

I. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PENAL: DE UN ESTADO LIBERAL A UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La inclusión de la mediación en los actuales sistemas jurídicos no es una propuesta espontánea. Su sustento consiste en las adaptaciones que deben realizar las legislaciones jurídicas vigentes, con el fin de responder a necesidades y contextos históricos, sociales y políticos actuales.³

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. En esta investigación se asume el concepto jurídico, para el cual, la pena es definida como la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”.⁴

Hagamos un breve análisis de la función de la pena en los diferentes órdenes estatales.

³ Santiago Mir afirma que todo sistema jurídico penal, a lo largo de la historia, está al servicio de algún sistema político. Mir Puig, S., “Límites del normativismo en el derecho penal”, en Mir Puig, S. (coord.), *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2008, p. 58.

⁴ Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima-Perú, Santa Rosa, 2000, p. 70; Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, San Marcos, Lima-Perú, 1998, p. 101.

1. *Teorías absolutas de la pena*

En el Estado absolutista, la pena tenía funciones retributivas a las que refieren Kant⁵ y Hegel.⁶ La pena encuentra su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. El sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. Resulta ilustrativo el “ejemplo de la isla” de Kant, en la que sus habitantes, antes de abandonarla, deberían ejecutar al último asesino que hubiera en la cárcel para que todo el mundo supiera el valor que merece este hecho.

Se les llama absolutas porque conforme a sus postulados, el sentido de la pena es independiente a su efecto social. En los territorios que desarrollan estas teorías, existe una identificación entre Estado y soberano, moral y derecho, Estado y religión, de donde derivan afirmaciones como “el poder del soberano ha sido otorgado por Dios”.⁷ Su antecedente es la Ley del Talión. Considera la pena como equivalencia al daño causado por el delito, *punitur quia peccatum est*.⁸

Kant menciona que la pena cumple su función retributiva respecto al delincuente y no de la sociedad. No tiene un fin preventivo. La pena para Kant es “el deber ser”, defiende el sentido ético o moral, en contraposición a Hegel. La ley en Kant, se entiende como un imperativo categórico, mandato que representa una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin y objetivamente necesaria. El reo debe ser castigado porque ha violentado la

⁵ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1978.

⁶ Hegel, Friedrich, *Principios de filosofía del derecho*, trad. de G. Bates, México, FCE, 1975.

⁷ Neville Figgis, J., *El derecho divino de los reyes*, trad. de Edmundo O’Gorman, México, FCE, 1970, p. 16.

⁸ Con esta expresión latina, los medievales justificaban la imposición de una pena por haber cometido un delito; estos juristas entendían la pena como un mal absolutamente necesario para la expiación del pecado.

ley, no tiene importancia si existe utilidad de su castigo para la sociedad o para él, por lo que no tiene cabida la función preventiva de la pena.

Para Hegel, la pena es derecho del delincuente y debe imponerse de manera racional. El delito es la negación de la ley (tesis), la pena la negación de la negación (antítesis), por tanto la anulación del delito y restablecimiento del derecho, y superación del delito, es la imposición del castigo (síntesis). Como se observa, Hegel y Kant no hacen referencia a un sentido útil de la pena. En estas teorías es criticable que se deja al *ius puniendi* del Estado, sin límite. Se explica el porqué de la pena, mas no el para qué, hasta cuándo y cómo.

En este contexto surgen los escritos liberales de Cesare Beccaria, con especial referencia a su obra *De los delitos y las penas*, en la que realiza fuertes críticas a las instituciones represivas, especialmente a la prisión.

Al surgir el mercantilismo, vienen con él la aparición de la clase burguesa y un Estado bajo la teoría del contrato social donde aquél era una expresión soberana del pueblo. Con la Revolución francesa se inicia el modelo del Estado liberal. Son preocupaciones de la sociedad el respeto a la libertad y a las garantías, exigiendo la mínima intervención estatal, que debía dirigirse a vigilar el cumplimiento de las reglas sociales. La base ideológica fue la división de poderes (aunque no se puede hablar de un verdadero poder judicial)⁹ y el principio de legalidad.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 refería expresamente a la utilización de la pena en los siguientes términos: “La ley no debe establecer más penas que las

⁹ Montero, Aroca, J. y Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 18a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 29 y 30. “Dividir los poderes no supuso equiparar el judicial a otro. El judicial quedo en buena medida hipovalorado. Ello es así porque la aspiración fundamental del Barón de la Bréde era garantizar la libertad de los ciudadanos frente a la monarquía absoluta, y para ello pretendía que para el ejercicio de soberanía concurren las diversas fuerzas sociales por medio de órganos específicos”.

estrictamente necesarias”. En la concepción de un Estado liberal, la pena tiene función utilitarista,¹⁰ protectora de la sociedad ante la existencia de hechos delictivos, evidentemente influenciada por la teoría del contrato social de Rousseau. Ya no se identifica a Dios con el soberano,¹¹ ni a la moral con el Estado. La pena tiene ahora un valor retributivo, es la necesidad de restaurar el orden jurídico transgredido. Se da el paso de la ley divina a la ley humana. Con la pena se hace justicia en la dinámica del contrato social, quien actuaba en contrario violentaba el consenso social. El fundamento de la consecuencia jurídica estatal se encuentra en la libertad y capacidad de elección del hombre quien decide entre lo justo y lo injusto.

En el siglo XX al surgir el Estado social, intervencionista por naturaleza, la pena se convierte en una de sus funciones que justifican su existencia.¹² Se trata de una reacción política a la concepción burguesa del Estado liberal. Sin embargo, en muchos es-

¹⁰ El utilitarismo debe su nombre a que excluye las penas inútiles no justificándolas con supuestas razones morales. Constituye el presupuesto de toda doctrina racional de justificación de la pena y también de los límites de la potestad punitiva del Estado. Es un elemento constante de la tradición penalista laica y liberal que se ha desarrollado por obra del pensamiento dominante en los siglos XVII y XVIII, base del Estado de derecho y del derecho penal moderno. Desde Grozio, Hobbes, Locke, Puffendorf y Thomasius hasta Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Filangieri, Bentham y Pagano, todo el pensamiento penal reformador está de acuerdo en considerar que las aflicciones penales son precios necesarios para impedir daños mayores a los ciudadanos, y no constituyen homenajes gratuitos a la ética o a la religión o al sentimiento de venganza.

¹¹ Bakunin, Mijail, *Dios y el Estado*, Argentina, Terramar, 2004, pp. 14 y ss.

¹² Hay cercanía en las teorías del delito y la pena, en tanto que el fin de la pena es restablecer el orden quebrantado por la comisión del delito. El delito es la condición previa para la imposición de la pena y exige la realización de una conducta que trasgrede la norma, amén de la culpabilidad de su autor. La pena es proporcional a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad del autor. Surge la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena.

pacios geográficos, el modelo intervencionista, derivó en modelos totalitarios donde la pena era utilizada para asegurar la permanencia del propio Estado.

2. *Teorías relativas*

La falta de la utilidad social de las teorías retributivas provoca el surgimiento de nuevas teorías cuyos postulados afirman que la pena no se justifica como una respuesta retributiva al mal cometido sino como una modalidad de prevenir delitos futuros. La retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro, estas teorías relativas tiene dos corrientes.

A. *De la prevención*

Consideran la pena como medio de prevenir los delitos para la sociedad. Estas doctrinas tienen el mérito de disociar los medios penales, concebidos como males, de los fines extrapenales idóneos para justificarles. Esta disociación resulta ser una condición necesaria para: *a)* consentir un equilibrio entre los costos representados por las penas y los daños que éstas tienen el fin de prevenir; *b)* impedir la autojustificación de los medios penales como consecuencia de la confusión entre derecho y moral, y *c)* hacer posible la justificación de las prohibiciones penales antes que de las penas, sobre la base de finalidades externas a la pena y al derecho penal. Existen dos subteorías:

- 1) La prevención intimidatoria: para la cual la sociedad es un cúmulo de delinquentes y la pena es una amenaza para los ciudadanos. Ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios del siglo XIX, Feuerbach, que consideraba la pena como una “coacción psicológica” que se ejercía

en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. Asumiendo la suerte de una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente. “La pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal”, cuanto más grave sea el mal amenazado, más grave será el efecto intimidante.

La prevención general no significa sólo intimidación positiva del derecho penal, “el respeto por la ley”. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

- 2) La prevención integradora o prevención general positiva: el aspecto de confirmación del derecho penal se denomina “prevención general positiva” o “integradora”. La pena tiene un fin de conservación del orden, conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad. La prevención general positiva o de efecto integrador debe ser entendido como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio de la prevención general.

Las críticas más fuertes a la teoría de la prevención consisten en 1) cuestionar que no existe evidencia sobre la disminución del delito a causa del temor que puede infundir la pena y 2) su incompatibilidad con la dignidad de la persona. No es ético castigar a una persona por lo que puedan hacer los demás, en su búsqueda de dar el ejemplo. La persona no es un medio para lograr un fin, la persona es un fin en sí misma.

B. De la prevención especial

Tiende a prevenir los delitos de una persona determinada y no de la colectividad. El fin de la pena en apartar al que ya ha de-

linquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante es Franz Von Liszt, quien consideró al delincuente como el objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. Según este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro.¹³

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, encuentra la justificación de la pena en la prevención de nuevos delitos por parte de un mismo autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. Las principales tendencias en la prevención especial han sido:

- La Escuela positiva en Italia.
- La Escuela de von Liszt en Alemania.

En Italia, la Escuela positiva ha cambiado la imagen promovida en el sistema de derecho penal y la criminología, porque ha puesto en el centro de atención al delincuente. Sus principales representantes son Lombroso, Ferri y Garofalo quienes han centrado parte de sus estudios, sobre el delito, como un acto natural y social y han concluido que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene *libero arbitrio*.

¹³ Tiene semejanza con una interesante reflexión que dice: “Nadie que sea prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”. “Apología”, en Platón, *Diálogos*, 22a ed., México, Porrúa, 2008.

Todo en lo que el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, razón para que ella deba ser intercambiada por medidas de seguridad. En Alemania la Escuela sociológica de Franz von Liszt ha establecido que la finalidad de la pena debe determinarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor.

Von Liszt en su “Programa de Marburgo” ha realizado un programa político-criminal:

- Para el delincuente de ocasión la pena constituye un “recordatorio” que le inhiba ulteriores delitos.
- Frente al delincuente no ocasional pero corregible debe perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena.
- Para el delincuente habitual incorregible la pena puede ser perpetua.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, o intimidar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- 1) Corrigiendo al corregible (resocialización).
- 2) Intimidando al intimidable.
- 3) Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

No obstante, las teorías de prevención especial no explican el fundamento de la pena. La prevención especial no puede justificarse por sí sola el recurso a la pena:

- 1) En algunas situaciones la pena no sería necesaria para la prevención especial porque los delincuentes primarios y

ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir —por ejemplo, los delitos cometidos con culpa—.

- 2) Hay casos en los que no se puede resocializar usando la pena porque el delincuente habitual en ocasiones no puede ser resocializado.
- 3) En otros casos la resocialización puede no resultar lícita, por ejemplo, los delincuentes por convicción políticos, terroristas, con quien no se debe intentar persuasión por la fuerza de un tratamiento porque en un Estado democrático la resocialización no debe ser obtenida contra la voluntad del delincuente.

3. *Teorías mixtas (de la unión)*

Combinan los principios de las teorías absolutas con los principios de las teorías relativas. Para las teorías de la unión la pena debe cumplir en el mismo tiempo las exigencias de la retribución y prevención. Ella debe ser justa y útil. Lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos.

Para Claus Roxin, la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el derecho.¹⁴

¹⁴ Yupanqui Tello, Marlene y Huayllani Vargas, Huber, “La intervención jurídica en la aplicación de las teorías de la pena”, *Revista electrónica Derecho y Cambio Social*, en <http://www.derechocambiosocial.com/revista007/la%20pena.htm> (consultada en mayo de 2012).

No se puede hablar, por tanto, de una función única, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. Durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese momento debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente, asegurando que no se atente contra su dignidad como persona, como por ejemplo los trabajos forzados o la esterilización o castración, o que pretenden más su “inocuidación”, es decir, su eliminación o exterminio (pena de muerte), o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como permisos de salida, libertad condicional, etcétera, con criterios muy especiales, más propios de la “subcultura penitenciaria” que de una auténtica resocialización (prevención especial negativa). Sólo la integración armónica, progresiva y racional de las distintas fases del fenómeno penal puede eliminar estos peligros.