concepciones sociales”³⁴.

Así pues, si la proporcionalidad es discutible en ocasiones, mucho más lo será cuando se reclame la cárcel como respuesta a delitos contra bienes jurídicos no consolidados socialmente o no reconocidos por una parte de la población. Cuando no hay consenso social sobre la jerarquía de los bienes a proteger, la ciudadanía (o parte de ella) puede percibir la cárcel como poco proporcionada al delito cometido, la entenderá como inhumana, cruel y deslegitimará el sistema legal y judicial que lo respalda³⁵. En la línea de análisis de García Inda, podríamos cuestionarnos sobre la confianza que genera un

³¹ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo...*, cit., p. 23.

³² Ver el análisis que hace Ricordeau de abolicionistas como Nils Christie, Ruth Morris y, sobre todo, Louk Hulsman sobre construcción del delito; Gw. RICORDEAU, *Crimes et peines. Penser l'abolitionnisme pénal*, Éditions Grévis, Caen, 2021, pp. 95-135.

³³ Von Hirsch indica que “la gente siente que los castigos que se adecuan a la gravedad de los delitos son más equitativos que aquellos que no lo hacen. Sin embargo, el recurso a la intuición no es suficiente: el principio necesita ser apoyado en razones explícitas. ¿Cuáles son estas razones?”; cfr. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit., p. 31.

³⁴ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit. p. 28.

³⁵ Vid. J.A. GARCÍA AMADO, “Sin retribución no hay pena justa”, *Almacén de derecho*, 2015. Accesible y consultado el 17 de mayo de 2023 en: <https://almacenederecho.org/sin-retribucion-no-hay-pena-justa>.

Derecho que no se ajusta al sentir social; aunque también desconfiaríamos de un Derecho que no es capaz de cambiar y transformar la sociedad: “¿cómo ha de ser el Derecho –y los juristas– para generar esa energía necesaria a la que llamamos confianza (o capital social)?”³⁶. Parece obvio que si la proporcionalidad debe ser el principio que guíe la fijación en abstracto de las penas, deberíamos reservar la prisión para los delitos más graves. Es cierto que, como recuerda Demetrio, la expansión del Derecho penal más allá del núcleo duro “es consecuencia del nacimiento de un ‘nuevo’ Derecho penal dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial”³⁷. Pero también hay que convenir con Prieto Sanchís que “todo derroche de fuerza se muestra ilegítimo”³⁸.

Esa cuestión de la proporcionalidad no solo tiene que ver con cómo y cuánto castigamos, sino también con los por qué (retribucionismo) y el para qué (consecuencialismo) lo hacemos³⁹. De hecho, podríamos llegar a valorar que el o los fines justifiquen los medios, si entendemos que aquéllos son suficientemente sólidos. De entrada, la doctrina, con muchos matices, tiende a identificar un planteamiento retributivo con una respuesta proporcional. Esto es, hay una respuesta penal porque se ha cometido un delito y aquélla debe ser proporcionada al daño que supone el delito. Sin embargo, también en un planteamiento consecuencialista, la distancia entre la prevención general positiva y negativa (legitimidad o temor) dependerá, en parte, del grado de proporcionalidad percibida entre el delito y el castigo. Por ello, quizás, lo más oportuno sea buscar posiciones intermedias que cuestionan la pureza del tipo ideal. Prieto Sanchís, por ejemplo, indica que “la pena *se justifica* por consideraciones de prevención utilitarista, pero *se distribuye* según criterios

³⁶ Véase el trabajo de A. GARCÍA INDA, “El Derecho y la confianza”, *Derechos y libertades*, núm. 48, 2023, p. 65.

³⁷ Vid. E. DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal en el Estado de derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus Editorial, Madrid, 2020, p. 195.

³⁸ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 59.

³⁹ Como ya vimos en un momento previo, “Nos decantamos por analizar las teorías relativas o utilitaristas que valoran el castigo como correcto o no en función de las consecuencias que produce y de su utilidad. En esa línea, parece asumirse que un castigo será justo cuando, siendo proporcionado a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente, logre prevenir la reincidencia (mediante la integración o el aislamiento) de quien delinquirió y/o la delincuencia de quienes pudieran tener la tentación de cometer el delito que se castiga (mediante el temor o la legitimación del sistema)”; cfr. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal”, *Indret*, núm 1, 2020, p. 404.

retributivos de merecimiento”⁴⁰. En todo caso, cabe no olvidar cuanto plantea Corcoy cuando defiende la complementariedad de las teorías de la pena y asume que “es necesario ponerlas en relación con el núcleo de la cuestión, la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales, como finalidad última y función del Derecho penal”⁴¹.

Me parece especialmente interesante la propuesta que ofrece Roxin, que diferencia las funciones del castigo según el momento vital de la ley que lo regula⁴². Así, para el legislador, la finalidad pretendida del castigo tiene que ver, en parte, con su capacidad comunicativa. De hecho, el parlamentario cuando defiende su posición y el castigo que se publica en el Boletín Oficial está pensando en sus compañeros de bancada o en los votantes de su partido y, en última instancia, en los ciudadanos que deberán acatar el mandato. La norma penal y el castigo que entiende como proporcional al delito reafirman los valores que esa norma protege, visibilizándolos y jerarquizándolos. Deben demostrar que son fuertes con el ideario político y la mejor manera de hacerlo es mediante la reacción más potente y expresiva, la pena de cárcel, con una mayor duración. Sin embargo, cuando el juez fija y determina el castigo penal tiene delante a quien ha cometido el delito en unas circunstancias. Cuando individualiza el castigo, el juez piensa en que sea útil, que evite la reincidencia y favorezca la legitimidad del sistema para que se siga obedeciendo espontáneamente. Al menos teóricamente⁴³.

García Amado también reclama una visión compleja de las funciones del castigo y pone al descubierto los fallos de las teorías penalistas puras, sean estas retribucionistas o consecuencialistas⁴⁴. Asegura que al retribucionista le falta justificar más certeramente la “cuestión del merecimiento moral de la pena y de proporcionalidad”. Al consecuencialista le falta apuntalar con estudios y datos criminológicos la supuesta eficacia individual y social de las penas que propone. Y presenta las versiones dulcificadas de los retribu-

⁴⁰ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 55.

⁴¹ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?”, *Anales de la Cátedra Francésa Suárez*, Protocolo I, 2021, p. 96.

⁴² Vid. K. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, Civitas, Madrid, 2008.

⁴³ En sentido contrario, indica que “hay una relación entre la función preventiva individual de la pena en el momento de la enunciación y la función preventiva social en el momento de la imposición: ambas configuran la confirmación del modelo de conducta vigente y legítimo”; vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena ante ‘el paso empírico’ del derecho penal”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 27, 2017, p. 29. Y creo que tiene razón en adelantar esa función de pedagogía que realiza la aplicación (o no) del castigo fijado legalmente.

⁴⁴ Vid. más en detalle J.A. GARCÍA AMADO, “Sin retribución no hay pena justa”, cit.

cionistas actuales que, según García Amado, consideran que “el límite de la proporcionalidad con el merecimiento es un límite absoluto, pero la pena no puede estar justificada por el puro merecimiento (...) también ha de cumplir una función social positiva, preventiva”. Asimismo, avanza las limitaciones que presentan estas teorías cuando intentan justificar penas merecidas pero tienen efectos antipreventivos.

Eso sin dejar de lado que, aunque se han impuesto con fuerza las teorías utilitaristas de la pena, como contrapuestas a las retributivas, lo cierto es que los autores insisten en no perder de vista el carácter punitivo de las primeras. O, al menos, en no esconderlo. De hecho, Corcoy asegura que “la pena debe fijarse en atención a sus finalidades preventivas, pero sin olvidar que, precisamente para cumplir esas finalidades, debe de suponer efectivamente un castigo (...) respetando siempre el principio de proporcionalidad en sentido amplio”⁴⁵. En esa línea, Pérez Barberá distingue dos elementos que siempre se dan en la pena, uno descriptivo y uno normativo: la desaprobación y la irrogación de un mal, respectivamente. Asegura que la desaprobación se dirige al pasado, dado que es una reacción hacia algo que ha ocurrido. La retribución como concepto normativo pertenece a la justificación de la pena, que siempre deberá estar institucionalizada⁴⁶. Esa diferencia entre desaprobación e irrogación de un mal es necesaria y supone que los potenciales delincuentes harán “un análisis coste-beneficio para concluir si les compensa” cometer el delito ante el posible castigo⁴⁷.

Además de esa justificación del castigo en abstracto, también es preciso posicionarse sobre las condiciones y límites de la intervención penal. De hecho, junto a la proporcionalidad, los principios de oportunidad, *ultima ratio* y de intervención mínima conforman la espina dorsal del Derecho penal liberal. Sin embargo, cómo realizarlos sin renunciar a la función comunicativa del castigo efectivamente impuesto y ejecutado, sobre todo cuando cuenta con la expresividad de la cárcel; o cómo renunciar al garantismo que lleva aparejada la aplicación del Derecho penal (frente al Derecho

⁴⁵ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención pena...?”, cit., p. 94.

⁴⁶ En concreto, afirma que “la diferencia cuantitativa entre un mal que consiste en sufrimiento físico o pérdida de derechos y un mal que se reduce a la aflicción que puede producir el mero hecho de ser señalado verbalmente como delincuente es tan significativa que, a mi juicio, el mantenimiento de esta diferenciación entre desaprobación e irrogación de un mal está justificado”; cfr. G. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, 2014, p. 3.

⁴⁷ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención pena...?”, cit., p. 95.

administrativo)⁴⁸, no resultan tareas sencillas. Así, Corcoy insiste en que “en base al fundamento utilitarista del principio de *ultima ratio*, el Derecho penal debe intervenir cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”, pero a la vez entiende que “la reducción de las garantías constitucionales, propias del Derecho penal, puede ser muy perjudicial para los implicados”⁴⁹. Sintetiza la complejidad de la respuesta García Figueroa cuando afirma que “no podemos aspirar a los beneficios de la Modernidad renunciando a los principios sobre los que se edificó”⁵⁰.

Si partimos de la hipótesis de que se acude al Derecho penal y al castigo (sobre todo penitenciario), no solo para prevenir o retribuir, sino como herramienta política y jurídica para consolidar valores y bienes que encuentran resistencia social, nos encontramos con que se están conformando nuevas funciones del castigo que ya no tienen que ver con el delincuente y se relacionan más con la visibilización de las víctimas y de algunas de sus necesidades y exigencias. Con esa perspectiva es apreciable cómo, en ocasiones, los principios que veíamos de oportunidad o de intervención mínima quedan en un segundo plano y olvidamos que “la pena es siempre un *mal* y el Derecho penal conserva siempre un residuo de ilegitimidad porque supone costes humanos y sociales y solo resulta tolerable y deja de ser ilegítimo si está y solo en la medida en que esté justificado”⁵¹. Como ya indicaba, se asume que, en la pugna por consolidar valores que se entienden esenciales, toda herramienta es válida y toda excepción puede estar justificada. De hecho, se aspira a enseñar con el método pedagógico más rotundo, pero se olvida que “lo más cruento de la pena es lo que exige la mayor carga argumentativa”⁵².

3.2. La cárcel como solución (fácil) a los problemas sociales (complejos)

Uno de los rasgos del populismo es que plantea soluciones fáciles e inmediatas, para resolver problemas sociales de gran calado. Es lo que hace

⁴⁸ De hecho, Prieto Sanchís señala que “en esto último reside seguramente uno de los rasgos más singulares del garantismo, en haber dirigido su mirada a la prevención de toda violencia, de la que nace de los delitos, pero también de la que incorpora la pena; y con ello tomar en consideración no sólo los derechos de la mayoría no desviada, sino también los derechos de la minoría desviada”; cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., pp. 56-57.

⁴⁹ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 95.

⁵⁰ Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo”, cit., p. 18.

⁵¹ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 51.

⁵² Vid. G. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas”, cit. p. 15.

el populismo punitivo cuando recurre a las reformas del Código penal y a la cárcel como vías para proteger bienes muy diversos y reaccionar a delitos muy heterogéneos, en los que subyacen problemas y conflictos sociales e individuales múltiples. Ante las consecuencias individuales y sociales que tiene optar por castigos penales más largos y restrictivos de derechos y, sobre todo, a la vista de su ineficacia, mostrada en estudios científicos, quizás la pregunta es por qué se sigue pensando en la cárcel como la solución a una buena parte de los males sociales. Por qué entramos tan fácilmente en una lógica carceralista que, en realidad, está vacía de contenido.

Para Gruen y Marceau, la lógica carcelaria implica dos lógicas diferentes: “una que podríamos considerar interna, que es la lógica que ordena el sistema legal, las prisiones y otras instituciones similares; y otra más amplia, que configura nuestra comprensión de los problemas sociales y sus soluciones. Podemos pensar que el primer tipo de lógica carcelaria se centra en la «lógica» de los sistemas carcelarios: las leyes, las normas, el diseño y las prácticas de los tribunales, la policía, las prisiones y otras instituciones similares. El segundo tipo de lógica carcelaria enfatiza en cómo lo ‘carcelario’ y sus prácticas informan, vigilan, limitan y constriñen nuestro pensamiento en contextos que van más allá de las prisiones”⁵³. En realidad, la lógica carceralista refleja una forma de interpretar la sociedad, atomizada y desconfiada, de entender nuestra relación con el resto y de resolver nuestros conflictos con los demás.

Junto a esa lógica que aplicamos a la hora de resolver problemas, más fácil de percibir, que consiste en esconderlos e invisibilizar al otro (agresor), se encuentra “el arraigo social de la visión retributiva” impulsada, según Corcoy, por el auge de la Victimología y la exigencia de que el punto de vista de la víctima redefine la política criminal. Ello “no solo conlleva que los ciudadanos comprendan el castigo como respuesta justa a un resultado lesivo, sino que lleva al legislador a castigar atendiendo a la magnitud de la lesión (...) si no hay una víctima directa parece que ya no sea necesaria la intervención del Derecho penal, cuando la conducta puede ser especialmente lesiva para toda la sociedad”⁵⁴. Así, se ha hecho referencia incluso a un “derecho” de la víctima al castigo, proporcional a su sufrimiento⁵⁵. Sin embargo, se tra-

⁵³ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, cit., p. 4.

⁵⁴ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 99.

⁵⁵ Ver el caso del atracador de Tarragona en el que las víctimas solicitan que se le castigue y se evite la eutanasia que solicita (Auto 641/2022, del Juez de Instrucción número 5 de Tarragona).

ta de una afirmación que se hace sin que exista un estudio en profundidad sobre el impacto, positivo o negativo, que tiene (o no) el internamiento más largo y más estricto en el bienestar de las víctimas, ni de qué manera se responde así a las necesidades de un colectivo que, con el elemento en común del sufrimiento, resulta tan heterogéneo.

El hecho de que los discursos sociales sobre la prisión sean tan contradictorios no ayuda a resolver este dilema sobre el aporte de la cárcel a la satisfacción de las necesidades y exigencias de las víctimas. De un lado, el incremento de las condenas de cárcel previstas en el Código penal y efectivamente ejecutadas se vive y se publicita como un triunfo para las víctimas sin que, como digo, haya estudios sobre la repercusión positiva en sus vidas⁵⁶, ni sobre la prevención de la reincidencia o de la delincuencia (más bien al contrario). De otro lado, esta idea convive con la concepción mediática de la prisión como “hotel”, que imposibilita que la cárcel logre los objetivos retributivos que se esperan de ella⁵⁷. Lo que sí existen son muchos estudios y análisis que muestran que el coste individual y social de la prisión va más allá de la privación de libertad y supone, entre otros, una limitación de derechos a la seguridad, la integridad o la intimidad. Al tiempo que tiene consecuencias en la vida familiar, laboral y social de la persona presa⁵⁸. Creo que es importante recordar con Zavala que “una positiva orientación axiológica de una política criminológica será la que emplee medios legítimos y democráticos con el menor costo social posible en materia de dignidad y derechos humanos”⁵⁹.

4. NUEVOS USOS RETÓRICOS DE LA CÁRCEL

Avanzábamos que, en ocasiones, el discurso político de una buena parte del abanico ideológico celebra cada ingreso en prisión o cada incremento de

⁵⁶ Salvo algunos autores, como por ejemplo Gil Gil, la doctrina penalista insiste en que la atención a la víctima no forma parte, ni puede formar parte, de los fines del castigo; vid. A. GIL GIL, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *Indret*, núm. 4, 2016, pp. 1-39 pp.

⁵⁷ Vid. A. SANTOS, G. SANTOS, “Las prisiones son hoteles de cinco estrellas”, en J. GRACIA y D. JIMÉNEZ (coords.), *Tristes tópicos. Representaciones sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica/Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 247-257.

⁵⁸ En relación a los estereotipos sobre la cárcel, véase un breve apunte en G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas. Argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Los libros de la catarata/UPNA, Madrid, 2019.

⁵⁹ Vid. L. ZAVALA VAN OORDT, “El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad”, *Vox Iuris*, núm. 33, 1, 2017, p. 132.

su duración como un triunfo para las víctimas y para sus derechos e intereses. Se diría que solo se puede proteger a las víctimas y sus intereses mediante la respuesta penal más extrema, encerrando a quien agrede. En particular, se propicia la “visión de un derecho penal justiciero, como si las víctimas vayan a dejar de serlo por el hecho de que se imponga una mayor pena al autor”⁶⁰. Como ya comentaba en otra ocasión, “si, antes, la protección de los derechos humanos representaba un límite a la expansión penal, hoy en día, en un clima de inseguridad, se destaca la potencialidad de las políticas criminales como herramientas idóneas para proteger los derechos humanos y, en consecuencia, justifican su inflación”⁶¹. Sin embargo, ante esta relación ambigua entre políticas criminales y derechos humanos, parece preciso desmontar dos mitos y evitar una tentación. Uno de los mitos es el de que más derechos y mayor protección de los mismos se consigue a costa de limitar derechos (de otros). Otro mito es el de la víctima (de talla) única, ya que si la delincuencia que les afecta y la forma en que lo hace son muy distintas, también lo son sus necesidades y la forma en que se debe responder a ellas⁶². En ese contexto, de identificación, política y social, con la posición que ocupan las víctimas, es preciso resistirse a la utilización demagógica del Derecho penal y de la cárcel.

4.1. Paternalismo victimológico: la lucha por los derechos de las víctimas (sin ellas)

Se ha debatido desde diferentes perspectivas sobre el creciente protagonismo de las víctimas en el debate social en general y en el criminológico (y victimológico) en particular. Cada vez se percibe como algo más natural que las víctimas reivindiquen socialmente el reconocimiento de su sufrimiento y de sus derechos. Sin embargo, con excepciones, una parte de la dogmática penalista ha dejado clara su posición de que el castigo no puede cumplir funciones victimológicas y la respuesta a sus necesidades y exigencias debe proceder de otro contexto que el penal. Asimismo, desde la Criminología se

⁶⁰ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 92.

⁶¹ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos”, cit., p. 20.

⁶² En concreto, Garland asegura que “la figura simbólica de la víctima ha cobrado vida propia y cumple un papel en los debates políticos y en los argumentos sobre políticas públicas que a menudo se aleja de lo que reclama el movimiento organizado de las víctimas o de las opiniones manifestadas por víctimas encuestadas”; cfr. D. GARLAND, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 46

ve con reticencia la participación de las víctimas en los debates legislativos y más cuando se discuten modificaciones del Derecho penal. Corcoy apunta que “las víctimas no deberían dictar la agenda político-criminal (...) debería limitarse de forma razonable su alcance, evitando que la venganza sea un criterio en la determinación de la pena, tanto en el momento legislativo, como en el judicial”⁶³. Quizás por ese apartamiento de la víctima de una discusión sosegada sobre la respuesta al delito y sus consecuencias, así como del proceso penal al que asiste como testigo cualificado, el abolicionismo ha reivindicado la recuperación del conflicto por las partes, ha fomentado un auge de los estudios en torno a las víctimas y una tendencia a pensar las políticas criminales en torno a sus intereses y derechos. A veces, como apuntaba, incluso da la impresión de que se ha consolidado un derecho de las víctimas a que se castigue al victimario⁶⁴. García Figueroa apunta que ello nos “condena con naturalidad a elegir entre dos alternativas extremas: o bien la abolicionista que prescinde del Derecho penal (...); o bien la populista, que con la expansión del Derecho penal apacigua los instintos de venganza de tales víctimas, incluso a costa de los derechos y garantías del delincuente”⁶⁵.

Pese a las suspicacias, lo cierto es que el auge de los movimientos y asociaciones de víctimas (de todo tipo) ha hecho que la protección de sus derechos e intereses estén en la primera línea de la política social y también criminal. Sin embargo, se aprecia cómo se tiende a simplificar la respuesta a la complejidad que implica responder individualizadamente a sus demandas y se tiende a canalizar esas pretensiones a través de lo judicial, lo penal y lo carcelario. Gracia Ibañez apunta que se está construyendo una víctima ideal punitiva cuando, en realidad, las víctimas no siempre son más punitivas ni vengativas⁶⁶. Como muestra, resulta llamativo el caso del feminismo puni-

⁶³ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...”, cit., pp. 92, 91

⁶⁴ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos”, cit., p. 26. También Caruso apunta que ese incremento punitivista no tiene que ver con un renacer del retribucionismo que “pone el foco de atención en el delincuente y en su merecimiento de pena, las nuevas corrientes conciben a la pena como un derecho de la víctima e interpretan su finalidad como la necesidad de dar satisfacción a las mismas. La retribución centra su atención en el pasado y las teorías orientadas a la víctima, en el presente”; cfr. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit. p. 16.

⁶⁵ Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo”, cit., p. 17.

⁶⁶ J. GRACIA, en conversaciones sobre el trabajo, considera que se está creando una especie de víctima ideal punitiva que es la que sirve al logro de objetivos políticos. No obstante, la investigación muestra que las víctimas necesitan esencialmente bienestar recuperando una

tivista y el animalismo carcelario. En concreto, sobre la violencia de género, Alcázar y Valenzuela constatan un giro punitivo en las políticas criminales que hunden sus raíces en la defensa y protección de los derechos de las mujeres. Ello, no solo contribuye a consolidar la justicia penal como un aparato de control, sino que hace inapelable o cuestionable ese incremento punitivo en las políticas criminales dado que se justifica en el bienestar de las mujeres víctimas y en el respeto de sus derechos⁶⁷. Por su parte, Justin Marceau en *Beyond Cages* realiza el paralelismo, en ese caso concreto, entre el sufrimiento que genera el encerramiento cotidiano de los animales y el que produce en los seres humanos. Aboga por evitar la tentación de hacer pagar con la misma moneda a quienes cometen delitos de maltrato o abandono animal y huir, en definitiva, de la lógica carcelaria o del internamiento. Asegura que “propagar la deshumanizadora violencia de la cárcel no es la solución viable al trato inhumano a los animales”. Entiende que, de alguna manera, resulta contradictorio “liberar a los animales encarcelando a las personas”⁶⁸.

En definitiva, esta tentación carceralista muestra una percepción del Derecho penal como herramienta idónea para proteger los derechos fundamentales olvidando que los derechos también deberían ser una manera de minimizar el Derecho penal⁶⁹. Lo más discutible es que, cuando se plantea que es el sufrimiento de las víctimas el que está en liza, verlo de otra manera podría entenderse como un acto de insensibilidad social hacia ellas y hacia la situación de vulnerabilidad en que se encuentran tras el delito. No tiene por qué ser así, si se toman en serio los derechos de las víctimas y la respuesta a sus necesidades individuales. De hecho, el discurso político simplifica la respuesta a las necesidades de las víctimas y proclama, después de que el Estatuto de la víctima indique que se implementará sin partidas presupuestarias adicionales⁷⁰, que el reconocimiento de las víctimas y de sus

vida normal, aceptación como ser humano que sufre una injusticia, respeto, seguridad individual, confianza en las capacidades propias, entender qué y por qué ocurrió; cfr. G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, cit., pp. 107-108.

⁶⁷ Vid. A. ALCAZAR-CAMPOS, L. VALENZUELA-VELA, “Diálogos feministas sobre el giro punitivo de las políticas públicas: buena madre vs. buena víctima”, *Athenea Digital*, núm 22, 2, 2022, p. 2.

⁶⁸ Vid. J. MARCEAU, *Beyond cages*, cit., pp. 6, 2.

⁶⁹ Vid. F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, “Crisis del principio penal de ultima ratio”, cit., p. 143.

⁷⁰ En concreto, la Disposición Adicional 2ª indica que: “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

derechos solo puede lograrse a costa de los derechos de los agresores en una dinámica de vasos comunicantes⁷¹. Asegura Garland que “se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar ‘de parte’ de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes”⁷². Ya avanzábamos que, en ese marco interpretativo, los principios y garantías penales llevan las de perder. Se acaba percibiendo el garantismo como “una teoría y práctica del Derecho penal esencialmente incómodas”⁷³.

Socialmente se ha justificado esta aproximación hacia la posición de la víctima en un individualismo social, acrecentado con un sentimiento de inseguridad algo adulterado, que nos coloca fácilmente en la posición de la víctima. En ese contexto, pedimos más intervención del Estado y del Derecho. Confiamos más en el Estado que en la ciudadanía. Como indica García Inda, “recurrir al Derecho porque desconfiamos y a su vez ese recurso a lo jurídico favorece nuestra desconfianza”⁷⁴. Centrarnos en las víctimas nos hace mirar el sufrimiento y exigimos a las instituciones que asuman nuestras pretensiones retributivas en la definición y ejecución del castigo⁷⁵. La cárcel materializa ese espíritu de venganza y representa la respuesta penal más contundente. Gruen y Marceau entienden que se produce una expansión de la lógica carcelaria cuando se justifica en una mayor y mejor protección de las víctimas y reclaman la urgencia de cuestionar esa idea preconcebida de que “la respuesta penal es necesaria para proteger a las personas”, cuando no ha sido verificado⁷⁶. La centralidad del sufrimiento de la víctima en la

⁷¹ Resulta muy claro y preciso en ese sentido el análisis de los debates parlamentarios en torno al Estatuto de la Víctima que realiza J. GRACIA; vid. J. GRACIA IBÁÑEZ, “El reconocimiento de los derechos de las víctimas: acuerdos y desacuerdos. Un análisis jurisprudencial del debate parlamentario de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito”, en D. OLIVER-LALANA (ed.), *Debatendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Dykinson, Madrid, 2022, 153-193

⁷² Vid. D. GARLAND, cit., p. 46.

⁷³ Se sigue indicando que “Prueba de ello es la utilización, cada vez más frecuente, del término ‘hipergarantismo’ en alusión a los excesos a los que el garantismo podría conducir en la defensa consecuentemente de sus postulados”; vid. E. DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal en el Estado de derecho*, cit., p. 192.

⁷⁴ Vid. A. GARCÍA INDA, “El Derecho y la confianza”, cit., p. 51.

⁷⁵ Más precisamente, “el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por la proporcionalidad entre el delito y las penas”; cfr. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 16.

⁷⁶ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, cit., pp. 4, 6. Feijoo ha mostrado que un incremento del castigo por encima de determinados umbrales no incrementa la potencia-

política penal nos ha hecho olvidar que “el proyecto penal moderno surge con el objetivo de humanizar el castigo impuesto cruel y parcialmente durante el Antiguo Régimen, la cultura de los derechos que se consolida tras la Segunda Guerra Mundial, insiste en la idea de fomentar una cultura de la moderación para impulsar el principio de necesidad de las penas”⁷⁷.

En ese contexto de exigencia social de más cárcel para proteger a las víctimas, ¿creemos realmente que sueñan las víctimas con penas de prisión más largas? ¿todas tienen el mismo sueño? Pensar que así es o hacernos pensar que lo es y hacerlo realidad mediante políticas punitivas más intensas puede ser un espejismo creado por el populismo punitivo para lograr, a través del poder simbólico de la cárcel, objetivos más políticos que sociales. Algunos dirán que las víctimas tienen pesadillas con que su agresor vuelve y, por ello, para velar su sueño, cuando se asume que el delincuente no va a cambiar, se dirá que lo mejor es tenerlo apartado durante un tiempo. Sin embargo, es un recurso que podría no convencer ni a la ciudadanía, ni a las víctimas. Puede no persuadir a la ciudadanía si percibe un recurso demagógico al sufrimiento de las víctimas. Tampoco puede ser del agrado de las víctimas que ven una especie de paternalismo punitivo que no las representa y que legisla y castiga en su nombre, pero sin contar con ellas⁷⁸.

Desde muchos ámbitos se reivindica la individualización de las respuestas institucionales en general y hacia las víctimas en particular porque no todas las víctimas son iguales y porque sus reacciones al delito y sus necesidades dependen de factores objetivos (del propio delito, por ejemplo) o subjetivos (edad, estatus, raza...). La cuestión es cómo hacerlo, cómo responder a sus exigencias de manera más individualizada. Daems se cuestiona,

lidad preventiva en similar proporción, ni tampoco garantiza mayores niveles de seguridad personal; cfr. B. FEIJOO, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 45, 54. En la misma línea, está la apuesta de Agudo, Jaén y Perrino que miran hacia la reinserción del agresor como una de las formas más efectivas de proteger a la víctima y a la sociedad ya que “no hay mejor manera de proteger a las víctimas que recuperando al infractor para la sociedad”; cfr. E. AGUDO FERNÁNDEZ, M. JAÉN VALLEJO, A.L. PERRINO PÉREZ, *La víctima en la justicia penal. El Estatuto de la víctima del delito*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 14.

⁷⁷ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos”, cit., p. 23.

⁷⁸ Garland hablar también de paternalismo y oportunismo en relación a la ciudadanía como una forma de desconocer la opinión de los expertos. Asegura que “existe una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad ‘de la gente’, del sentido común, de ‘volver a lo básico’”; cfr. D. GARLAND, *La cultura del control*, cit., p. 49.

“¿cómo hablar sociológicamente de experiencias esencialmente individuales –a menudo trágicas– como la de ser víctima de un crimen? (...) la experiencia de la victimización se presenta como algo único y, por ello, choca con la comprensión sociológica”⁷⁹. Por eso mismo es preciso cuestionarse sobre cómo responder a su sufrimiento, al sufrimiento de las víctimas individuales difícilmente estandarizable⁸⁰. Que no se haga habitualmente, no significa que no debamos apostar por hacerlo para evitar hacer un ventriloquismo con las víctimas, que no deja satisfecha a ninguna.

En todo caso es claro que, en una sociedad individualista, atomizada y desconfiada, la víctima como representación de la vulnerabilidad social, “se ha convertido en el agente de la moral social” y la propia victimización como un signo de entidad y de identidad colectiva⁸¹. Daems reconoce que “la victimización y los muchos tipos de reacciones que provoca, tiene un impacto constitutivo de la realidad social ante la que no podemos seguir cerrando los ojos”⁸². Lo que vemos cuando la política criminal se organiza en torno a la angustia de las víctimas, es que no se constituye como forma de lograr consenso moral y social (como diría Daems) sino de evitar el disenso: no cabe disentir ante el sufrimiento de las víctimas. Cabe pensar que, como se indica, se esté utilizando una caricatura de la víctima y “lo que se detecta detrás de la fachada de víctima es sobre todo la lucha por una justicia penal más rápida y eficiente y no una agenda para mejorar la situación de las víctimas”⁸³. Para Gracia Ibañez, en una situación social de recursos escasos, se impone una especie de jerarquía victimológica en la que las víctimas deben “vender” su sufrimiento para que las instituciones respondan a sus necesidades en una especie de lucha por la visibilidad⁸⁴. Quizás se trata de una llamada de atención a la falta de respuesta

⁷⁹ Vid. T. DAEMS, “¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?”, *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 535, 354.

⁸⁰ Una vía podría venir de la mano de la victimología narrativa de Pemberton; cfr. A. PEMBERTON, E. MULDER, P. AARTEN, “Stories of injustice. Towards a narrative victimology”, *European Journal of Criminology*, núm. 16, vol. 4, 2018, pp. 391-412.

⁸¹ Creo que sobre la identidad de la victimidad es esencial consultar los trabajos de M. Herrera; cfr. por ejemplo, M. HERRERA, “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 12, 2012, pp. 343-404.

⁸² Vid. T. DAEMS, “¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?”, cit., pp. 355, 354.

⁸³ Vid. T. DAEMS, “¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?”, cit., p. 363.

⁸⁴ Ideas extraídas de conversaciones con J. GRACIA IBAÑEZ sobre el trabajo. Parte de esas ideas también se pueden encontrar en J. GRACIA IBAÑEZ, A. CUERVO GARCÍA, “El largo camino hacia la visibilidad: un análisis victimológico de la construcción de la violencia filio-parental como problema en España”, *Revista de Victimología*, núm. 11, 2020, pp. 21-44.

de las instituciones que tiene, como efecto colateral, una invisibilización del delincuente y una nueva utilización de las víctimas⁸⁵.

4.2. La función simbólica del castigo: demagogia y derecho penal

Si un castigo de cárcel más largo puede no ser el medio más eficaz de responder a los intereses y las necesidades de todas las víctimas, es preciso seguir preguntándose a qué se debe la propuesta unánime en torno al carceralismo. Como ya avanzaba, la dogmática penal no suele incluir a las víctimas entre las funciones del castigo, pero como sociedad cada vez nos colocamos más en la posición de la víctima y miramos hacia la cárcel como la respuesta más rotunda y simbólicamente eficaz a la hora de mostrar preocupación por su sufrimiento. En ese punto, es interesante el trabajo de Daniel Varona sobre opinión pública y castigo en el que muestra, como una de sus principales conclusiones, que “existe un discurso cultural dominante, cierto, que apunta hacia una determinada dirección nuestra política criminal. Pero su preeminencia no se basa en la fuerza de la razón, y ni siquiera en la superioridad del componente emotivo sobre el racional, sino en determinadas lógicas y procedimientos que conllevan que ciertos discursos, narrativas y emociones primen más que otros, que quedan relegados a un segundo plano”⁸⁶. En ese contexto, quizás lo más interesante sea abrir a las víctimas y a la ciudadanía la posibilidad de disentir o cuestionar la respuesta de la cárcel a sus necesidades o de reclamar soluciones más restaurativas⁸⁷. Eso sí, contando con una información que les permita opinar y reclamar de manera coherente.

Si la cárcel, desde un punto de vista práctico, no resuelve conflictos sino que los oculta temporalmente, ni cumple con las funciones (preventivas) que pretende⁸⁸, ni necesariamente da respuesta a las víctimas, debemos entender

⁸⁵ Es una de las patologías de la victimización a la que hace referencia J. Tamarit; cfr. J.M. TAMARIT SUMALLA, “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *InDret*, núm. 1, 2013, pp. 1-31.

⁸⁶ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, cit., p. 169.

⁸⁷ Sobre la justicia restaurativa como forma de justicia eficaz que reemplace al penalismo mágico vid., J. OLLERO, *Penalismo mágico*, cit., pp. 159-166. Sobre las posibilidades restaurativas y el rechazo a la pena de prisión incondicional en los delitos contra los animales es muy claro el análisis de G. VARONA, “Justicia restaurativa en delitos contra los animales: perspectivas teórico-prácticas desde la victimología verde”, *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, núm. 8, 2021, pp. 1-33.

⁸⁸ Resulta interesante consultar los mitos en torno a la cárcel que se recogen en G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, cit., pp. 150-162.

que el recurso incondicional a la prisión como respuesta al delito se debe a su función social, tanto simbólica, como expresiva, por lo que representa y por lo que comunica⁸⁹. Larrauri se centra en la dimensión comunicativa y se cuestiona sobre si no habría otras formas de mostrar repulsa, distintas de la cárcel⁹⁰. Y quizás podríamos entender que esa tendencia a acudir incondicionalmente a la pena de prisión se deba a una falta de imaginación criminológica. También es cierto que la respuesta dependerá del bien jurídico a proteger. De hecho, en esa pretensión de comunicar cuáles son los bienes jurídicos a proteger socialmente y de mostrar reproche social cuando se contravienen, cabe imaginar dos situaciones. Una, en la que el Derecho penal se construye sobre una idea de justicia-injusticia compartidas, sigue a la sociedad y respalda los valores sociales ya consolidados. En ese caso, el Derecho se cumple más espontáneamente de forma mayoritaria y el castigo solo se impondrá en casos puntuales de desobediencia. La comunicación es sutil porque la información ya se conoce y se asume. Sin embargo, otras veces el Derecho penal se percibe como una vía de transformación de valores y comportamientos. Entonces, el castigo simbólica y efectivamente aplicado será la herramienta para lograr obediencia y consolidar progresivamente los valores que promueven. Y, en esa tarea, la cárcel puede ser la pena más expresiva⁹¹. No obstante, es preciso contar con que también “un desajuste entre el Derecho penal y las opiniones de la comunidad socaba la credibilidad moral del sistema y conduce a un menor cumplimiento de la ley”⁹².

Así pues, si el Derecho penal tiene siempre una función expresiva y de pedagogía social, esta parece prevalente cuando se trata de consolidar bienes jurídicos no asumidos por toda la población. En ese caso, la labor de información, difusión y justificación serán vitales para legitimar la norma, así como el poder que la crea y el que posteriormente la aplica. En esa batalla para legitimar el castigo y consolidar nuevos derechos y valores, hemos apuntado cómo se utiliza a la víctima, individualmente o como colectivo, como

⁸⁹ Aunque distinguimos las funciones simbólicas y comunicativas del castigo, en este trabajo las trataremos conjuntamente dado que entendemos que se comunica a través de la cárcel precisamente por el poder simbólico que representa.

⁹⁰ Vid. E. LARRAURI, “Criminología crítica”, cit., p. 30.

⁹¹ Von Hirsch recuerda que “una explicación de las sanciones penales que enfatice su función reprobatoria tiene el atractivo de ser más comprensible, ya que reprochar es algo que hacemos en nuestros juicios morales cotidianos”; cfr. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. p. 35

⁹² Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 12.

herramienta emocional que exige posicionarse a favor o, si no es el caso, estar en contra. Cuando el debate lo ocupa el discurso emocional, o la apelación al sentido común, lo cierto es que queda poco espacio para la argumentación o el disenso⁹³. Insiste Cigüela en que “los debates político-criminales se vienen transformando en una guerra de trincheras político-culturales, en la que cualquiera que muestre disensos correrá el riesgo de ser estigmatizado con rasgos enemigos”⁹⁴. También es verdad que, como recuerda Varona, “lo emocional no debe equipararse con lo punitivo: el delito y el delincuente no solo generan emociones ‘negativas’ (...) presididas por la rabia, el miedo o el odio. También pueden suscitarse emociones ‘positivas’ que nos llevan a una política criminal menos punitiva, más inclusiva y con mayor énfasis en la rehabilitación y el trato humanitario a los delincuentes”⁹⁵. Sin embargo, parece que no es ésta la vía que se ha elegido para dirigir la política criminal porque, como decíamos, el delincuente ya no genera empatía.

Es cierto que, como asegura muy acertadamente Corcoy, “la función simbólica es especialmente relevante en los supuestos en los que, al menos una parte de la sociedad, no es totalmente consciente de la importancia del bien jurídico-penal protegido, en definitiva, de la lesividad de esas conductas”⁹⁶. Por ejemplo, en el caso de la agenda feminista, asegura Grzyb que se trataría de “una forma simbólica de reconocer la importancia del problema por parte de los legisladores”⁹⁷. Pero también es preciso reconocer con la autora que, en esos supuestos, la intervención solo será legítima “siempre que se castiguen únicamente los hechos más graves y que no estén suficientemente sancionados en la vía extrapenal”. Si es algo que ocurre con cuestiones de género y, más precisamente, con la violencia contra las mujeres, también ocurre con cuestiones relacionadas con el bienestar y el maltrato animal sobre el que no existe una posición unánime en la sociedad. Dado que el estatus social de

⁹³ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “Si es que esto es (o no) de sentido común. Sobre el (sin) sentido del sentido común en el derecho”, en J. GRACIA y D. JIMÉNEZ (coords.), *Tristes tópicos. Representaciones sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica/Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 1-24.

⁹⁴ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela”, cit. p. 14.

⁹⁵ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, cit., p. 119.

⁹⁶ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 100.

⁹⁷ Asegura que “abordar la violencia contra las mujeres como un asunto predominantemente penal es otro ejemplo de ‘gobernar a través del delito’”; cfr. M. GRZYB, “Penal populism: negotiating the feminist agenda. Evidence from Spain and Poland”, *European Journal of Criminology*, núm. 18, vol. 6, 2021, p. 845. Muy claro en este sentido, destacando la aportación del feminismo no punitivista, está J. OLLERO, *Penalismo mágico*, cit., pp. 119-122.

los animales sigue siendo objeto de discusión, también lo será la penalización de comportamientos relacionados con los animales⁹⁸.

Aunque puede ser comprensible el recurso al Derecho penal y a la cárcel como vías expresivas de visibilización y consolidación de valores sociales, no hay que olvidar que ese Derecho penal simbólico tiene efectos reales. Garland insiste precisamente en el poder performativo del discurso simbólico y asegura que no se puede “dar por supuesto que lo que se dice no tiene importancia. La retórica política y las representaciones oficiales del delito y de los delincuentes tienen un significado simbólico y una eficacia práctica que tienen consecuencias sociales reales. A veces ‘hablar’ es ‘actuar’”⁹⁹. De hecho, ya hemos apuntado que el discurso simbólico no es inocuo y que siempre hay alguien que pierde, sea por la instrumentalización del agresor en el logro de fines sociales, sea por la desprotección de los intereses y las necesidades reales de las víctimas. Pero también la sociedad pierde porque se crea “una idealización de tranquilidad en la colectividad (...) transmite el mensaje de que la rama legislativa del poder público está haciendo bien su tarea; cuando en realidad no se está solucionando el problema en concreto”¹⁰⁰.

Para entender las funciones simbólicas y expresivas del castigo, es preciso asumirlo como institución jurídica, pero también social, y ver las relaciones entre lo jurídico y lo social. González Sánchez entiende que el castigo es una herramienta para transformar la sociedad e indica que “la penalidad tiene también su autonomía, amplia, y también actúa como un potente motor cultural y condiciona a su vez el funcionamiento del mercado y de la política social, entre otras instituciones sociales”¹⁰¹. Sobre esas relaciones entre la justicia penal y la social, Larrauri concluye que “un gobierno progresista que quiera disminuir el populismo punitivo debe conseguir reducir las fuentes de ansiedad sociales y económicas a las que se enfrentan los grupos sociales que permanentemente están situados al borde de la exclusión”¹⁰². Es un pensamiento que va en la línea de Montesquieu, que indicaba que es preciso pre-

⁹⁸ Vid. más extensamente las discusiones doctrinales en torno al castigo del maltrato animal en M.J. BERNUZ BENEITEZ, “¿Castigos (eficaces)”, cit.

⁹⁹ Vid. D. GARLAND, *La cultura del control*, cit., p. 64.

¹⁰⁰ Vid. Y. ARRIETA, “Populismo punitivo y derecho penal simbólico”, *Inciso*, 2018, p. 43.

¹⁰¹ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo*, cit., pp. 22, 124.

¹⁰² Vid. E. LARRAURI, “Populismo punitivo”, cit., p. 21. Gargarella recordaba la hipocresía que supone hacer política penal sin contar con una red de políticas sociales, al tiempo que negaba que se pueda hacer política penal sin que se constate un mínimo de justicia social; cfr. R. GARGARELLA, “Injusticia penal, justicia social”, cit.

ver otros mecanismos que permitan expresar cuál es el “modelo de conducta socialmente adecuado y revestido de legitimidad formal”¹⁰³. Sobre todo porque, como recuerda muy acertadamente González Sánchez, “el castigo se conforma como una instancia de primera importancia en la diferenciación y producción de categorías sociales. Por un lado, al provenir del Estado, la diferenciación que produce (por ejemplo, entre ciudadanos decentes y sospechosos) se impone con mayor legitimidad”¹⁰⁴.

4.3. Castigo y comunicación

Si la hipótesis es que el objetivo de recurrir al Derecho penal y al castigo de cárcel es transmitir un mensaje de cambio (en el bien jurídico a proteger) y de rotundidad en la respuesta, es preciso verificar si se dan las condiciones para que el castigo comunique y exprese lo que pretende. De hecho, las teorías expresivas de la pena se centran en la comunicación emocional del mensaje y entienden que “la irrogación de un mal sería, por tanto, un medio efectivo de transmisión del mensaje expresado con la pena”¹⁰⁵. Sin embargo, junto con Caruso es lógico pensar en que habrá que hacer un esfuerzo comunicativo y retórico cuando el mensaje se aleja de las intuiciones morales colectivas. En concreto, indica que “un Derecho penal que base sus sanciones en las intuiciones de la justicia compartidas por los ciudadanos será más eficaz y más justo, mientras que el desajuste entre el Derecho penal y las opiniones de la comunidad socava la credibilidad y conduce a un menor cumplimiento de la ley”¹⁰⁶. Ofrece alguna pista Robinson cuando destaca que las relaciones interpersonales y las normas interiorizadas para prevenir el delito “tienen un poder persuasivo muy superior a la amenaza de sanciones públicas (...) importa lo que su grupo social piense de ellas y porque consideran la obediencia moralmente adecuada”¹⁰⁷. Como aprendizaje podríamos extraer que esta función expresiva y comunicativa no solo deberá funcionar a nivel individual, sino también a nivel de grupo.

¹⁰³ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 20.

¹⁰⁴ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo*, cit., pp. 21.

¹⁰⁵ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 15.

¹⁰⁶ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 15.

¹⁰⁷ Véase referencia a la obra de Robinson en V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 15.

Asimismo, para que la comunicación normativa cumpla sus objetivos y funcione tanto a nivel individual como grupal, sobre todo en caso de desajuste entre lo que considera justo el Derecho penal y parte de la ciudadanía, son precisas varias premisas. Una, básica, es que los ciudadanos conozcan qué comportamientos están recogidos en el Código penal, así como las penas asignadas a los mismos¹⁰⁸. Otra, que decidamos adaptar nuestro comportamiento a las exigencias del Código penal o lo modulemos según sus castigos¹⁰⁹. Lo que sabemos es que la población no siempre actúa motivada por la ley, que en ocasiones no conoce, sino que ajusta su comportamiento a sus intuiciones morales sobre lo que es correcto o incorrecto y a los valores predominantes en el entorno social de pertenencia del individuo¹¹⁰. De hecho, Larrauri asegura que, cuando esto ocurre, “la persona convencida de la legitimidad de su actuar, por razones ideológicas o culturales, no ve el castigo como una ‘pena’ si su grupo social le apoya”¹¹¹. En esas ocasiones, el comportamiento del grupo (amplio y próximo) de referencia del agresor es el que marca la pauta de actuación. En ese caso, insisto en que es esencial buscar respuestas que incidan en ese comportamiento pasivo de grupo, que confirma con su aprobación el comportamiento delictivo, y no solo (como hace el castigo penal) en el de quien ha cometido un delito.

También hay que valorar si se dan las condiciones de comunicación para que el castigo se perciba como legítimo. Siempre contando con que no to-

¹⁰⁸ Los autores son sabedores de que “la mayoría de los ciudadanos (a no ser que tengan experiencias delictivas previas o próximas) desconocen las penas que corresponden a los hechos delictivos”; cfr. B. FEIJOO, *La legitimidad de la pena estatal*, cit., p. 46.

¹⁰⁹ Para Larrauri, “la imagen de que el castigo previene parte, como se ha dicho tantas veces del *homo economicus*. Puede prevenir en efecto a la clase media, en base al razonamiento de coste de la pena/beneficio del delito, pero de todos modos ello no es decisivo pues la clase media no es el grupo social que preocupa al derecho penal”; cfr. E. LARRAURI, “Criminología crítica”, cit., p. 48.

¹¹⁰ Si eso es así, la legislación penal no produce ningún efecto comunicativo. Asegura Silva Sánchez que “en el caso de los *mala quia prohibita* lo razonable es partir de la idea de que la orientación directa de los ciudadanos por el tenor de las leyes resulta, sencillamente, una ficción”; cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 39. En todo caso, también es cierto que lo que realmente cuenta en la disposición a delinquir es la “probabilidad percibida” de que ese delito se va a castigar; cfr. J.M. VILAJOSANA, *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 48. Ésta dependerá, tanto de la valoración subjetiva que haga cada persona, de la presión del grupo cuando el delito no se comete aisladamente, de los valores predominantes en el entorno social de pertenencia del individuo o de sus condiciones de vida.

¹¹¹ Vid. E. LARRAURI, “Criminología crítica”, cit., p. 51.

dos los sujetos apreciarán igualmente “la severidad enunciada legalmente” y con que podemos hablar de diferentes legitimidades¹¹². De lo que se trata es de “cómo consigue la ley que las personas quieran lo mismo que quiere la ley independientemente de que se sientan amenazadas por ella”¹¹³. Apunta Varona a la necesidad de provocar una discusión democrática y abierta sobre las leyes e indica que “esta ‘comunicación’ solo tiene sentido si puede decirse que la consideración de una conducta como delictiva es el resultado de un proceso democrático real en el que podamos afirmar con confianza que el delito refleja los valores sociales considerados importantes por los ciudadanos”¹¹⁴.

Sobre qué comunica el castigo, Miró insta a “dejar de construir exclusivamente sobre las ideas de la disuasión el funcionamiento de la amenaza penal al aceptar que la pena también comunica otras cosas”¹¹⁵. Es cierto que el poder comunica el comportamiento deseable cuando lo fija a través de una norma y lo impone mediante un castigo. Muestra censura por un determinado comportamiento¹¹⁶. Pero también determina una cierta jerarquía valorativa en función de cuánto castigo impone y cómo se aplica. Así, se comunicarán mensajes diferentes según si se aplica efectivamente el castigo, si queda en el papel o si la jurisprudencia opta por ser “más respetuosa que el legislador con los principios de ultima ratio, subsidiariedad y fragmentariedad”¹¹⁷. En ese caso, si la ciudadanía no comprende las razones de oportunidad, puede entenderlo como un síntoma de deslegitimación del poder, tanto del legislativo que crea normas ineficaces, como del judicial que no se ajusta al mandato del legislador. También es sabido que “el sistema penal solo actúa sobre una mínima parte de los delitos”¹¹⁸ y la percepción social es que ese porcentaje no es casual. Por ello, indica Miró “que si el mensaje no fuera coherente en uno y otro caso el sistema carecería de credibilidad (...) si en fase impositiva no se impone una pena al que incumple, el modelo de conducta

¹¹² Se hace referencia a diferentes legitimidades: una legitimidad material percibida cuando la norma legal coincide con la intuición de las personas sobre lo que es correcto e incorrecto y una legitimidad procedimental cuando se entiende que el procedimiento para determinar la norma resulta justo, aunque no se ajuste a sus intuiciones de justicia; cfr. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., pp. 18, 24, 25.

¹¹³ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 19.

¹¹⁴ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, cit., p. 176.

¹¹⁵ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 19.

¹¹⁶ Vid. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit.

¹¹⁷ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 102.

¹¹⁸ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Abolicionismo, cárceles”, cit., p. 298.

quedaría herido de muerte (...) la falta de trato equitativo desvirtuaría el sistema e incidiría en el cumplimiento”¹¹⁹. Habrá que pensar si es preferible la comunicación sobre una pena de cárcel que no se ejecuta o sobre penas alternativas que se supervisan y ejecutan efectivamente.

Hay que concluir indicando que si conformar una legislación penal simbólica tiene una serie de consecuencias para la (i)legitimidad del sistema, que no aporta nada ni al delincuente y mucho menos a las víctimas, tiene peores consecuencias el plantear una normativa simbólica de protección de las víctimas, “que simplemente se elabora para parecer que se hace algo y acallar a los afectados”¹²⁰. Ello supone darles expectativas que no se van a satisfacer. Se contribuye a su victimización secundaria o terciaria “cuando no se fomenta un cambio en las culturas penales, y de los propios profesionales jurídicos, para ver a las víctimas no de forma instrumental y secundaria a la aplicación de normas, sino como seres humanos de carne y hueso a quienes afectan las decisiones de expertos que tienden a no comprender”¹²¹. En esa situación, se acaba entendiendo, tanto por las víctimas como por la ciudadanía, que el Derecho penal y la cárcel no hacen pedagogía, sino demagogia social.

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Una obviedad es afirmar que el poder político aspira a perpetuarse durante el mayor tiempo posible. Y para ello necesitará ser percibido como legítimo. Ya hemos visto cómo “la clase política se aprovecha de los sentimientos colectivos para buscar aceptación ante la comunidad”¹²². Las vías que utiliza para tener el favor de la ciudadanía son de lo más diversas y, en ocasiones, también resultan contradictorias. Y el uso que hace de la cárcel y de los derechos humanos en el marco de las políticas criminales lo es. De hecho, podríamos afirmar que el poder busca legitimarse ante sus ciudadanos (o una parte de ellos) buscando, de un lado, promover y promocionar los derechos individuales y sociales de cada vez más individuos y colectivos; y, de otro, castigar más intensamente los comportamientos que define como

¹¹⁹ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 35.

¹²⁰ Vid. G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delinquentes y víctimas*, cit., p. 112.

¹²¹ Vid. G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delinquentes y víctimas*, cit., p. 112.

¹²² Vid. Y. ARRIETA, “Populismo punitivo y derecho penal simbólico”, cit., p. 43.

más lesivos para todos. Lo que resulta paradójico es que el poder realiza ese ejercicio de legitimación planteando que solo puede proteger los derechos de unos ciudadanos, víctimas de delitos, a costa de castigar más intensamente a otros, que los cometen. En ese marco, sigue siendo esencial recordar la importancia de respetar los principios básicos del derecho penal liberal, como el de proporcionalidad o *ultima ratio*, tanto en la determinación de los tipos penales como en su aplicación. Si no, puede dar la impresión de que el Derecho penal es “la prima ratio, la sola ratio o la única ratio, porque se ha puesto en entredicho tanto que el Derecho penal sea de verdad la injerencia más grave del Estado en la esfera del individuo, tanto como se duda de la potencial eficacia de los sistemas de sanciones no penales”¹²³.

Se diría que la cárcel se utiliza como una herramienta legítima en la lucha por la consolidación de valores y derechos cuestionados socialmente. Pero también es preciso ser consciente de las consecuencias de lo que pedimos cuando lo que reclamamos son penas de cárcel más largas. Son muchos los estudios que advierten de que los efectos de la cárcel (psicológicos, sociales, laborales, personales, familiares...) no se agotan cuando una persona es detenida, sentenciada y encarcelada efectivamente, sino que continúan incluso cuando ha sido liberada. Y también se constata la ineficiencia de las penas de prisión que resultan extraordinariamente onerosas y limitadamente preventivas¹²⁴. No ser consciente ni consecuente con ello cuando exigimos penas más largas de cárcel que se ejecuten efectivamente ha sido tachado por algunos como de “ingenuo o arrogante”¹²⁵. En medio de ese camino hacia el reconocimiento de los principios y la consolidación de derechos se coloca, como justificación, a las víctimas y la protección de sus intereses y derechos. Sin embargo, es preciso dejar de pensar que la única respuesta penal que las protege y responde a sus demandas es la penitenciaria. Si no se logra responsabilizar al agresor, y la cárcel no lo hace, seguirá manteniendo la misma actitud ante el daño causado y el bien lesionado. Es importante pensar en las consecuencias de las respuestas penales, sin dejar de pensar en la mejora de la vida de las personas que sufren o puedan sufrir los delitos. Aún no se ha

¹²³ Véase los planteamientos de Prittwitz en F. GARCÍA DE LA TORRE, “Crisis del principio penal de ultima ratio”, cit., p. 133.

¹²⁴ Vid. J.A. BRANDARIZ, *El gobierno de la penalidad*, cit., pp. 210-214.

¹²⁵ Vid. J. MARCEAU, “Carceral Logics beyond incarceration”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 216.

demostrado que un incremento en la duración de las penas de prisión sean un medio eficaz para prevenir la reincidencia o la delincuencia.

En realidad, tras esa presunta exigencia ciudadana de más cárcel y de una mayor duración, puede que lo que se esté buscando es que el poder público se tome en serio determinadas cuestiones. Y se le pide que, cuando se produzca la situación extrema de desprotección y de atentado contra los derechos que supone el delito, demuestre su implicación a través del castigo penal, legislado primero, y efectivamente ejecutado después. Para ello nos encontramos con dos problemas. Uno de ellos está en que, en ocasiones, estamos ante causas sociales sobre las que no hay consenso y el poder prefiere no implicarse en esos temas que pueden resultarle incómodos o poco rentables electoralmente. La otra dificultad tiene que ver con que la desinformación ciudadana sobre el funcionamiento de los sistemas penales y el impacto de las penas de cárcel llevan a pensar en términos de internamiento e invisibilización del agresor como la respuesta, paradójicamente, más visible socialmente. No somos conscientes de que no podemos apartar eternamente, ni podemos apartar a todos. Ni debemos seguir asumiendo que la cárcel es la respuesta natural al delito o la solución fácil a problemas sociales complejos.

Deberíamos empezar a pensar en otras formas de concienciación sobre nuevos bienes, valores y necesidades sociales que no (solo) sea la penitenciaría y la utilización de la causa de las víctimas. De hecho, la empatía hacia este colectivo tan diverso no siempre debe dar como resultado una exigencia de internamiento. Decidir que la cárcel responde a las necesidades de las víctimas, de todas ellas, puede ser interpretado como una especie de paternalismo estéril. Quizás antes de nada debemos desechar la idea de la suma cero entre la protección de las víctimas y el respeto de las garantías y derechos procesales del agresor. Creo que se frivoliza el sentir de las víctimas cuando se pretende mostrar que más cárcel supone mejor protección y mayor preocupación por sus intereses. Es preciso hacer un recordatorio que procede del garantismo cuando indica que “el Derecho penal solo ‘merece la pena’ si resulta ser mejor que la ausencia de Derecho penal (...) que los derechos fundamentales de todos, de víctimas y de infractores, obtengan un balance más positivo con Derecho penal que sin él”¹²⁶. En todo caso, deberían ser respuestas meditadas, alejadas de una reacción visceral inmediatamente posterior a los hechos que nos acercaría irremediabilmente al populismo punitivo, a ve-

¹²⁶ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 61.

ces inconsciente (de distinto signo político), pero implacable en la restricción de derechos y libertades de todos.

En definitiva, se podría afirmar que, en la pugna política por consolidar y afianzar valores, principios y derechos sociales mediante el Derecho penal, se nos olvida esa doble función que cumplen los derechos humanos en las políticas criminales. De un lado, los derechos sirven para limitar la intervención penal del Estado y humanizar el Derecho penal frente al que trasgrede las normas. De otro lado, las políticas criminales permiten proteger y promover los derechos de los ciudadanos y disfrutarlos en un clima de seguridad. Hemos abandonado la primera función porque ya no desconfiamos de las instituciones públicas y entendemos que la lucha por los derechos y el debate sobre los valores se puede hacer a través de la tipificación penal de comportamientos, con su correspondiente castigo penitenciario. Diría Tulkens que se nos ha olvidado la mala conciencia que suponen los derechos humanos para el Derecho penal¹²⁷.

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Laboratorio de Sociología Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
Campus San Francisco
E-50009-Zaragoza
Email: mbernuz@unizar.es

¹²⁷ Vid. F. TULKENS, M. Van KERCHOVE, "Os direitos do homem: boa ou má consciência do direito penal?", en C. AGRA (dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto Editorial, Porto, 2012, pp. 647-668.