

ESTUDIO CRÍTICO SOBRE LAS TEORÍAS DE LA PENA

Marco Antonio Espinal Bravo^(*)

1.- Introducción. 2.- Finalidad del derecho penal. 3.- Funciones del derecho penal.- 4.-Teorías de la pena. 4.1.- Teoría absoluta de la pena. 4.2.- Teorías relativas de la pena. 4.2.1.- Prevención general. 4.2.1.1.- Prevención general negativa. 4.2.1.2.- Prevención general positiva. 4.2.2.- Prevención especial. 4.3.- Teoría de la unión. 5.- Conclusiones. 6.- Fuente bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

La principal manifestación del *Ius Puniendi* del Estado es la potestad de imponer a los sujetos pena o sanción producto de una conducta que se encuentre tipificada como delito en la norma penal (acción u omisión típica, antijurídica y culpable).

En la norma suprema se establecieron límites a la potestad punitiva del estado, así quedó plasmada en la descripción del Art. 2.24, inciso “d” con la siguiente afirmación; ‘*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*’. Y en esa misma línea, el Código Penal se pronuncia, recogiendo en su Art II del Título Preliminar el siguiente enunciado; “*nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella*”. Descripción legal que sustenta el principio de legalidad de las penas.

El derecho penal como mecanismo de control social actúa mediante la imposición de penas o medidas de seguridad a las personas que cometieron actos delictivos; dicha pena por ser impuesta por el estado es denominada pena estatal y no se justifica por sí sola sino que existen teorías que intentan explicar su finalidad.

^(*) Fiscal Adjunto Titular en el Distrito Judicial de Moquegua, egresado de la maestría de derechos humanos de la Universidad Católica Santa María de Arequipa y maestrista en derecho penal por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa

2. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL.

La finalidad del Derecho Penal es la **protección de bienes jurídicos** a través de la **sanción** de las conductas humanas, consideradas por el legislador como delitos, y de esa manera, procura la convivencia social ordenada.

En esa línea de pensamiento, se sostiene que el Derecho Penal es esencialmente **represivo**. Actúa como un medio de control social de naturaleza formal o jurídica; control que realiza aplicando la ley penal, pero debe remarcarse siempre que su participación debe ser posterior a otras modalidades de control sean éstas formales o no. De allí deviene su carácter de *ultima ratio*, esto significa que el derecho penal debe actuar cuando han fracasado las demás barreras protectoras de bienes jurídicos.

Por lo que, se podría afirmar que la finalidad del derecho penal es proteger bienes jurídicos tutelados mediante la imposición de una sanción al infractor.

3. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL.

La función que se asigne al derecho penal tiene dependencia del enfoque se de; ésta puede ser sociológica, filosófica, etc; pero según MIR PUIG “la función del derecho penal **depende de la función que se asigna a la pena y a la medida de seguridad**, como medios más característicos de intervención del derecho penal”¹, razones por la que es conveniente revisar someramente las **teorías de la pena**, pero dejando aclarado que la función del derecho penal **no se agota** en la función de la pena o medida de seguridad solamente.

4. TEORÍAS DE LA PENA

Aunque el objetivo del presente trabajo no es profundizar sobre el desarrollo de las teorías de la pena, éstas son tratadas someramente a fin de contextualizar las críticas realizadas y advertidas en torno a ellas.

4.1. Teoría absoluta de la pena (*Retribución*)

Esta teoría busca **retribuir el mal que se ha causado con el delito**, es decir la función de la pena se agota cuando se aplica la pena al delito que se cometió, siendo su fin la retribución y su misión hacer justicia –Ley del Talión- “ojo por ojo, diente por diente”; la misma que significa según MIR PUIG que “el mal no

¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal –parte general-, tercera edición 1995, Barcelona, Pág. 50.

debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido” y a decir del mismo autor, ello “se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas”²; posiciones que fueran sustentadas representativamente por Pío XII, Kant y Hegel respectivamente.

Entre ellos, Kant y Hegel son los dos más grandes pensadores que desarrollaron la pena como retribución:

- a)** **KANT** parte de una fundamentación ética, al afirmar que “la pena es la retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío”³, es decir la **pena es una retribución por el mal uso de la libertad ejercida por un hombre con capacidad de decidir entre el bien y el mal**.
- b)** **HEGEL**, en cambio, desde una perspectiva jurídica y en palabras de BUSTOS RAMIREZ sustenta que “la pena es la negación de la negación del derecho. Por tanto, en la medida que la negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito”⁴, sigue afirmando que “el derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo” y con “la pena se busca afirmar la vigencia del derecho”. En otras palabras, mediante la dialéctica se fundamenta la **imposición de una pena a fin de restituir la vigencia de la norma que fuera violentada**.

Ahora bien, revisada los alcances conceptuales de las teorías absolutas, de manera genérica y con fines esquemáticos, se podría rescatar aspectos positivos y negativos, tales como:

- a)** **Positivo.** La idea de **justicia** que se concreta en la **proporcionalidad** entre la pena y el mal causado con el delito. Y en palabras de Mariano H. Silvestroni, el aspecto rescatable de esta teoría es “el respeto de la relación retributiva entre la acción y la reacción como una condición necesaria de la legitimidad de la pena”⁵

² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal –parte general-, tercera edición 1995, Barcelona, Pág. 50

³ JUAN BUSTOS RAMIREZ y otros. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Tortta S.A., Madrid, 1997 y Pág 45.

⁴ JUAN BUSTOS RAMIREZ y otros. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Tortta S.A., Madrid, 1997 y Pág 45

⁵ MARIANO H. SILVESTRONI. Teoría Constitucional del Delito. Editores del Pueblo srl. Buenos Aires, 2004. Pág. 28.

- b) **Negativo.** El problema es que la pena no se encuentra en el ámbito metafísico o teológico, sino que está en un determinado contexto social; la libertad no es absoluta y la retribución no es compatible con un estado democrático.

Ante ello, vale advertir que es unánime como crítica a las teorías absolutas o retribucionistas que estas no atribuyen **ninguna utilidad social** a la pena, por lo que dicha pena no tiene una función, pero su defensa se sustenta en que la función de la pena es precisamente el alcanzar la justicia.

4.2. Teorías relativas de la pena (*utilidad o función social*)

Las consideraciones metafísicas como realización de la justicia o afirmación del derecho de la teoría absoluta es abandonada y en su lugar estas teorías relativas **buscan la utilidad social como justificación de la pena**. Es decir no se preocupan por los “fundamentos”, sino, por el “para que sirve” la pena. Y ese fin se traduce en la “**prevención**” del delito, la misma que puede tener como destinatario la sociedad o el delincuente. Se clasifica en:

4.2.1. Prevención General

Para esta teoría se justifica la pena por cuanto sirve como “instrumento de **propaganda**, del castigo -prevención general negativa-, o de la **vigencia de la norma** -prevención general positiva”⁶.

4.2.1.1. Prevención General Negativa (*intimidación*). Presenta dos momentos:

- a) **Aspecto normativo**, intimidación psicológica, su representante **Feuerbach**⁷, y según él la pena sirve para **causar miedo** en los miembros de la comunidad y ello les motiva a abstenerse de cometer delitos. Es criticable porque no se podría aplicar a todos los delitos; por ejemplo en los delitos pasionales donde la persona que delinque no se motiva en la norma.
- b) **Aspecto ejecutivo**, instrumentalización del reo, desarrollada por **Benthan**, para quien por medio de la “**panóptica**” los ciudadanos

⁶ MARIANO H. SILVESTRONI. Teoría Constitucional del Delito. Editores del Pueblo srl. Buenos Aires, 2004. Pág. 35

⁷ Según este autor alemán la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo, es decir entre la norma y el individuo se crea un vínculo psicológico que motiva el respeto a la norma.

observan al reo como cumple su condena y ello los motiva a que no cometan delitos. Las críticas a esta posición es básicamente porque instrumentaliza al reo.

4.2.1.2. Prevención General Positiva (*integración*). Teoría que abandona la intimidación y pasa a ejecutar una labor pedagógica en los ciudadanos y de esa manera fortalecer el respeto a los bienes jurídicos tutelados. Al respecto SILVESTRONI afirma que “la finalidad de la pena es restablecer la vigencia de la norma que se vio desautorizada por el delito”⁸. Se cuestiona porque “parece incurrir en una falencia naturalística, al derivar el deber ser del ser”⁹

4.2.2. Prevención especial

Según BUSTOS RAMIREZ esta teoría de “la prevención no debía dirigirse a la generalidad sino **al individuo** en particular”¹⁰, es decir que la intervención estatal debe estar dirigida específicamente sobre la persona que ha cometido el ilícito penal o delito.

Para esta teoría la pena es concebida como tratamiento o educación del autor del hecho punible con miras a su inserción social y, a su vez, como seguridad para la sociedad de que este no va a reincidir en su comportamiento delictivo.

Sus observaciones críticas giran en torno a que ha dejado de lado la culpabilidad como fundamento de la pena. Es así que JESCHECK afirmaba que para ser coherente con este planteo, se deberá sustituir la pena por medidas terapéuticas.

4.3. Teoría de la unión

Dado los cuestionamientos que se les ha hecho a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han llevado, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico o mixto que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención.

Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora.

⁸ MARIANO H. SILVESTRONI. Ob Cit. Pág. 36

⁹ MARIANO H. SILVESTRONI. Ob Cit. Pág. 36

¹⁰ JUAN BUSTOS RAMIREZ y otros. Ob. Cit.

La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene utilizarlos en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que la teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar. Por ejemplo; si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser utilizada en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada.

La arbitrariedad a la que podría llegar con una teoría de la unión, ha traído como consecuencia el desarrollo de una metateoría que busque ordenar el recurso a los diversos fines de la pena.

En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de la unión formulada por **Roxin**, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia; en el momento de la norma penal la pena cumple una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad; en la imposición judicial de la pena los fines preventivos son limitados por la culpabilidad del autor (retribución); y en el momento de la ejecución penal adquieren preponderancia los fines de resocialización. Como puede verse, no se puede recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo del momento en el que se está, resultan preponderantes unos fines sobre otros.

En la misma línea, cabe destacar el planteamiento dialéctico de Silva Sánchez, quien recogiendo las exigencias garantistas como fines igualmente propios del Derecho penal, sostiene que el fin legitimante del Derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista.

Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas.

5. CONCLUSIONES.

Las teorías de la pena –retributivas, preventivas o mixtas- a través de sus representantes, durante la historia, intentaron justificar su imposición, pero ninguna

explica suficientemente sus razones y se convierte en insumo suficiente para llegar a posiciones extremas de abolición del derecho penal.

6. FUENTE BIBLIOGRAFICA

- SANTIAGO MIR PUIG. Derecho Penal –parte general-, tercera edición 1995, Barcelona.
- JUAN BUSTOS RAMIREZ y otros. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Tortta S.A., Madrid, 1997.
- MARIANO H. SILVESTRONI. Teoría Constitucional del Delito. Editores del Pueblo srl. Buenos Aires, 2004.