

RACIONALIDAD Y LÍMITES DEL PODER PUNITIVO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO¹

Magíster. José Manuel Arroyo Gutiérrez

*Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
Magistrado de la Sala Tercera - Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
Profesor Catedrático de la Universidad de Costa Rica y la Universidad
Nacional.*

RESUMEN: Este artículo es producto de la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Política Criminal, realizado en el Colegio de Abogados y en la Universidad de Costa Rica del 20 al 22 de marzo del 2012, como parte de la mesa redonda: ¿Racionalidad o Irracionalidad en el Derecho Penal? y como comentario a la Conferencia: *La racionalidad, el derecho penal y el poder de castigar: los límites de la intervención en el Estado Democrático* del Profesor Juarez Tavares, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

PALABRAS CLAVE: Racionalidad, Derecho Penal racional, Poder Punitivo.

ABSTRACT: This article is the result of the presentation given on the International Congress of Criminal Policy, held at the Bar Association and the University of Costa Rica from 20 to 22 March 2012, as part of the roundtable: Rationality or Irrationality in criminal law? and as a comment to the Conference: *Rationality, criminal law and the power to punish: the limits of intervention in the*

¹ Esta ponencia se presentó al Congreso Internacional de Política Criminal, realizado en el Colegio de Abogados y la Universidad de Costa Rica del 20 al 22 de marzo del 2012, como parte de la mesa redonda: ¿Racionalidad o Irracionalidad en el Derecho Penal? y como comentario a la Conferencia: *La racionalidad, el derecho penal y el poder de castigar: los límites de la intervención en el Estado Democrático* del Profesor Juarez Tavares, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

Democratic State, given by Professor Juarez Tavares, Professor of Criminal Law at the State University of Rio de Janeiro.

KEYWORDS: Rationality, rational Criminal Law, Punitive Power.

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2012.

Abordar la cuestión de los fundamentos racionales del derecho supone incursionar en los puntos de partida, sentar las bases desde las cuales es posible erigir todo un sistema o concepción de lo jurídico, y supone también navegar por el ámbito de lo filosófico, ahí donde se definen los conceptos básicos de un saber y se proyectan las consecuencias necesarias de toda una edificación epistemológica.

El trabajo que nos sirve de pretexto para este comentario, la conferencia del Profesor Juarez Tavares, es un riguroso ejercicio teórico que contiene una primera etapa de demolición y una segunda de reconstrucción o reedificación; un ejercicio intelectual en el que se nos muestran – a criterio del autor- los principales esfuerzos que se han hecho, desde la filosofía política, la teoría del derecho, la psicología o la sociología contemporáneas, por encontrar el fundamento racional al derecho penal. Esta labor crítica, de por sí difícil de sintetizar, es el mayor mérito de la conferencia que hemos escuchado y nos atrevemos a comentar.

Desde luego que lo tratado es un tema radical, no por lo extremo de las tesis que se defienden –que también las hay-, sino principalmente porque incursionamos en una temática que va a la raíz de uno de los temas siempre apasionantes del derecho penal: la necesidad/posibilidad de dar un basamento

mínimamente racional al castigo en un estado de derecho. Para decirlo en lenguaje más bien sencillo, hay que dar respuesta al dilema milenario de cómo puede justificarse racionalmente un fenómeno tan irracional como responder con castigo, es decir, con infligir dolor, a quien haya quebrantado una norma de convivencia considerada esencial.

Empecemos por decir que, como no podía ser de otra manera, el discurso del Profesor Tavares se inscribe dentro de las concepciones antropológicas y sociales de Occidente. Esto no significa sino la constatación de una realidad-no una crítica-, pero sí la consideramos indispensable para poner en contexto los comentarios que vamos a hacer a los postulados principales de la ponencia que se analiza.

Esta contextualización pasa, en primer lugar, por reconocer que estamos inscritos en un primer presupuesto: el ser humano está escindido, por nuestra tradición greco-romana en componentes duales: cuerpo/alma; materia/espíritu; razón/voluntad. Esta concepción de lo que es una persona, complica en mucho, desde hace siglos, la posibilidad de dar respuesta a preguntas esenciales acerca de lo que es un ser humano de manera integral y cómo puede explicarse su conducta. Digamos aquí, sólo a título de apertura cultural, que quizá los occidentales tengamos todavía que aprender mucho de algunas herencias culturales de Oriente, más proclives a entender la condición humana de forma más holística e integradora.

En segundo lugar, el discurso que comentamos tiene como presupuesto que la racionalidad es la cualidad que define lo específicamente humano. Todo aquello que no se pueda explicar o fundamentar racionalmente deviene irracional y por tanto inhumano. Ya veremos más adelante si este postulado es necesario matizarlo y cómo el autor mismo, ante las dificultades de dar respuestas definitivas, también relativiza este dogma tan arraigado en la tradición occidental.

En el caso del Derecho y particularmente del Derecho Penal en lo que

se ha denominado la Escuela Clásica (siglo XVIII, a partir de I. Kant), por implicar la sanción penal un castigo, es decir la producción de un "mal" o un "dolor" o, para decirlo en términos más modernos, la limitación, menoscabo o eliminación de un derecho fundamental, infligido a la persona que previamente ha ocasionado otro mal, dolor o menoscabo de los derechos de otra, hace que emerja la cuestión de la irracionalidad o el absurdo, en la medida en que la supuesta compensación de un mal por otro, es una cuestión absolutamente metafísica, que queda en el discurso formal-especulativo y no sirve como mecanismo de resarcimiento y mucho menos como medio de resolver efectivamente los conflictos entre las personas. Lo que al Iluminismo Dieciochesco lució como absolutamente irracional, y por tanto inaceptable, fue pretender reparar una muerte con otra muerte o, peor aún, un daño a la propiedad, a la libertad, a la integridad u honor de la persona ofendida, encerrando a al malhechor en una prisión por un determinado tiempo. Aún en el supuesto de que un atentado contra la propiedad, por ejemplo, termine en la devolución de los bienes sustraídos o en el pago de una suma equivalente, no parece poder compensarse -ni siquiera por medio del reconocimiento del llamado daño material o moral-, aquel mal ocasionado a la víctima que tenía derecho a no ser perturbada en el disfrute de su integridad y sus legítimas posesiones. De ahí que esa respuesta, tan común, pero a todas luces irracional, que consiste en tomar a la persona agresora y encerrarla en la cárcel, sin que ni siquiera aquella relativa posibilidad de resarcimiento se pueda dar en la casi totalidad de los casos y con la única expectativa de que el encierro evite males futuros, sigue siendo el mayor reto de la teoría penal, porque, si bien es posible ensayar ejercicios de fundamentación racional al derecho penal en general, mucho más complejo es pretender dar ese fundamento a la cárcel, de ahí que haya filósofos del derecho que intentan dar ese basamento justificatorio al derecho a castigar (minimalistas) pero descartan por completo la posibilidad de justificar la pena privativa de libertad.

Es un hecho que con respecto al concepto de "racionalidad" no se puede ir mucho más lejos de lo que el Profesor Tavares refiere del Diccionario de Filosofía, coordinado por Hoffmeister, sobre la base aristotélica de que **"será**

razonable una conducta cuando sus fines se identifiquen con lo bueno", lo que lleva a definir la racionalidad como ***"la capacidad de elección de medios para alcanzar fines mejores"***. Con esta definición, sin embargo, queda sellada la suerte de un concepto que parece inescindiblemente ligado a lo moral ("lo bueno" o "los mejores fines"), sea como fundamento, sea como finalidad de la conducta humana o de su capacidad de elección. Pero además, estas definiciones de principio nos dejan anclados a una temática difícil, por no decir imposible de resolver, que tiene que ver con el debate, también universal y milenario, acerca de qué significa "lo bueno" o "lo mejor" de algo, cuestión que nos remite al relativismo moral y la imposibilidad de alcanzar, en ese campo, verdades definitivas. En ese terreno habrá quien defienda la pena como un fin en sí mismo, que no requiere de ninguna justificación teórica; la pena de muerte, las penas corporales, la pena de prisión y toda la gama de sanciones que se ha ensayado por siglos de siglos, constituyen un mero dato de realidad, existen y punto. Pero frente a tal concepción, se erige, desde la Modernidad la ineludible necesidad de dar un fundamento ético, que humanice, la potestad disciplinaria y sancionatoria del derecho punitivo. Si no es posible aceptar la mera venganza como una respuesta legítima, habrá que dar algún fundamento racional al castigo, de ahí, todo el despliegue de las propuestas, sobre todo de carácter preventivo (especial y general) que en el contexto moderno de la democracia se han desarrollado.

Coincidimos con el autor cuando desecha la posibilidad de vincular "norma penal" y "realidad" como fundamento racional del derecho punitivo. Ciertamente todos los días oímos en nuestro medio que la realidad de una cierta violencia social obliga a la emisión de leyes que de alguna manera sean respuesta efectiva frente a esa violencia. Pero desde un punto de vista lógico es cierto que no podemos, desde postulados "del ser" o "de realidad" fundar o extraer conclusiones o postulados "normativos" o "del deber ser" (Hume). Así, por ejemplo, desde la constatación empírica de que las cárceles fallan en su cometido resocializador, no puede concluirse que a nivel normativo deba renunciarse al fin rehabilitador de la pena; o a la inversa, de la formulación cada vez más severa de normas penales, no se deduce, como la terca realidad

se encarga de demostrarnos, que pueda reducirse la violencia social o atacarse efectivamente sus causas.

También podemos coincidir en que la racionalidad del Derecho Penal no puede derivarse de la manifestación de un procedimiento organizativo. Más bien todo lo contrario. Desde Rüsche/Kirscheimer, pasando por los citados en la ponencia Melossi/Pavarini, ni la sociedad ni la cárcel deben concebirse como engranajes modelados según la fábrica propia de la era industrial capitalista. Todo lo opuesto, como bien lo enfatiza Tavares, pues más bien es la irracionalidad la que se revela de estas asimilaciones. Incluso podríamos ir más allá, según nuestro criterio, de la mano del sociólogo Sigmund Bauman cuando explica el holocausto en el marco de la Segunda Guerra Mundial, inédito en sus dimensiones, métodos y eficiencia, precisamente porque consistió en la aplicación de la lógica de producción masiva y en serie de mercancías propias de la industria más avanzada, al exterminio de millones de seres humanos, experiencia que, no debemos olvidarlo, fue acompañada por una clara justificación teórica desde el derecho y desde el sistema penal nacionalsocialista germano de la época.

Si buscamos, por otra parte, el principio de racionalidad en las propuestas de la psicología, también hemos de coincidir con el autor, que no podemos ir muy lejos en nuestro propósito, dado que en el campo del derecho penal se termina configurando una serie de prejuicios donde impera el peligrosismo o el determinismo positivista respecto de los sujetos criminales y su supuesta disposición hacia el crimen. En este punto la teoría del derecho penal se ha dividido entre quienes abrazan el presupuesto, de impronta clasicista, de que el ser humano es esencialmente libre y que, en uso de esa libertad, puede conformar su conducta a derecho o apartarse de éste, base del concepto de culpabilidad más difundido aún en nuestros días; o bien quienes han optado, en distintos momentos y conforme diferentes parámetros de explicación, por entender que no hay tal libertad y que el ser humano aparece, en definitiva, determinado por factores biológicos, psicológicos o sociales que explican sus conductas. Como sabemos, la consecuencia de la primera postura

es la necesidad/posibilidad de imponer una pena, entendida como castigo, a quien hizo uso de su libertad y decidió infringir la norma. La consecuencia, a contrario, de quienes niegan esa libertad, es toda la gama de determinismos que conoce la teoría penal y criminológica, sobre todo contemporánea, y cuya expresión institucional, en vez de la pena, es la medida de seguridad. El hecho de que los códigos contemporáneos occidentales, hayan optado por una transacción, a saber, penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables, no salva el punto de poder dar un fundamento racional ni a unas ni a otras, siendo que se trata de una estrategia que salva la operatividad del sistema, mediante dos modalidades de un mismo efecto: el encierro carcelario o el encierro manicomial.

Pero con el tema de la eventual justificación psicológica, queda por decir que en nuestro medio, y es una observación que podríamos generalizar al caso de muchos países y sistemas penales, se confirman dos pautas muy difundidas: la primera, a nivel pericial, referida a dictámenes psicológicos o psiquiátricos que muestran clara imposibilidad de determinar la capacidad de culpabilidad del sujeto al momento de ocurrido el hecho, con lo cual el juzgador se encuentra desarmado para llegar a conclusiones válidas; y la segunda, a nivel judicial, donde se muestra en sentencia la impericia de juzgadores en el dominio de conceptos como inimputabilidad, imputabilidad disminuida o bien la diferencia entre comportarse conforme al reconocimiento del carácter ilícito del hecho o poder determinar la conducta conforme esa comprensión. Tales problemas en la práctica forense y jurisprudencia evidencian la poca confiabilidad que la ciencia de la Psicología o de la Psiquiatría tiene aún para servir de fundamento racional a la aplicación del derecho penal. Lo anterior sin demeritar los prejuicios ideológicos y hasta de clase que manejan los juzgadores y juzgadoras y que conforman otro factor psicológico de muy difícil detección y control. Las desviaciones más señaladas en este campo son las del “Juez(a) Iluminado (a)” y las del “Juez (a) Justiciero (a)”, con frecuencia entremezclados. Un juzgador que se cree, con toda sinceridad, llamado por Dios a hacer justicia, y que escucha los designios del Todopoderoso para resolver asuntos terrenales, termina siendono sólo la antítesis del juez

republicano, sino un sujeto realmente peligroso para la efectiva tutela de los derechos y libertades de las personas, sean víctimas o victimarios, porque al cabo, toda independencia y objetividad de ese juzgador, se cambia por el prejuicio de quien justificará sus decisiones, no por medio de la razón, sino mediante una religiosidad mal entendida que le otorga un poder mágico-religioso inconmensurable. Por su parte, el “Juez Justiciero”, casi siempre atento a los clamores populares o las poderosas voces de medios de comunicación sensacionalistas, tenderá a absolutizar “su” concepción de la justicia, no le importará los medios a través de los cuales lo alcance, con tal de escuchar el ansiado aplauso de las graderías.

En cuanto a lo que el Prof. Tavares llama una racionalidad orientada a las consecuencias, resulta insostenible, en efecto, según lo entendemos, la justificación del derecho penal conforme una supuesta alarma social, traducida en una movilización de medios de comunicación y en una expresión de ese fenómeno, finalmente, en iniciativas legislativas y en decisiones jurisdiccionales que manifiestan querer proteger a los ciudadanos con leyes y sentencias que respondan a esos clamores populares. El efecto terminal es más bien de una enorme irracionalidad, porque lejos de alcanzarse “mejores resultados” el sistema penal y penitenciario terminan siendo un factor más de violencia e inestabilidad social. Es un hecho constatable en nuestro país y en prácticamente todos los países del orbe esta tendencia que se traduce en una penalización de la justicia (hipertrofia del aparato represivo, expansión del derecho penal en detrimento de otras ramas del derecho); una creación febril de normas penales cada vez más severas, una aplicación por parte de los jueces de sanciones más rigurosas, una eliminación de garantías procesales y de beneficios penales sustantivos y penitenciarios.

Por último, podemos platearnos con el ponente, si el fundamento de racionalidad podemos encontrarlo en la comunicación y el consenso, es decir, la posibilidad de construir un marco normativo de lo penal o de la definición de las conductas criminales sobre la base de una puesta de acuerdo. Pero de nuevo el tropiezo es grande si nos atenemos a Habermas, pues sería preciso

un proceso de discusión y decisión entre personas iguales, con la misma capacidad de opinión y resolución, cuestión que no se da en la práctica en ninguna parte del mundo y que, diría yo, mucho menos si nos atenemos a la realidad socio-cultural latinoamericana, calificada por los expertos como la región más inequitativa del planeta. Si alguna debilidad tienen las democracias de la región, es la escasa educación general y bajísima capacidad crítica de la mayoría de sus ciudadanos, lo cual explica, entre otros fenómenos, la precariedad institucional y de la democracia en nuestros países. Puede existir formalmente el diseño republicano, con división de poderes, tribunales electorales, contralorías de gastos, defensorías de derechos humanos y tribunales de justicia en todas las materias. Sin embargo, el acceso a esas instituciones y su eficacia real, está neutralizada por la baja calidad del ciudadano, que padece analfabetismo o semi-analfabetismo, manipulación informativa por los medios de comunicación y control por elites excluyentes de los mecanismos de participación popular. En esas condiciones, pretender que sobre la base de una comunicación de calidad y de un tratamiento igualitario de las personas, se logren los consensos necesarios acerca de un régimen punitivo, es prácticamente inalcanzable en realidades socio-culturales como las que se padecen nuestras sociedades latinoamericanas, en donde, ocurre todo lo contrario: sistemas económico-políticos que generan marginalidad e iniquidad, cuyos efectos de violencia se pretenden resolver, cada vez más, a través del derecho penal tradicional.

No es de extrañar que el Profesor Tavares se encuentre en un callejón sin salida, y a esta altura de su discurso, se platee seriamente si la alternativa es resignarse a aceptar la imposibilidad de fundar racionalmente el derecho penal, aceptar la posibilidad de derogar todas sus normas -es decir abrazar el abolicionismo- y entender que eso sería lo más consecuente y correcto. Pero he aquí que el autor nos da dos “razones” para tratar de eludir esa consecuencia: (1) el poder punitivo goza de buena salud y se encuentra vigente en todos los países del mundo (lo cual nos llevaría de nuevo a recordar la paradoja naturalista de Hume, es decir, del hecho real de que opera saludablemente un sistema penal, no podríamos concluir que necesariamente

hay que justificarlo o sostenerlo); y, (2) como segunda razón, el derecho penal sigue siendo un saber que busca su legitimación (lo cual nos lleva a un escenario aún peor, una especie de falacia circular o de petición de principio). Por eso, ninguna de las dos “razones” nos parece suficiente. Del hecho que constatemos ambas realidades no podemos deducir que sea preciso renunciar a la evidencia de la irracionalidad del derecho punitivo.

En mi criterio, más que las dos “razones” dadas, la cuestión es preguntarse si en un mundo sin derecho penal habrá más racionalidad en las relaciones interpersonales, que en un mundo con derecho penal. Ya hace mucho, los críticos del abolicionismo han advertido de cuán inviable puede ser una sociedad donde el poder del más fuerte sea el que impere, si no hay un poder estatal que equilibre las relaciones desiguales y las enmiende por medio de un poder supra-partes. Al fin y al cabo, si estamos hablando de puntos de partida esenciales, una cuestión clásica ha sido entender que el derecho existe precisamente para superar el primigenio mundo del instinto y la mera fuerza, introduciendo el principio de razón en las relaciones humanas. No por casualidad esa obra de Luigi Ferrajoli que ya constituye un punto de referencia infaltable en nuestros días, postula y relaciona ambos conceptos: Derecho y Razón.

El ponente opta, finalmente, según interpretamos, por aceptar la condición insalvable de la irracionalidad del derecho penal. Pero en lugar de abrazar el abolicionismo escoge lidiar con la necesidad de los límites al poder punitivo del Estado por medio de referirse, a nivel de la dogmática penal, a la imperiosa reformulación del concepto de conducta, del concepto de injusto y de culpabilidad. No me voy a referir a estos aspectos dogmáticos porque se trata de propuestas puntuales sobre las que no tendría mayor objeción que hacer.

Sí, en cambio, me parece pertinente que, del exhaustivo repaso de los intentos que se han hecho para dar una justificación racional al derecho penal, y de su constatado fracaso, quizá exista la trampa de dar por supuesto que el

ser humano es racional y que la búsqueda de racionalidad es lo que daría legitimidad a este ámbito de la actividad humana, como a cualquier otra. Conforme el mismo autor lo apunta, tal vez no se trate de alcanzar respuestas finales y rotundas a todos los problemas o preguntas que nos formulemos, aceptando los límites de la razón humana para dar solución última o definitiva a gran cantidad de interrogantes. De ahí que tengamos que retomar la posibilidad de replantearnos la condición humana, aprendiendo de otras culturas y buscando una concepción más compleja e integral que nos defina sí, como seres racionales o mejor dicho, que buscan la racionalidad y, en ese constante empeño, vayamos alcanzando niveles cada vez mayores de justicia y calidad de vida para todos.

Quizá -y aquí expongo mi criterio-de lo que se trate es de poner en perspectiva la condición de racionalidad/irracionalidad del ser humano y esto nos pueda servir de algo. No es que el ser humano sea racional, es que la persona humana puede -a nivel individual y social- llegar a ser racional y en esa búsqueda y perspectiva, la evidente irracionalidad del derecho penal, fruto de su naturaleza instintiva y castigadora, que no es otra cosa que pretender resolver conflictos por medio del uso de la fuerza, por más legítima que quisiéramos verla, fuerza bruta, al fin, de una organización estatal que pretende, por su medio: resarcir, equilibrar, prevenir o neutralizar conductas dañinas. Visto así coincidiríamos con Ferrajoli, quien ve la realización del Estado de Derecho como un horizonte que, aunque inalcanzable de manera absoluta, nos permite avanzar en su logro y realización. De todos modos, la Historia de la humanidad refleja con nitidez este fenómeno: momentos de racionalidad civilizadora y recaídas profundas en el abismo de la fuerza y el irracionalismo, cuya manifestación más conspicua llamamos guerra.

No puedo dejar de ver avances de racionalidad, desde las más remotas edades y por eso llamar en esta reflexión a seguir apostando por ella. Al aparecer la regla del Talión en el Antiguo Testamento, por muy primitivo que hoy nos parezca, se concreta uno de los primeros pasos que se dieron en orden a limitar la posibilidad de respuesta frente a una agresión ilegítima (“ojo

por ojo”, y no, “dos ojos por un ojo”, o “la vida por un ojo”). De igual manera la literatura griega ilustra con Antígona de Sófocles el debate acerca de la existencia de derechos inherentes a la condición humana por sí misma (derecho natural o de los dioses), frente al derecho formal escrito o tradicional (derecho positivo o de los hombres). Asimismo, un punto de inflexión irreversible se encuentra en el Nuevo Testamento cuando Pablo postula la existencia de una ley universal, escrita en el corazón de todas las personas, con lo que se abre el gran debate universal acerca de la igualdad. Pero tampoco podemos dejar de mencionar, los postulados de la modernidad que empiezan a hablar de la necesaria respuesta proporcional al grado de culpabilidad del autor de un hecho punible, así como de la necesaria justificación del castigo o sanción penal, puesto que castigar como mera venganza es insostenible desde el punto de vista ético. En fin, cuando en nuestros días se retoma con fuerza la identidad del derecho con la argumentación y se entiende que la legitimidad política de una acusación, una defensa o un fallo judicial dependen de las "buenas razones" que se puedan dar, encontramos otro hito de racionalidad que no podemos despreciar. De este modo, en efecto, no podemos dejar de lado que cada vez con mayor fuerza, en materia de la teoría democrática del derecho, una corriente importante propone la argumentación como condición ético-política para legitimar cualquier decisión o cualquier sistema jurídico, por supuesto también el jurídico-penal. No se trata de erigir a la argumentación como un fin en sí mismo, sin embargo, sí puede constituir un medio que, bien empleado, puede ayudar a dar un fundamento racional al ejercicio y operatividad del derecho. La argumentación tiene un claro límite lógico: no toda coherencia argumentativa lleva necesariamente a la resolución justa del caso. Por eso, a la pura argumentación lógico-formal, tópica o retórica, hay que agregar la sabiduría práctica del caso concreto (*peronésis*) y ésta pasa por aquellas **buenas razones** que tienen que ver con la solución del conflicto en concreto y en justicia, el respeto irrestricto a la dignidad de toda persona y con una buena dosis de equidad que hagan viable y sostenible la convivencia humana.

Con estas premisas, quizá no debiéramos entonces olvidarnos tan rápidamente de Jürgen Habermas y, para nuestro entorno latinoamericano, debiéramos continuar con la búsqueda de un régimen democrático más efectivo, donde la calidad promedio del ciudadano, su capacidad participativa crítica y el acceso a información de calidad, pueda a futuro crear las condiciones de entendimiento y comprensión que el filósofo alemán nos propone como indispensables para los consensos de todo tipo, también los punitivos, en un contexto pacífico y civilizado.

En conclusión, la búsqueda bien orientada de una justificación racionalista del derecho y la sanción penal (otro debate, repito, es si el mero encierro tiene alguna posibilidad de ser reivindicado racionalmente), puede estar en el rescate de la perspectiva histórica, la opción por un proceso progresivo de racionalización humana y la reivindicación del Derecho y del Derecho penal en particular como parte de esa racionalización paulatina. Intentaríamos así superar la posición negativa de atender sólo a los límites del poder estatal punitivo para salvar su relegitimación, e iniciaríamos una ruta positiva, tratando de encontrar algún punto de apoyo para dar fundamento racional-sustancial al derecho punitivo.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert; ***Teoría de la Argumentación Jurídica***; Palestra Editores; Lima, Perú, 2007.

Atienza, ***El Derecho como Argumentación***; A&M GRAFIC, S. L.; Primera Edición; Barcelona, España, 2006.

Baratta, Alessandro; ***Nuevas y viejas estrategias en la legitimación del derecho penal***; en: Poder y Control, Revista Hispano-Americana de disciplinas sobre control social; No. 0, Barcelona, España, 1986.

Ferrajoli, Luigi; ***Derecho y Razón, Teoría del galantismo penal***; Editorial Trotta; Simancas Ediciones S.A., Valladolid, España, 1995.

Kant, Immanuel; ***Metafísica de las Costumbres***; Editorial Tecnos; Cuarta Edición; Madrid, España, 2005.

Melossi, Dario y Pavarini Massimo; ***Cárcel y Fábrica, los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)***; Siglo XXI Editores, S.A., México-España-Argentina-Colombia, 1985.

Rüsche, Georg und /Kirchheimer, Otto; ***Sozialstruktur und Strafvollzug***; Europäische Verlagsanstalt; Frankfurt a. M. –Köln, 1974.

Bauman, Zygmunt; ***Modernidad y Holocausto***; Editorial Sequitur; Madrid, España, 2006.

Habermas, Jürgen; ***Facticidad y Validez***; Editorial Trotta; Madrid, España, 2010.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; ***En Busca de las penas perdidas, deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal***; Ediar S.A. Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1989.