
La Filosofía del Derecho Penal según Francesco D'Agostino: un análisis crítico

The Philosophy of Criminal Law according to Francesco D'Agostino: A Critical Analysis

Agata C. AMATO MANGIAMELI

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

amato@juris.uniroma2.it

<https://orcid.org/0000-0002-5959-7230>

RECIBIDO: 05/07/2024 / ACEPTADO: 16/09/2024

Resumen: El ensayo se centra en el análisis de la filosofía del derecho penal según Francesco D'Agostino, con especial atención al sistema argumentativo y a las reflexiones ofrecidas en su libro *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Después de la introducción, el primer epígrafe está dedicado a comentar la finalidad retributiva de la pena, distinguiendo la compensación de la venganza; el siguiente se ocupa de la detención y de las penas alternativas a la cárcel, repasando su evolución histórica y mencionando los avances más recientes en la materia; el epígrafe sucesivo se refiere al vínculo entre culpa, responsabilidad y libertad, mientras que el último trata el tema de la pena de muerte, abordado a través del análisis de un texto destacado de Leonardo Sciascia.

Palabras clave: sanción; retribución; coexistencia; pena de muerte.

Abstract: The essay focuses on the analysis of the philosophy of criminal law according to Francesco D'Agostino, with special attention to the argumentative system and the reflections offered by the book *La sanzione nell'esperienza giuridica*. After the introduction, the first paragraph is dedicated to discussing the retributive purpose of punishment, distinguishing compensation from revenge; the next section deals with detention and alternative penalties to imprisonment, reviewing their historical evolution and mentioning the most recent advances in the field; the following paragraph refers to the link between guilt, responsibility, and freedom, while the last one addresses the topic of the death penalty, approached through the analysis of a notable text by Leonardo Sciascia.

Keywords: Sanction; Retribution; Coexistence; Death penalty.

I. INTRODUCCIÓN

A guda y refinada, la reflexión de Francesco D'Agostino conjuga la inusual profundidad de la investigación con una vastedad y una variedad de temas y cuestiones que son decididamente únicas. Las reconstrucciones de nuestro autor abarcan, de hecho, desde la filosofía a la teología del derecho, desde la antropología jurídica a los derechos humanos, desde la teoría general del derecho y del Estado a la bioética, y, aún más, desde la bio-jurídica a la biopolítica, trazando recorridos hermenéuticos originales que, además de guiar al jurista (no solo al filósofo del derecho y al teórico) en el análisis crítico de todas las principales cuestiones que atañen al fenómeno jurídico, promue-

ven un constante y transversal llamamiento a la verdad del derecho y a la justicia. Un llamamiento que se percibe ya desde el uso –particularmente querido por Francesco D’Agostino– de la fórmula latina *jus quia justum*¹.

En el ámbito de esta fecunda y polifacética indagación, se reserva un espacio particular a la sanción y, en especial, a la pena, con la conciencia no solo del papel crucial que esta desempeña en la protección de la coexistencia y del propio ordenamiento, sino también de su impacto en la esfera sociopolítica. El máximo testimonio de esta atención se encuentra precisamente en *La sanzione nell’esperienza giuridica*, conocida y exitosa recopilación de ensayos, publicada por Giappichelli en 1989 e incluida en la colección *Recta Ratio*².

Es significativo señalar que, a lo largo de los años, la estructura inicial de la obra ha experimentado retoques e implementaciones (primero, la adición del capítulo sobre “L’unico argomento possibile contro la pena di morte”, posteriormente, la de un apéndice titulado “Porte aperte: la pena di morte come problema” y finalmente la de contribuciones “Il premio come problema filosofico” y “L’anima del reo”), intervenciones que prueban el continuo y creciente interés de nuestro autor hacia un tema, como es el de la sanción, que siempre ha revestido una importancia crucial dentro del debate jurídico y sobre el cual hoy más que nunca –también en vista de los posibles cambios en nuestro sistema penal– es útil volver a reflexionar, acompañados precisamente por las impecables reconstrucciones de Francesco D’Agostino.

II. SANCIONAR, RETRIBUIR, COMPENSAR

La pena, más allá de las posibles y diferentes formas en las que puede manifestarse, es ante todo un castigo previsto por el ordenamiento jurídico e infligido al autor del hecho ilícito. Se trata, naturalmente, de un instrumento de aflicción que debe ser proporcional a la gravedad del delito y destinado a compensar (y a retribuir en sentido jurídico) el mal provocado (*malum passionis propter malum actionis*), restableciendo así la simetría jurídica que ha sido violada. Esta definición, además de poner en evidencia algunos conceptos cruciales,

¹ Brocardo que aparece frecuentemente en sus obras y que, no por casualidad, es también el título de la monografía publicada en 2012.

² Por completar, cabe recordar que la obra surge como una versión revisada y ampliada de *Sanzione e pena nell’esperienza giuridica*, publicada por el mismo editor dos años antes.

sugiere también dos primeras, pero fundamentales, diferenciaciones. *Compensar en lugar de vengar*: la pena encuentra su fundamento en la justicia y solo si es justa realiza sus muchas funciones, tanto las primarias como las accesorias. *Compensar en lugar de intimidar*: la pena encuentra su fundamento en la justicia y solo si es justa puede enmendar o reeducar, puede prevenir y/o defender.

Escribe D'Agostino:

“punire implica far soffrire. [...] [e] la sofferenza che è il portato della pena non è una qualificazione estrinseca, un accessorio (per così dire) della pena stessa, che possa all'occorrenza (come molti si illudono) esser tolto via dalla pena. La sofferenza è inerente alla pena, poiché la pena non ha altro fine che quello di umiliare la volontà tracotante, riducendola, contro i suoi stessi impulsi, alla simmetria ordinaria della coesistenza. Imporre ad una volontà libera di non volere, o di volere diversamente da come liberamente vorrebbe, questa è la sofferenza indotta dalla pena”³.

Se trata de una aflicción que:

“non è [...] di per sé una sofferenza fisica, né a maggior ragione la sofferenza di chi ad esempio vede ricadere sulla sua famiglia l'onta della sua colpa. È la volontà del reo, ed essa soltanto, che attraverso la pena è chiamata a soffrire; ed essa soffre per il solo fatto di non poter più affermare sé stessa [...] nell'assenza di ogni limite”⁴.

De aquí, ante todo, surge el sentido más auténtico de la pena y lo que, en realidad, es su verdadera finalidad jurídica, es decir, la retribución. Una retribución que, contrariamente a lo que se podría pensar, no encuentra fundamento en el llamado “talión”. El sentido de la retribución jurídica a la que tiende la sanción penal es, de hecho, profundamente diferente: retribuir no significa en absoluto hacer sufrir al reo el mismo sufrimiento que él ha causado a la víctima, sino más bien hacer que su voluntad vuelva al orden coexistencial. Dicho de otro modo, si debido al delito cometido el reo ha salido de la lógica de la coexistencia (de la cual ha puesto en peligro y/o infringido en cierta medida los equilibrios de las libertades), gracias a la pena –y a su intrínseca valencia retributiva– él puede ser reintegrado en ella.

³ D'AGOSTINO, F., *La sanzione nell'esperienza giuridica* (1989), Giappichelli, Torino, 1999, p. 111.

⁴ *Ibidem*.

La pena es necesaria para conservar, en un sistema de leyes que regulan las relaciones entre voluntades libres, la simetría de la justicia. Y dentro de este marco, se inscribe también la interesante dialéctica entre el deber de castigar (a cargo del Estado y puesto como garantía de la coexistencia jurídica entre los individuos) y el derecho del reo a ser castigado (ya que la pena le puede permitir la reinserción en la comunidad social). Una dialéctica fundamental, cuya importancia D'Agostino aclara bien, partiendo de la reconstrucción Hegeliana.

“Negare che la pena sia un diritto del reo significa ritenere che il reo, a causa del reato che ha commesso, abbia perduto ogni suo diritto e prima di ogni altro quello [...] di poter spiare le sue colpe; significa ritenerlo, contro ogni ragione umana e giuridica, irrecuperabile a priori alla coesistenza sociale. Un reo, al quale non venga riconosciuto il diritto alla pena, è di fatto portatore di un giudizio di inespialità della sua colpa”⁵.

El derecho del reo a ser castigado implica ciertas características y una función de la pena, que también se encuentran en nuestra propia Carta Fundamental. Como es sabido, el artículo 27, párrafo 3 de la Constitución, establece que las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado. Al interpretar esta disposición, no se puede dejar de subrayar la estrecha conexión entre proporción, reeducación y humanidad. Si se entiende correctamente, la reeducación reactiva en el destinatario la conciencia del agravio cometido, es decir, reactiva el respeto por los valores fundamentales de la vida social que la comisión del hecho socialmente dañino ha comprometido. Pero para que esto sea posible, es necesario que el destinatario, dispuesto psicológicamente⁶, perciba como justa y proporcional la sanción que se le impone⁷.

Ante todo, la sanción debe ser justa, ya que una pena sin justicia no puede ser llamada castigo. Es simplemente un acto de violencia. La sanción, además, debe ser proporcional y humana, es decir, en la ejecución de la pena debe elimi-

⁵ *Ibid.*, p. 115.

⁶ “È appunto in questo senso che va colto l'autentico significato del verbo 'tendere', impiegato dal legislatore nel terzo comma dell'art. 27 Cost.: in altri termini, dal momento che *non* può essere *coercitivamente* imposta, la rieducazione trova un ostacolo nell'eventuale rifiuto opposto dal soggetto destinatario della sanzione” (FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale* (1975), Zanichelli, Bologna, 2010, p. 706).

⁷ Sobre este punto, permítaseme remitir a AMATO, A. C., *Filosofía del diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2014.

narse cualquier suplemento aflictivo innecesario, cualquier tratamiento cruel, inhumano y discriminatorio superfluo. La pena debe ser moderada, debe afectar al autor del delito, teniendo en cuenta que es su voluntad la que debe ser el objetivo de la reacción penal, la que debe ser negada, y no su cuerpo que, en cambio, incluso en la aflicción penal, debe permanecer intocable. Así se justifica el retraimiento de la pena del cuerpo, que ciertamente sigue siendo un intermediario natural de la intervención penal, pero no para hacer sufrir físicamente al individuo, sino más bien para privarlo del derecho a la libertad del que ha hecho un uso erróneo y desmedido. Y obsérvese, no es posible “no responder” a un mal uso de la libertad ya que es la propia libertad la que lo exige⁸.

De aquí, la estrecha conexión entre la predeterminación legal de los delitos y las penas, la proporcionalidad de la medida punitiva, la certeza del derecho y la salvaguardia de los derechos⁹.

III. DE LOS SUPPLICIOS A LA DETENCIÓN, EN NOMBRE DE UNA PENA ‘MODERADA’

En tiempos pasados era más fácil discutir sobre la relación entre pena y cuerpo, porque el mal físico que se infligía voluntariamente al condenado remitía inmediatamente a su corporalidad: eran los cuerpos los que eran sometidos a azotes, flagelados, expuestos, violentados y deformados. Los grandes rituales del castigo –constituidos por los suplicios– eran ante todo una especie de enfrentamiento físico del soberano con el condenado: un cuerpo a cuerpo que se desarrollaba entre la venganza del príncipe y la ira contenida del pueblo –intermediarios el supliciado y el verdugo–¹⁰. Este cuerpo a cuerpo mani-

⁸ D'AGOSTINO, F., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p.110.

⁹ Recuerden el art. 7 y el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (ninguna persona puede ser acusada, arrestada ni detenida, excepto en los casos determinados por la ley y según las formas por ella establecidas; la ley solo debe establecer penas que sean claramente y evidentemente necesarias); el art. 5 y el art. 11, párr. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ningún individuo será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; nadie será condenado por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que se cometió el delito). Contra los tratos y las penas inhumanos y degradantes, recuerden también el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes) y el art. 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁰ FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. (1975), Einaudi, Torino, 1976.

festaba la asimetría entre el sujeto que había osado violar la ley y el soberano omnipotente que ostentaba toda su fuerza física. Como señaló Huizinga, en el pasado, todas las cosas de la vida eran de una ostentación fastuosa y cruel. Los leprosos hacían sonar sus carracas y recorrían las calles en procesión, los mendigos se lamentaban en las iglesias donde mostraban sus deformidades. Cada clase, cada estamento, cada profesión se reconocía por su vestimenta. La administración de justicia, la venta de mercancías, las bodas y los funerales, todo se anunciaba con desfiles, gritos, lamentos y música¹¹. En el siglo XIX, este carácter público desapareció, de modo que incluso las ceremonias funerarias se volvieron más breves y sobrias¹².

En consecuencia, hablar hoy de la relación entre pena y cuerpo es sin duda más difícil –sobre todo, es difícil hablar de la relación entre el castigo y el cuerpo deformado, un cuerpo humano que ahora, por así decirlo, es abandonado¹³. El cuerpo, de hecho, ya no es el objeto primario del castigo. Y esto porque ahora los contenidos de la pena (es decir, su carácter corporal, detentivo, capital) –aspectos que, según Hegel, son puramente contingentes¹⁴– deben remitir al *proprium* de la sanción penal que, esencialmente, es la represión de la voluntad y, solo indirectamente, de la sensibilidad. Dicho de otro modo: la pena ya no puede ser cualquier tipo de sufrimiento, sino que debe ser una aflicción destinada a negar esa voluntad perversa y *contra legem* que el reo ha manifestado con sus actos.

Así, detrás de este retraimiento de la pena del cuerpo del condenado se encuentra, ante todo, la idea de que el individuo, el yo, no se reduce simplemente a su cuerpo ni a los estados de su psique. Esto es aún más válido en el

¹¹ HUIZINGA, J., *Autunno del Medioevo*, Sansoni, Firenze, 1940, p. 1.

¹² Como dice Ariès, la muerte, el duelo y el cuidado del cadáver se convirtieron en asuntos privados, ya que un dolor visible y, sobre todo, exhibido no inspira compasión, sino solo repugnancia (ARIÈS, P., *Storia della morte in occidente*, trad. it., BUR, Milano, 1978, p. 31).

¹³ ELIAS, N., *La civiltà delle buone maniere*, tr. it., Il Mulino, Bologna, 1982.

¹⁴ “La giustizia delle determinazioni della pena, secondo la loro natura qualitativa e quantitativa, è, del resto, un che di posteriore, in quanto sostanza della cosa stessa. Qualora si dovessero cercare, anche per questa ulteriore determinazione, principi diversi che per l’universale della pena, questo resta ciò che è [...]. La natura qualitativa e quantitativa del delitto e del suo annullamento è compresa ora nella cerchia dell’esteriorità; in questa, del resto, non è possibile alcuna determinazione assoluta; questa, *nel campo della finità*, resta soltanto una pretesa che l’intelletto deve sempre più limitare, la qual cosa è della più alta importanza, ma che, tuttavia, procede verso l’infinito e permette soltanto un’*approssimazione*, che è perenne [...]. Nel delitto, come quello in cui l’*infinito* del fatto è la determinazione fondamentale, sparisce tanto più la specificità semplicemente esteriore, e l’uguaglianza resta soltanto la regola fondamentale per l’*essenziale*, che il delinquente ha meritato; ma non per l’esterno aspetto specifico di questo castigo” (HEGEL, G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto* (1913), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 1974, §101, 111 y 112).

caso del derecho penal, dado que es la voluntad la que se muestra culpable e incompatible con el sistema de libertades. Por este motivo, la pena solo puede considerarse tal cuando se dirige a la voluntad del reo, respetando siempre, sin embargo, su dignidad y su cuerpo, incluso cuando incida en este último. En esta perspectiva, el suplicio se percibe, por tanto, como intolerable, por ser una medida desproporcionada e injusta. De hecho, ataca a los cuerpos, y cuanto más los violenta, más se aleja de su objetivo último. Así, se hace necesario recurrir a técnicas y medios que castiguen con una severidad más moderada y, al mismo tiempo, con una mayor proporcionalidad. De aquí, la difusión y generalización de la pena de prisión¹⁵.

Es evidente que incluso la detención –si se considera empíricamente– se caracteriza por una aprehensión material del cuerpo del condenado, que es privado de la libertad de disponer de él. Y es igualmente evidente que –al menos desde cierto punto de vista– la diferencia entre los dos tipos de pena, es decir, entre la pena corporal y la pena de prisión, parece consistir solo en la diferente cantidad de fuerza física empleada, dado que ambas medidas actúan sobre la dimensión corporal del condenado. Y no podría ser de otra manera. A pesar de las mejores intenciones, la voluntad y el cuerpo –incluso en el reo– no pueden separarse: el cuerpo, de hecho, representa una especie de objeto mediado. En otras palabras, se niega la voluntad del reo actuando siempre sobre su cuerpo.

Además, la pena, cualquier pena, difícilmente se disocia de un suplemento de dolor físico. Incluso cuando su objeto principal es la pérdida de un bien preciso o de un derecho particular –como, por ejemplo, cuando es pura privación de la libertad–¹⁶ siempre presenta un cierto suplemento de castigo que concierne al cuerpo. Pensemos en el racionamiento alimentario, la privación sexual, la celda de aislamiento, la misma inevitable promiscuidad que el es-

¹⁵ Sostenida por esas doctrinas proporcionalistas “che insistevano piuttosto sulla scala di gravità dei crimini che sulla diversità dei generi: perché queste dottrine tendevano ad accreditare rapporti quantitativi e perciò a ridurre il numero della pena a una sola (al limite), tale che fosse graduabile per quantità; e graduabili per quantità erano essenzialmente le pene detentive e quelle pecuniarie” (TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 451).

¹⁶ Primero que todo, la libertad de movimiento, que en nuestra época ha asumido un papel y un valor completamente particulares. Al respecto, resultan bastante significativas las consideraciones de Bauman: la gran vida hoy es una vida de movimiento, más exactamente, consiste en la idea de que uno podría desplazarse con gran facilidad al primer signo de insatisfacción ante la fijeza, en comparación con la estabilidad: la libertad se ha convertido, ante todo, en libertad de elección y la elección ha ido adquiriendo gradualmente un sentido y una dimensión espacial (BAUMAN, Z., *Dentro la globalizzazione*, trad. it., Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 133 y ss.).

tado de arresto conlleva. Estas y otras constricciones, aunque no incidan en la sensibilidad del condenado de la misma manera que las penas corporales, representan sufrimientos tanto de la voluntad, que determina el actuar, como del cuerpo, que es la dimensión primaria para poder actuar.

A pesar de la evolución del derecho penal –y del paso del castigo corporal a la penalidad incorpórea¹⁷ la línea de demarcación entre voluntad y cuerpo sigue siendo absolutamente indeterminada. En otras palabras, la corporeidad –advierte Francesco D’Agostino– constituye siempre el campo de la explicabilidad como sujeto de derecho¹⁸, y es en este sentido, y solo en este sentido, que el castigo, del cual se ocupa el derecho penal, no puede dejar de representar también un sufrimiento del cuerpo, además del de la psique.

Lo dicho se demuestra por la abundancia de detalles con la cual las diversas legislaciones penales adaptan la pena de prisión a las condiciones intelectuales, morales y materiales de cada condenado, además, naturalmente, de la gravedad del delito.

Aunque se utilicen términos diferentes, la sanción de prisión se estructura fundamentalmente de la misma manera. Para los personajes patéticos que entran y salen de las abarrotadas prisiones, existe un régimen de detención, por así decirlo, suave: en otros tiempos se solía decir régimen sin grilletes y con la obligación de hablar en presencia del custodio. Para los más duros, en cambio, existen las prisiones especiales, los brazos de seguridad, es decir, la cárcel dura, en la cual, en otros tiempos, el condenado llevaba grilletes en los pies, estaba obligado a guardar silencio (excepto con los guardianes), o también se limitaba

¹⁷ Solicitada por la utopía del pudor judicial: “Si aún es necesario –escribe Foucault– que la justicia manipule y golpee el cuerpo de los condenados, lo hará a distancia, con decencia, según reglas austeras. Como resultado de esta nueva contención, todo un ejército de técnicos ha reemplazado al verdugo, el anatomista inmediato del sufrimiento: vigilantes, médicos, capellanes, psiquiatras. Con su sola presencia junto al condenado, le cantan a la justicia las alabanzas que necesita: le aseguran que el cuerpo y el dolor no son los objetos finales de su acción punitiva. Debemos reflexionar sobre un punto: hoy, un médico debe velar por los condenados a muerte hasta el último momento –superponiéndose así, en tanto encargado del bienestar, en tanto agente de la no-sufrimiento, a los funcionarios, encargados, ellos, de suprimir la vida–. Verdadera utopía: quitar la existencia evitando hacer sentir el mal, privar de todos los derechos sin hacer sufrir, imponer castigos libres de dolor” (FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 13-14).

¹⁸ “Ciò comporta necessariamente l’individuazione del *proprium* del corpo, affinché sia possibile rendergli il *suum*: un *proprium* che non si esaurisce certamente in una determinazione puramente convenzionale, così come non è convenzionale, ma strutturale la nostra realtà di esseri incarnati” (D’AGOSTINO, F., “I diritti della corporeità”, en ID., *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 125).

en sus movimientos con pesados grilletes en manos y pies, y un aro de hierro alrededor del cuerpo y, en cualquier caso, no podía hablar con nadie¹⁹.

Para la inagotable imaginación benthamiana, a la diversidad del delito también debía corresponder una estructura carcelaria visiblemente diferenciada. De hecho, debían ser diferentes las prisiones reservadas para simples deudores e infractores, de aquellas para los condenados a reclusión temporal, así como de aquellas reservadas para los condenados a cadena perpetua: los muros de la primera prisión debían ser de color blanco; los de la segunda, de color gris; la tercera debía ser pintada de negro. Y en la prisión perpetua se debían añadir diversos emblemas del crimen: un tigre, una serpiente, un tejón, para una representación lo más adecuada posible a los instintos malvados que habían llevado al crimen, de la misma manera se debían colgar dentro, al lado de la puerta de hierro, dos esqueletos, para impactar la imaginación y hacer creer que se veía la temerosa morada de la muerte²⁰.

IV. EL PROPÓSITO DE LA PENA Y EL NEXO ENTRE CULPABILIDAD, RESPONSABILIDAD Y LIBERTAD

Como el autor subraya en varios pasajes²¹, los conceptos de tratamiento, terapia, reeducación y neutralización no son aplicables al derecho penal. Cada uno de estos conceptos, a su manera y con matices diferentes de un caso a otro, presupone siempre algún tipo de falta de responsabilidad por parte del sujeto. Este sujeto será entonces destinado a un determinado tratamiento y/o a una medida de cuidado particular. Esta falta de responsabilidad es determinante, ya que implica la necesaria exclusión a priori del mismo sujeto (por diversas razones no responsable y, por tanto, no punible) del ámbito de interés (y acción) del derecho penal. En *La sanción en la experiencia jurídica*, al respecto, se lee:

“[...] la pena è un correlato necessario della responsabilità, la responsabilità è un correlato necessario della libertà [...] [ossia quale] tratto caratterizzante dell'essere dell'uomo come essere sociale, come essere-in-relazione”²².

¹⁹ Se refiere a los diferentes grados de gravedad de la detención preventiva previstos por el *Codice dei delitti e delle gravi trasgressioni politiche pel Regno Lombardo-Veneto*, 1804, § 12, 13, 14.

²⁰ PERROT, M., “L'ispettore Bentham”, trad. it., in Jeremy Bentham, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Marsilio, Venezia, 1983, p. 120.

²¹ D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, 1982 y 1999.

²² D'AGOSTINO, F., *La sanzione nell'esperienza giuridica, op. cit.*, pp. 108-109.

El vínculo, aquí destacado entre responsabilidad y libertad, es central: no solo para reafirmar aún más la función de la sanción, sino también y sobre todo para definir los requisitos, y al mismo tiempo los límites, de su propio horizonte de aplicabilidad. De hecho, si es cierto que la responsabilidad surge de la culpa (de un uso indebido y desmedido de la propia libertad, que se traduce en la comisión de una acción antijurídica y, como tal, anti-coexistencial, al desequilibrar injustificadamente la simetría fundamental entre los sujetos, favoreciendo a algunos en detrimento de otros), también es cierto que la mera acción material de la violación por sí sola no es suficiente para hacer surgir la culpa ni para justificar la imposición de una pena. Para que pueda hablarse de culpa, se requiere un factor adicional, dado por la atribuibilidad de ese comportamiento ilícito a la acción libre del acusado²³.

En consecuencia, para que un sujeto pueda ser condenado a una pena, deben cumplirse todas aquellas condiciones que la ley prevé de antemano y a las cuales subordina el ejercicio de la acción penal y vincula la posibilidad de una intervención sancionadora. En detalle: i) debe verificarse alguna violación del ordenamiento; ii) el acusado debe ser el sujeto que realizó esa determinada violación y, por lo tanto, es él quien debe responder por ella; iii) deben cumplirse las condiciones de culpabilidad e imputabilidad²⁴.

Por otro lado, para que un sujeto sea tratado (reeducado, neutralizado), las motivaciones pueden ser múltiples y cada una de ellas tiene su propia pretensión de exhaustividad. Por ejemplo: un sujeto que ha cometido una violación, aunque no sea imputable, puede ser tratado (o tiene derecho al tratamiento); de igual manera, un sujeto que no sea imputable, que aún no haya cometido ninguna violación, pero se considere que podría cometerla, puede ser tratado (o tiene derecho al tratamiento). En cualquier caso, el derecho al tratamiento implica, en primer lugar, el derecho a no ser castigado, precisamente porque no son imputables.

A partir de estos importantes puntos de partida, es posible adoptar una posición crítica hacia algunas de las nuevas formas de penalidad reveladas por el surgimiento del *brave new world* electrónico²⁵. El elemento crucial, que aquí y siguiendo las reconstrucciones de Francesco D'Agostino es necesario enfo-

²³ *Ibidem*.

²⁴ ROSS, A., *Colpa, responsabilità e pena*, trad. it. (1970), Giuffrè, Milano, 1972.

²⁵ HUXLEY, A., *Il mondo nuovo. Ritorno al mondo nuovo*, trad. it. (1932), Mondadori, Milano, 1999.

car, radica en el hecho de que hoy se perfila la posibilidad de recurrir a nuevos instrumentos aflictivos²⁶.

En primer lugar, prestemos atención a los institutos de detención más innovadores, como, por ejemplo, la prisión californiana de Pelican Bay, una cárcel de máxima seguridad abierta en 1989, fuertemente automatizada y organizada de tal manera que los reclusos no pueden tener ningún contacto directo con los guardias ni con los demás prisioneros. En las celdas, sin ventanas, construidas con sólidos bloques de hormigón armado y acero inoxidable, los detenidos no trabajan, no hacen recreación, no tienen oportunidades para socializar. Incluso los guardias están encerrados en cabinas de control de vidrio y se comunican con los prisioneros a través de un sistema de altavoces²⁷.

Aún más, pensemos al surgimiento del cuerpo protésico²⁸, que, en este caso, nos remite a las investigaciones sobre la implantación de microelectrodos en el cerebro, capaces de influir selectivamente en los centros del placer y de la agresividad²⁹, así como en la memoria y el razonamiento. Pensemos también en las investigaciones sobre la telepresencia, destinadas a crear, a través de una conexión electrónica (sensorial y motriz) entre el individuo y la máquina (generalmente ubicada en un espacio inaccesible), un vínculo tan peculiar que el técnico no se dé cuenta, o se olvide, de la existencia misma del robot.

El casco tecnológico, por su parte, podría hacer que el cuerpo del condenado se volviera sensible y permeable. La idea básica es que quien interactúa con la máquina (dentro de un MUD, un MOO o, en general, en una comu-

²⁶ Dado que la versión clásica de la prisión, a lo largo de toda su historia, ha logrado muy rara vez cumplir con la tarea de rehabilitación y reintegración (MATHIESEN, T., *Prison on Trial: A Critical Assessment*, Waterside Press, London, 1990).

²⁷ Se equivocaría quien pensara que la prisión de Pelican Bay realiza el famoso proyecto panóptico de Bentham (*Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, cit.) o que representa una especie de continuidad con las primeras casas de trabajo disciplinado de las que escribe Foucault (*Sorvegliare e punire*, cit.). Porque la casa de reclusión imaginada por Bentham estaba orientada a redimir y recuperar a los detenidos mediante el trabajo duro, mientras que para la prisión de Pelican Bay lo único que importa es que los detenidos estén allí, que se acostumbren a su estatus de excluidos, encadenados a la fiereza de su culpabilidad (AMATO, A. C., *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Milano, 2012, pp. 127 y ss.)

²⁸ Sobre el significado del término y sus desarrollos, véase en particular: MALDONADO, T., *Corpo umano e conoscenza digitale*, en *Critica della ragione informatica*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 136 y ss.

²⁹ HOTTOIS, G., *Il paradigma bioetico, un'etica per la tecnoscienza*, trad. it., Rubettino, Soveria Mannelli, 1996, pp. 60 y ss.

nidad virtual) ya se ha fusionado de alguna manera con el ordenador³⁰. Los espacios producidos por la interacción mente/máquina son, a su manera, reales, porque dentro de ellos vive un segundo yo en continuo devenir. Por este motivo, el ciberespacio representa un nuevo espacio de posibilidades para el derecho penal: en la era de la revolución informática, es posible prever nuevas penas que –surgidas de los desarrollos de la cibernética³¹– finalmente sean alternativas a la pena privativa de libertad³².

Consideremos, finalmente, el brazalete electrónico, que hace que el cuerpo del condenado sea visible y audible. La idea básica (detección-seguimiento) es bastante simple y ya se practica desde hace tiempo. Un dispositivo de batería insertado en un brazalete para llevar en la muñeca o en el tobillo envía señales a una sala de control donde siempre hay personal. Así, si quien lleva el dispositivo se desplaza fuera del área designada o se salta un informe, gracias al brazalete, la policía o las autoridades competentes son inmediatamente alertadas.

Desde un primer punto de vista, podría decirse que la medida del brazalete (o del tobilleras) aún se puede considerar dentro del carácter propio de la intervención del derecho penal: castigo (aflicción) por la actividad voluntaria realizada *contra legem*. Se trata, de hecho, de una medida alternativa a la pena privativa de libertad, aplicada al reo solo en ciertas circunstancias y destinada a ser reemplazada de inmediato por la reclusión en prisión si se incumple el área designada. No cabe duda de que esta medida completa un antiguo proyecto: no se aparta mucho de lo que se hacía cuando se permitía que el diferente vagabundease fuera de su barrio siempre que llevara la marca de su pertenencia.

Sin embargo, a un examen más atento, el brazalete electrónico redefine la relación pena/cuerpo, en un contexto de penalidad informatizada que busca

³⁰ Y también es claro. En las discusiones sobre LamdaMOO, se pregunta dónde termina la mente y comienza el cuerpo, si la mente no es parte del cuerpo mismo. A esta pregunta podemos responder con bastante facilidad: en el MOO, el cuerpo es la mente (TURKLE, S., *La vita sullo schermo: nuove identità e relazioni sociali nell'era di internet*, trad. it, Apogeo, Milano, 2002).

³¹ Sobre los fundamentos del control y la dirección del comportamiento en el derecho penal, identificados mediante el método de la teoría del sistema cibernético y la teoría de la organización, se ocupó de manera significativa hace tiempo KRATZSCH, D., *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, especialmente, p. 199 y ss.

³² Y por lo tanto capaz de superar sus límites. Solo en el presidio –escribe Dostoevsky– he oído contar las acciones más espantosas, más antinaturales, los asesinatos más aterradores, más monstruosos, entre las risas más incontrolables, más infantilmente alegres (DOSTOEVSKY, F., *Memorie da una casa di morti*, en *Romanzi e taccuini*, trad. it., IV, Sansoni, Firenze, 1967, pp. 687-688).

hacer que el cuerpo sea siempre visible, o al menos localizable. A diferencia de otras prótesis tecnológicas, el brazalete limita el rango de acción del cuerpo, pero lo hace visible y audible para que la vigilancia sea continua, automática e involuntaria. Así, representa uno de los muchos aspectos de las nuevas formas de vigilancia³³.

Todos estos instrumentos, además de rediseñar completamente la relación entre pena y cuerpo, cuestionan el significado y el propósito de la sanción penal³⁴.

El desarrollo y la continua búsqueda de prótesis e implantes cada vez más refinados y efectivos, de hecho, por un lado, pueden favorecer la adopción de penas supletorias en comparación con las tradicionales (y tal vez más adecuadas para ser aplicadas en el actual contexto tecnosocial), pero por otro lado, pueden abrir la puerta a medidas que se presentan como verdaderas alternativas, tanto respecto a la pena en general como respecto al derecho penal mismo. Formas de penalidad en clave tecnológica (como el microchip), que en sus presupuestos y en su forma de proceder, resultan conceptualmente incompatibles con ese sistema de libertades al que todos pertenecemos (como sujetos) y al cual se dirige y aplica el derecho penal.

En particular, se trata de medidas que, enfocándose prioritariamente en la necesidad de eliminar la desviación, de vencer la peligrosidad y de evitar la anormalidad, tienden exclusivamente a satisfacer los objetivos accesorios de la sanción penal³⁵.

Como es fácilmente comprensible en dicho contexto, el riesgo concreto es que la defensa social pueda predominar sobre el propósito jurídico de la

³³ Esencial, al respecto, es la referencia a LYON, D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1997.

³⁴ Para una mayor comprensión de las implicaciones legales relacionadas con la introducción de herramientas como el brazalete electrónico, el casco electrónico o el microchip, remito a lo que observé hace varios años, AMATO, A. C., *Corpi docili Corpi gloriosi*, Giappichelli, Torino, 2007.

³⁵ De vez en cuando varían según las doctrinas invocadas (reformatorio, preventivo, intimidatorio, defensa social). Para las reconstrucciones que, por ejemplo, se refieren a la prevención “la pena agisce come contromotivo al motivo criminoso per il suo triplice effetto: a) di *intimidazione* a causa del suo carattere afflittivo e socialmente umiliante; b) di *moralizzazione-educazione* in quanto la pena, come concreta espressione di disapprovazione per l'atto criminale, contribuisce a formare e fortificare il codice morale dei consociati, il senso del 'limite', creando ulteriori contropunte alle spinte criminose; c) di *creazione di abitudini* al rispetto della legge che rafforza il senso dell'ubbidienza alla medesima” (MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva”, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO, M., STELLA, F., Il Mulino, Bologna, 1980, p. 73).

pena, que –insiste Francesco D’Agostino– no es ni disuadir ni prevenir la realización de ciertos comportamientos, sino reintegrar justamente al culpable en el derecho y, más precisamente, en el sistema de libertades del cual, debido a su conducta antijurídica, ha salido. Por este motivo, se puede decir que en el momento en que se restablece el equilibrio coexistencial y se garantiza la posibilidad de coexistencia, la sanción ha cumplido efectivamente (y agotado) su función³⁶. Desde esta perspectiva, aclara el autor, la sanción penal simplemente asegura una posibilidad, pero es una posibilidad fundamental e indispensable, ya que sirve como paso previo a cualquier otra técnica posterior de reintegración (ya sea metajurídica o extrajurídica)³⁷.

V. ARGUMENTOS Y SUGERENCIAS EN CONTRA DE LA PENA DE MUERTE

Como ya se mencionó brevemente en la Premisa, la obra de Francesco D’Agostino no deja de abordar la controvertida cuestión de la pena de muerte, hacia la cual, haciendo referencia al célebre libro *Porte aperte* de Leonardo Sciascia, plantea una posición absolutamente clara. Por un lado, se aclara de inmediato que la posibilidad de recurrir a la pena capital es repugnante; por otro lado, se subraya que esta repulsa debe ser investigada cuidadosamente y, sobre todo, necesita ser adecuadamente explicada:

“è già la stessa idea di pena di morte [...] a possedere una sua forza intrinseca, capace di suscitare una generale reazione di ripugnanza negli spiriti. [II] perché però nasca in noi tale reazione non è assolutamente facile a dirsi [...] [eppure] è una ripugnanza che chiede di essere spiegata; anche perché ci rendiamo conto, sia pure confusamente, che essa ci pone a confronto con un problema, che per quanto possa essere banalizzato, mantiene una sua intatta radicalità”³⁸.

Francesco D’Agostino, siguiendo el mismo y particular método expositivo que emerge de la narrativa de Sciascia, no se limita a sintetizar los aspectos más destacados de los diversos argumentos que, a lo largo de las épocas, se han esgrimido en contra de la pena de muerte.

³⁶ D’AGOSTINO, F., *La sanzione nell’esperienza giuridica*, cit, p. 114.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibid.*, pp. 199-200.

“Perché [dunque dobbiamo dire] no alla pena di morte? Per ragioni di opportunità? Perché si teme l'errore giudiziario? Perché si nega allo Stato un diritto sulla vita del reo? Perché si ritiene la rieducazione e non l'espiazione il fine della pena? Perché si ritiene che questa pena non abbia in realtà alcuna forza intimidatrice?”³⁹.

Menciona también las diversas opiniones que, en diferentes momentos, se han presentado para promover y justificar su adopción:

“Perché non far ricadere su chi tanto si è lasciato suggestionare dalla violenza il peso della violenza stessa? Perché non uccidere, in nome della giustizia, chi ha esaltato l'uccisione, e per di più a prescindere da ogni giustizia? Chi, in buona sostanza, più merita la morte, di colui che l'ha assunta a oggetto del proprio canto?”⁴⁰.

La elección de proceder de esta manera está dictada por el hecho de que D'Agostino, al igual que el famoso escritor siciliano, no busca en absoluto hacer prevalecer la opinión “mejor”, sino que desea más que nada:

“[...] mostrare che, qual che sia l'opinione ‘migliore’, alla pena di morte bisogna dire di no, per quanto grande e motivata possa essere la tentazione invece di dire di sì. E nello stesso tempo che questo dire di no è autentico, solo se non si radica in un pregiudizio”⁴¹.

El intento del autor es, de hecho, sobre todo el de:

“[...] aiutare il lettore a fuoriuscire, non dall'atteggiamento di condanna nei confronti della pena capitale, ma dal pregiudizio al riguardo, inducendolo a rigettare la pena di morte attraverso un convincimento forte e argomentato”⁴².

Y es precisamente dentro de esta búsqueda (jurídica antes que filosófica) de una convicción que pueda demostrarse fuertemente desde el punto de vista axiológico, capaz de contrarrestar cualquier opinión en sentido contrario, que entra en juego la peculiar figura del ‘pequeño juez’ protagonista de *Porte aper-*

³⁹ *Ibid.*, p. 203.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 205.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 203-204.

⁴² *Ibid.*, p. 203.

te. Un juez denominado “pequeño” porque se encuentra (y se le deja) solo para defender un principio. En todo el jurado, de hecho, es el único que promueve un principio primordial y un valor absoluto que, debido a la enorme fuerza con la que está dotado, lo coloca “en lo correcto”⁴³, a pesar de ser el único en sostenerlo. El principio al que apela el juez de Sciascia –y del cual Francesco D’Agostino también se hace portavoz– es el principio de la sacralidad e intangibilidad de la vida humana; de cada vida humana sin ninguna distinción, incluida la del reo.

Una vez más, el autor muestra una atención y una sensibilidad destacadas hacia los temas cruciales del derecho y la sanción penal, que aborda con extrema claridad gracias a su cultura y singular capacidad argumentativa, ofreciendo reflexiones destinadas a ser fundamentales para los estudios del campo y más allá de ellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÈS, P., *Storia della morte in occidente*, trad. it., BUR, Milano 1978.
- AMATO, A. C., *Corpi docili Corpi gloriosi*, Giappichelli, Torino, 2007.
- AMATO, A. C., *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Milano, 2012.
- AMATO, A. C., *Filosofia del diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2014.
- BAUMAN, Z., *Dentro la globalizzazione*, trad. it., Laterza, Roma-Bari 2001.
- BENTHAM, J., *Panopticon ovvero la casa d’ispezione*, trad. it., Marsilio, Venezia, 1983.
- D’AGOSTINO, F., “I diritti della corporeità”, en F. D’AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Giuffrè, Milano, 1982.
- D’AGOSTINO, F., *La sanzione nell’esperienza giuridica* (1989) Giappichelli, Torino, 1999.
- DOSTOEVSKY, F., *Memorie da una casa di morti*, en *Romanzi e taccuini*, trad. it., IV, Sansoni, Firenze, 1967.
- ELIAS, N., *La civiltà delle buone maniere*, trad. it., Il Mulino, Bologna 1982.
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale* (1975), Zanichelli, Bologna, 2010.
- FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. (1975) Einaudi, Torino, 1976.
- FOUCAULT, M., *Dalle torture alle celle*, trad. it., Lerici, Cosenza, 1979.

⁴³ *Ibid.*, p. 207.

- HEGEL, G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. (1913), Laterza, Roma-Bari, 1974.
- HOTTOIS, G., *Il paradigma bioetico, un'etica per la tecnoscienza*, trad. it., Rubettino, Soveria Mannelli, 1996.
- HUIZINGA, J., *Autunno del Medioevo*, trad. it., Sansoni, Firenze 1940.
- HUXLEY, A., *Il mondo nuovo. Ritorno al mondo nuovo*, trad. it. (1932), Mondadori, Milano, 1999.
- KRATZSCH, D., *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985.
- LYON, D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1997.
- MALDONADO, T., *Corpo umano e conoscenza digitale*, en *Critica della ragione informatica*, Feltrinelli, Milano, 1997.
- MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva”, en M. ROMANO y F. STELLA (a cargo), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- MATHIESEN, T., *Prison on Trial: A Critical Assessment*, Waterside Press, London, 1990.
- PERROT, M., “L'ispettore Bentham”, trad. it., en Jeremy Bentham, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Marsilio, Venezia, 1983.
- ROSS, A., *Colpa, responsabilità e pena*, trad. it. (1970), Giuffré, Milano, 1972.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.
- TURKLE, S., *La vita sullo schermo: nuove identità e relazioni sociali nell'era di internet*, trad. it, Apogeo, Milano, 2002.

