

ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA PENA

Percy García Caverro
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Piura

I. Introducción

Ya en 1966 ROXIN señaló que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal “no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica”¹. Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica. En los ambientes universitarios se respira la idea de que la exposición sobre las diversas teorías que se encargan de responder a esta cuestión podría servir, en todo caso, como una clase inicial en el dictado de la Parte General del Derecho penal, pero las conclusiones a las que se puede llegar con esta discusión no repercuten finalmente en los concretos criterios de imputación jurídico-penales. A este parecer, que niega la utilidad práctica del conocimiento teórico, no cabe más que calificarlo de completamente infundado. Para ello bastaría con traer a colación la conocida afirmación de que no hay nada más práctico que una buena teoría.

La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste

¹ Vid., ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 11. Vid., similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 180.

a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado.

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente. Por el contrario, en una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor. Por el contrario, si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.

La fase de ejecución de la pena tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria. Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semilibertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la

pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia.

En atención a lo brevemente dicho en este apartado introductorio, puede llegarse a la conclusión de que la función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica. Todo lo contrario: de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal y finalmente la propia coherencia del sistema punitivo. Me animaría a decir que se trata del tema general con mayores consecuencias prácticas en la lucha contra la criminalidad, por lo que su estudio no puede ser tomado como una cuestión simplemente teórica o introductoria.

II. Las teorías sobre la función de la pena

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social. Si bien esta contraposición constituye una simplificación esquemática de posturas que se muestran en la práctica mucho más complejas y menos unilaterales², no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas. Por esta razón, voy a orientar mi exposición general sobre las teorías de la pena a partir de esta tradicional diferenciación de posturas.

1. Las teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable. En su versión subjetivo-idealista, KANT sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de

² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 198.

carácter utilitarista³. El carácter estrictamente ideal de esta concepción de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por el profesor de Königsberg, en donde llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión⁴. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social.

En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de HEGEL entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho⁵, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general⁶. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la extendida afirmación de HEGEL de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de pena al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verificaría con independencia de las consecuencias empíricas que produciría. No se trata, por tanto, de un reestablecimiento empírico, sino de un reestablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo⁷.

En la doctrina penal actual existe consenso en cuanto a rechazar las concepciones absolutas de la pena. Salvo algunas reminiscencias de la

³ Aunque últimamente JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004, p. 13 y s., ha relativizado la rigurosidad de esta afirmación.

⁴ Vid., KANT, *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl., Königsberg, 1798, § 49.

⁵ Vid., HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Michel (ed.), vol. 7, Frankfurt a.M., 1970, § 97.

⁶ Vid., HEGEL, *Die Philosophie des Rechts*, Ilting (ed.), Stuttgart, 1983, 18/19, § 54 A.

⁷ HEGEL, *Grundlinien*, § 99 (apéndice). Este claro rechazo a las posturas preventivas no implica, sin embargo, que el planteamiento de Hegel se encuentre desprovisto de cierta funcionalidad. En esta línea, LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999, p. 98, manifiesta que la comprensión de la pena de Hegel no es absoluta *ad effectum*, sino que el fundamento de la pena se compatibiliza con una función social.

filosofía idealista como la teoría de la pena defendida por KÖHLER⁸, la tendencia general está orientada a negar que la pena tenga una función ideal. Hay que precisar que la razón fundamental de este rechazo no es el cuestionamiento que pudiera hacerse a una filosofía de corte idealista. El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar⁹. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

2. Las teorías relativas de la pena

La comprensión del Derecho penal como fenómeno social nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál esta función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o reestabilización¹⁰.

A. Las teorías de la prevención

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la

⁸ KÖHLER, *Strafrecht*, AT, Berlin, 1997, 37 y ss.; EL MISMO, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986, p. 50 y ss.

⁹ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 12 y s.

¹⁰ Diferenciaba ya dentro de las teorías relativas, las de la prevención y las de reparación, BAUER, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830 (reimpresión, Goldbach 1996), p. 300 y ss. Recientemente, en el mismo sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 17 y s.

prestación social del Derecho penal (la protección de bienes jurídicos) tiene una incidencia directa sobre el individuo a través de la motivación. Este efecto motivatorio puede recaer sobre todos los ciudadanos en general o solamente sobre el sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.

a) Prevención general

La teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva.

aa) Prevención general negativa

La teoría prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación a través de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal:

- *En la norma penal:* La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por FEUERBACH. Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo¹¹. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos¹². Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se dice que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos ha leído efectivamente el Código penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre la

¹¹ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, (trad. Zaffaroni/Hagemeier), Buenos Aires, 1989, § 13.

¹² Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 212 y s.

norma y los ciudadanos no tiene un carácter empírico, sino normativo¹³, es decir, que parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: todos deben conocer las normas jurídico-penales.

La reformulación normativa de la teoría de la prevención general negativa no la libra, sin embargo, de otros puntos críticos. En primer lugar, se dice que existen determinados delitos en los que la amenaza de pena no puede ejercer su función motivatoria, como sucede en el caso de los delitos pasionales, pues la decisión de delinquir en estos casos no es producto de una evaluación racional de los pros y los contras de la acción¹⁴. En este sentido, la función de prevención general negativa tendría que limitarse solamente a los delitos en los que el agente hace efectivamente una ponderación de costes y beneficios de su actuación. Así las cosas, la aplicación de la teoría de la prevención general negativa se reduciría sólo a los delitos en los que el agente cumple el modelo de sujeto que actúa racionalmente, es decir, a los llamados delitos económicos.

Pero incluso en el ámbito de los delitos económicos se ha cuestionado la realidad del efecto intimidatorio de la amenaza penal. Se dice que para poder ajustar adecuadamente la pena al proceso motivatorio es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costes y beneficios se hace siempre en cada caso concreto, cambiando las variables de caso en caso. Para la estafa, por ejemplo, se establece en el Perú una pena privativa de libertad de uno a seis años para intimidar, en general, a los ciudadanos a no realizar este delito. Si bien la pena prevista de manera general puede intimidar en determinados contextos (por ejemplo, cuando los beneficios sean mínimos), esta pena será incapaz de generar un efecto disuasorio en casos en los que se trate de ganar elevadísimas sumas de dinero. Por otra parte, puede ser que un delito no muy grave requiera, en determinados casos, una pena muy elevada para poder intimidar al delincuente (por ejemplo: un acto de denigración del competidor del que dependa la supervivencia de la

¹³ Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 213 y s.

¹⁴ Vid., con mayores detalles, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 18.

empresa)¹⁵. En este sentido, la única manera de dar cierta fuerza intimidatoria a la pena sería hacerla legislativamente indeterminada para que el juez pueda ajustarla a las necesidades preventivas de cada caso concreto¹⁶. No obstante, el grado de inseguridad al que llevaría semejante sistema penal resulta a todas luces inaceptable en un Estado de Derecho.

Los defensores de la prevención general negativa perciben los peligros de una perspectiva únicamente disuasoria de la pena, por lo que sus actuales formulaciones no se centran exclusivamente en la función intimidatoria de la pena, sino que intentan precisar criterios de limitación para evitar caer en situaciones de terror penal (el principio de culpabilidad, por ejemplo). El principal cuestionamiento que encuentran estas concepciones atemperadas de la prevención general negativa reside en la dificultad de fijar el punto de equilibrio entre los criterios de prevención y la limitación de la potestad punitiva. No puede dejar de aceptarse un cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante una pena y los límites a esta motivación, lo que, por otra parte, lo hace muy sensible a situaciones emotivas o subjetivas de la comunidad. Una muestra clara de esta situación son los delitos que afectan la seguridad ciudadana¹⁷.

- *En la ejecución penal*: La prevención general negativa puede configurarse, por otra parte, en el plano de la ejecución de la pena. Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo inglés BENTHAM, quien coloca el efecto disuasorio de la pena en su ejecución¹⁸. Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado “panóptico”, el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas. El principal cuestionamiento a esta visión de la prevención general negativa es la instrumentalización de la persona a la que se llega con fines preventivos. No obstante, en una

¹⁵ Vid., JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 22 y s.

¹⁶ Vid., JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 23.

¹⁷ Vid., lo que pasó en la década de los noventa en el Perú, GARCÍA CAVERO, «La nueva política criminal intimidatoria e inoquizadora: el caso de la seguridad ciudadana», *RPCP* 10, p. 211 y ss.

¹⁸ Vid., BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, 1830.

filosofía utilitarista, como la angloamericana, este cuestionamiento no resulta tan relevante, en la medida que desde esa perspectiva filosófica el sufrimiento de uno puede justificarse si con ello se obtiene la felicidad de la mayoría. Esta finalidad preventivo-general negativa puede verse aún en la ejecución de las penas en los Estados Unidos de Norteamérica. Por el contrario, en una tradición jurídica deudora de los principios de tradición europea (como la no instrumentalización de la persona), un planteamiento como el esbozado resulta de difícil admisión como criterio general.

bb) Prevención general positiva

La formulación original de la prevención general positiva se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos¹⁹. Desde esta lógica, la tarea del Derecho penal consistirá en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales de acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético²⁰. Por ello, se agrega, esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho.

La teoría de la prevención general positiva no está, sin embargo, libre de objeciones. Se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano²¹. En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos ciertos

¹⁹ Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 43.

²⁰ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, p. 242: "En el sentido más amplio (scl. el concepto de prevención general), consiste en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación".

²¹ Vid., MIR PUIG, *ADPCP*1986, p. 54 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 234.

valores éticos-sociales de carácter elemental²². Desde KANT el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones. El reconocimiento actual del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haría poco viable una teoría de la prevención general positiva como la descrita en nuestro sistema jurídico.

b) Prevención especial

La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. En este sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de VON LISZT²³, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial orientados a sustituir la toga del juez por la bata del médico no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea de injusto culpable²⁴. Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal, las llamadas medidas de seguridad, las cuales se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento²⁵. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial tuvo una fuerte influen-

²² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 237.

²³ Vid., VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. I (1875-1891), Berlin, 1905 (reimp. Berlin, 1970), p. 126 y ss.

²⁴ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 27.

²⁵ *Idem*.

cia a través de la doctrina de la resocialización, la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta. No obstante, después de una década de gloria la doctrina de la resocialización ha sido duramente cuestionada. Se le criticó llevar a penas indeterminadas o muy severas²⁶, en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le ha conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro²⁷. Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena legitimaría imponer al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante²⁸), lo cual vulneraría el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas²⁹. Por todo lo dicho, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad (artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio³⁰.

c) Teoría de la unión

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 que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas³¹. 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. La idea central de esta formulación

²⁶ Así la crítica de ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 16, pues la pena tenía que perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida.

²⁷ Sobre la inviabilidad de la resocialización en situación de privación de la libertad, BARATTA, en *Derecho penal*, «Resocialización o control social», *LH-Peña Cabrera*, Lima, 1991, p. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

²⁸ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 17.

²⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

³⁰ Vid., con mayores precisiones, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 32 y s.

³¹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 201.

doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que una 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 tomar³². 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 llegarse 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 resocialización³³. 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

³² Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, pp. 19, 33 y s.

³³ Vid., los rasgos esenciales de esta formulación, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 20 y ss.

preventivas con la lógica utilitarista y garantista³⁴. Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas.

B. La función de restabilización de la pena

Hasta ahora la exposición se ha centrado en las distintas variantes de las teorías preventivas de la pena o de teorías eclécticas que parten de la lógica de la prevención. Sin embargo, la función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención. En el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de JAKOBS. Si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que su maestro, “prevención general positiva”³⁵, un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de WELZEL. JAKOBS cuestiona que la función del Derecho penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos³⁶, en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo)³⁷, así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo)³⁸. En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino

³⁴ Vid., con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 211.

³⁵ Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, (trad. Cancio/Feijoo), Madrid, 2003, p. 48.

³⁶ Vid., JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1998, p. 33: “La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación”.

³⁷ Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 59 y s.

³⁸ Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico³⁹.

Como puede verse, en el planteamiento de JAKOBS se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible una orientación en los contactos sociales⁴⁰. Si bien podría procederse cognitivamente frente a la decepción de expectativas en el marco de los contactos sociales, es decir, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (no confiar más en la norma defraudada), esta forma de resolver la defraudación de las expectativas haría finalmente difícil la convivencia social basada en la confianza. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió⁴¹. Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma una *poena naturalis*, como sucedería en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringe la norma. Este castigo convencional es la pena.

En síntesis, podría decirse que para la concepción de JAKOBS el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente⁴². La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con la que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que éstas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

³⁹ Vid., JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 31.

⁴⁰ JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, p. 18.

⁴¹ Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 50.

⁴² Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

La concepción de JAKOBS no se ha visto exenta de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegarse a una pena que reestablezca la vigencia de la norma sin que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor. Por lo tanto, si en algún momento la norma pudiera reestablecerse sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de JAKOBS se le ha objetado centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no. Desde esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario. En cierta forma, el planteamiento de JAKOBS podría ajustarse también a un sistema no democrático.

A la primera de las críticas formuladas JAKOBS responde señalando que la reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, retirándosele los medios de interacción a través de la pena⁴³. En la medida de que este retiro de los medios de interacción requiere una base cognitiva del fracaso del autor, resulta necesario que la pena produzca una aflicción de dolor⁴⁴. La segunda crítica es vista por JAKOBS no como una objeción, sino como una consecuencia lógica de su planteamiento, en tanto este autor entiende que al dogmático no le corresponde entrar en la legitimidad externa de las normas. Esta crítica resulta siendo extrasistemática, lo cual no afecta en lo absoluto el grado de coherencia al interior de su sistema. Por tanto, las discrepancias con dicho planteamiento solamente podrán discurrir en la corrección de sus puntos de partida.

III. Elementos de la propia concepción sobre la función de la pena

1. Punto de partida

De la breve panorámica que hemos hecho sobre las teorías que se ocupan de la cuestión de la función de la pena, puede concluirse, en

⁴³ Vid., JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 104 y s. ; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 52.

⁴⁴ Vid., así, JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 30.

primer lugar, que las teorías retributivas no cuentan en la actualidad con muchos defensores o representantes, siendo la culpabilidad del autor por el hecho cometido, en todo caso, no más que un correctivo de las teorías relativas de la pena. En este sentido, hay consenso en que la pena cumple una función social, siendo el punto de disputa, más bien, cuál es esa contribución social. Las teorías de la prevención colocan la función de la pena en el plano del efecto de motivación sobre el sujeto individual, mientras que la teoría de la reestabilización se centra en la conservación del sistema social.

En la medida que considero que el Derecho penal está vinculado más a la parte social de la personas que a la estructura psicológica del individuo, me inclino a pensar que la teoría de la reestabilización responde mejor al sentido de la pena. Sin embargo, esta aceptación no implica compartir los puntos de partida del funcionalismo de JAKOBS⁴⁵. En mi opinión, el sentido comunicativo del delito y la pena no pueden determinarse sólo desde la normatividad convencional de las eventuales estructuras sociales, sino que existen ciertos datos socialmente indisponibles que necesariamente deben ser contemplados en el proceso de normativización del delito y que tienen su base en un concepto realista de persona. La función de restabilización de la pena requiere estar informada de un concepto de persona que no se mueve en el plano sólo sociológico, sino que hunde sus raíces en una base ontológica⁴⁶. En consecuencia, pienso que la legitimidad externa de las normas sociales no puede tenerse como una tarea ajena al dogmático, pues de lo que se trata no es de precisar los rasgos característicos de un Derecho penal de

⁴⁵ Aunque CARO JOHN, *Recensión a Derecho penal económico, Parte general*, Ara editores, Lima, 2003, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 445, considere una contradicción asumir la teoría funcional de Jakobs y no asumir fielmente su concepto de persona. Bajo este esquema de interpretación, todos lo que asumieron la teoría del injusto personal de Welzel sin aceptar fielmente sus estructuras lógico-objetivas serían incoherentes, lo cual pongo en tela de juicio. La asunción de la extraordinaria formulación de la teoría del delito de Jakobs no lleva atada como condición necesaria asumir su concepto de persona.

⁴⁶ Vid., HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona, 1992, p. 425: "la persona humana –y sólo ella– posee la estructura ontológica necesaria para que existan la norma, el Derecho y, en consecuencia, las relaciones jurídicas".

cualquier Estado o sociedad, sino de un Derecho penal de personas, es decir, de seres humanos⁴⁷.

2. El concepto de persona

Muy a diferencia de las concepciones positivistas, consideramos que el concepto de persona no depende del consenso social o de la eventual constitución de la sociedad. Como lo ha señalado HERVADA, “ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho”⁴⁸. La personalidad del ser humano se deriva del hecho de poseer una dignidad. Esta dignidad humana puede manifestarse de dos maneras distintas. Por un lado, se encuentra la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Se trata de un mínimo de dignidad por debajo del cual nadie puede caer⁴⁹. Frente a la dignidad absoluta está la dignidad relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar orientado a su realización personal en sociedad. Esta dignidad no es la misma para todos los hombres, de manera que una persona puede ir en cierto modo perdiéndola en su actuación práctica⁵⁰. En esta faceta práctica del ser humano se manifiestan los elementos de su personalidad: su individualidad y su socialidad. La individualidad de la persona implica atribuirle libertad en el sentido de poder autodeterminarse a su realización personal⁵¹. La socialidad de la persona significa, por su parte, que sus actuaciones están sujetas a una responsabilidad frente a los demás, en la medida que el marco natural de desarrollo de la persona es la sociedad. En suma, puede decirse que la persona tiene una dignidad

⁴⁷ Ya BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, 1986, p. 70 había señalado: “No es lo mismo concebir la pena en un Estado absoluto que en un Estado de Derecho”.

⁴⁸ *Introducción crítica al Derecho Natural*, Piura, 1999, p. 140.

⁴⁹ Vid., SPAEMANN, «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Lo natural y lo racional*, Madrid, 1989, p. 106.

⁵⁰ Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106: “La desigualdad en dignidad personal se basa en la diferente calidad moral de los hombres”.

⁵¹ Esta individualidad, como puede verse, es normativa, pues permite “imputarle” libertad a la persona. Por ello, resulta absolutamente injustificado afirmar que la individualidad a la que hago mención significa asumir una perspectiva parcialmente empirista o naturalista como lo señala CARO JOHN, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 446. Sólo un análisis del término muestra que individuo no quiere decir algo empírico, sino algo que no se puede dividir (in-dividuo), es decir, que constituye una unidad diferenciada precisamente de la naturaleza empírica.

absoluta que no puede negarse ni desconocerse socialmente y además una dignidad relativa que permite atribuirle sus actos como libres y responsables frente a los demás.

Para concluir estas breves consideraciones sobre el concepto de persona que asumo, creo que resulta conveniente destacar, para evitar malas interpretaciones, que este punto de partida no significa aceptar cierto empirismo o naturalismo en mi planteamiento, el cual mantiene plenamente un punto de partida normativista. Asumir un concepto empírico de persona implicaría verla como una unidad psico-física, lo cual no se ajusta, como es fácilmente constatable, a lo que he señalado hasta ahora⁵². No hay nada más opuesto a lo empírico que un planteamiento que sostiene que todo ser humano es persona con independencia de sus concretas particularidades o estado de desarrollo, o que es persona a pesar de no ser vida humana independiente o no tener una actividad psicológica completamente desarrollada. Quien equipara lo ontológico con lo empírico comete un grave error de punto de partida, pues no hay nada más normativo que lo ontológico. El ontologismo vinculado a una comprensión empiricista de las cosas no es más que un pseudoontologismo.

3. La persona como portadora de roles penalmente relevantes

Definida entonces nuestra comprensión de la persona, hay que precisar cómo este punto de partida repercute en la función de la pena. La faceta práctica de la persona quiere decir que ser persona implica poder actuar socialmente de forma libre y responsable. Esta libertad y responsabilidad no es ilimitada, sino que se ordena con base en criterios sociales. En la sociedad actual, caracterizada por los innumerables contactos sociales por lo general de carácter anónimo, estos criterios sociales son los roles. La ordenación de la faceta práctica de la persona debe necesariamente tener en consideración las competencias derivadas de los roles. La determinación de la responsabilidad penal de una persona no puede ser distinta, por lo que también dependerá de la infracción de los roles sociales jurídicamente reconocidos⁵³. En otras pala-

⁵² De otra opinión es la interpretación que hace de mi planteamiento CARO JOHN, Recensión, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 445 y ss.

⁵³ Sobre las razones por las cuales la sociedad actual estructura la organización social en roles, vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 22.

bras: el delito no es más que la infracción de un rol atribuido jurídicamente a la persona del autor.

Una cuestión central para poder dotar de contenido material a los criterios de imputación de responsabilidad penal será precisar cuáles son estos roles. Los roles que el autor puede infringir de forma penalmente relevante son de dos clases: el rol general de ciudadano y los roles especiales. El rol general de ciudadano impone el deber jurídico negativo a toda persona que alcanza el estatus de ciudadano de organizarse libremente sin lesionar a nadie, mientras que los roles especiales obligan positivamente al titular de una posición institucional a mantener una situación socialmente deseable. La realización de un delito implica negar la vinculatoriedad normativa de estos roles, es decir, que la titularidad de un rol lleve consigo un conjunto de competencias que la persona debe observar en sus relaciones sociales. La desestabilización social que produce el sentido comunicativo del delito debe restablecerse mediante un mecanismo capaz de comunicar socialmente que el delito no tiene fuerza vinculante y negar, por tanto, la comunicación dada por el delito. A este mecanismo se le llama pena.

Hay que precisar, como cuestión final, que las tesis que centran la función de la pena en la prevención, no sostienen algo falso. La pena debe ejercer realmente un efecto preventivo, pues el mantenimiento del sistema social a través del Derecho penal solamente puede hacerse en la medida que favorezca el desarrollo individual de las personas. No obstante, esta utilidad práctica del Derecho penal se ubica fundamentalmente en el plano político, es decir, en la cuestión de si debe existir o no el Derecho penal. En este sentido, la función preventiva de la pena tendrá más un sentido cognitivo que normativo. Por tanto, si se descubre que el Derecho penal carece de efecto preventivo alguno, deberá ser abandonado o sustituido por algo mejor. En consecuencia, no puede negarse que desde el punto de vista político el Derecho penal debe ejercer un efecto preventivo, pero este criterio no debe fundamentar la imputación penal. La teoría del delito debe partir del Derecho vigente como suficientemente preventivo.

4. Los límites a la función de la pena

La aceptación de un concepto de persona con una base ontológica determina, por otra parte, que la pena no pueda configurarse de cualquier modo, aunque sea muy funcional para la sociedad de la que se trate. En primer lugar, la dignidad humana absoluta, reconocida en las diversas constituciones políticas contemporáneas (en el Perú se hace en su artículo primero) y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, limita la posibilidad de asumir penas o medidas de pena que desconozcan al delincuente como persona. Hasta el villano más reprochable no pierde su dignidad humana absoluta por sus actos delictivos y, por lo tanto, no puede ser tratado por el sistema penal como un animal o cosa peligrosa. En el Derecho penal se ha desarrollado el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al delincuente no puede rebajarlo en su dignidad. Penas como las penas corporales o infamantes e incluso la pena de muerte y la cadena perpetua se han considerado como contrarias a dicha dignidad absoluta del ser humano.

Por otra parte, la dignidad relativa de la persona obliga a que la pena no pueda imponerse al delincuente desligado de los fundamentos de su actuación práctica. En este sentido, el delito no puede construirse sin la culpabilidad del autor y tampoco con cualquier forma de culpabilidad. La culpabilidad jurídico penal debe partir de la idea de un ciudadano fiel al Derecho entendido como capaz de actualizar su libertad y actuar responsablemente. Por consiguiente, no puede haber culpabilidad jurídico-penal por el carácter, ni culpabilidad por el hecho de tercero. Intentar restablecer la vigencia de la norma sin una culpabilidad individualmente entendida del autor, implicaría reconocer que se puede llamar Derecho penal a cualquier forma de permitir que una sociedad funcione. Derecho penal solamente puede haber si la comunicación de la pena se hace sobre personas libres y responsables.

IV. Conclusiones

La pena cumple la función de restablecer la vigencia de la norma. Sin embargo, el restablecimiento de la norma no puede hacerse de cualquiera forma, con la sola condición de que sea socialmente funcional. Este restablecimiento a través de la pena solamente será legítimo si es que se respecta la dignidad de la persona, lo cual implica no solamente

ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA PENA

prohibir la instrumentalización de las personas, sino también tratarlas como sujetos libres y responsables.