

Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo

por Marcelo A. Sancinetti*

I. Introducción

En un diálogo de Platón, el *Protágoras*, que los expertos discuten si es de su época de juventud o de madurez, y cuyo tema central es “la virtud”, pero que también contiene ideas capitales sobre Teoría del Estado y otras cuestiones de Filosofía moral, se leen pensamientos que más tarde serían motor de la discusión de siglos sobre *la esencia y fines* de la pena, una discusión que perdura hasta hoy.

En boca de *Protágoras*, que dialoga con *Sócrates*, se dice:

“Y si quieres reflexionar, Sócrates, sobre *el valor que tiene castigar a los injustos*, eso mismo te hará ver que los hombres consideran que *la virtud puede ser adquirida*. En efecto, nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que *cometieron injusticias*, a menos que *se vengue irracionalmente* como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, *no por la injusticia pasada*, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino *pensando en el futuro*, para que *ni él ni quien ve su castigo* vuelvan a cometer injusticias. Y si lo hace con esta intención, es porque piensa *que la virtud es enseñable*, pues castiga *en prevención*.”¹

Esta contraposición hace pensar que está *implícito* que la primera intuición del hombre sobre *el por qué* de la pena estaría, en efecto, en cambio, en lo contrario, es decir: justamente en *retribuir el mal del pasado*, con otro mal, como si esto fuera *justo en sí mismo*. Platón (o Protágoras) está defendiendo aquí *la otra* posición, aparentemente más refinada y elaborada: se perseguiría el fin de enseñar la virtud, tanto al autor del hecho malo (lo que hoy llamaríamos prevención especial), como a todos los demás (prevención general).

La prevención especial reaparece en el *Protágoras* un poco después, en el sentido de “*corrección*”, con estas palabras:

“Si alguien se aparta de ellas [las leyes ideadas por los buenos legisladores antiguos], [se] le castiga y el nombre de este castigo, tanto entre vosotros como en otras partes, es el de «correctivo», como si *la justicia fuese correctora*.”²

En el siglo I de nuestra era, Séneca haría inmortal estos pasajes, también para los penalistas no instruidos en filosofía, pues una famosa frase de su estudio *De la ira*, acuñó una contraposición que hoy es enseñada a

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Conferencia dictada el 7/10/2015, en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción / Gran Hotel del Paraguay, 7/10/2015.

¹ Platón, *Protágoras*, 324 a (las bastardillas no son del original). Utilizo la versión bilingüe (griego/español), que se halla en <http://www.filosofia.org/cla/pla/protbil.htm>.

² Platón, *Protágoras*, 326 a (*ídem*).

los estudiantes que cursan Derecho Penal como uno de los pensamientos básicos y solemnes, aunque uno no tome partido ni por una alternativa ni por la otra, de esta contraposición.

En efecto, poco después de relacionar el estado de ira con pasiones turbulentas –entre ellas el ánimo de venganza, que “no conviene al varón bueno”, dice Séneca, “como tampoco la ira, porque la venganza conviene con ella”–, se lee:

“Porque, como dice Platón, ninguna persona razonable pena por el hecho de que se haya delinquido, sino para que no se delinca [esta es la frase que se suele enseñar a los estudiantes en latín, ‘*nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*’]; el pasado es irrevocable, el porvenir se previene; a aquellos que quiera presentar como ejemplos de maldad que alcanza desastroso fin, les hará morir públicamente, no tanto para que perezcan, como para impedir que perezcan otros.”³

Podrá sorprender que, en una posición firmemente preventivista, se conciba igualmente la posibilidad de una pena de muerte. Pero en Séneca esto se explica muy pormenorizadamente. Es que así como Franz von Liszt, muchos siglos después, en pleno auge de su visión de la prevención especial, distinguiendo entre el delincuente ocasional, el corregible y el incorregible, decía que para éste sólo cabría *la custodia de seguridad*, así mismo Séneca abrigaba palabras muy duras para el incorregible, aunque, claro, como *ne peccetur*:

“Tu alma es incurable y tu vida un tejido de crímenes; tú no necesitas ya que te solicite la ocasión, que nunca falta a los malvados, sino que para hacer el mal no necesitas otra ocasión que el mal. Tú has agotado la iniquidad, y de tal manera ha penetrado en tus entrañas, que solamente puede desaparecer con ellas. Desgraciado, hace mucho tiempo que buscas la muerte: vamos a merecer tu agradecimiento; te arrancaremos al vértigo que te domina y después de una vida desastrosa para el bien ajeno y para el tuyo, te mostraremos el único bien que te queda, la muerte. (...) En algunos casos, la mayor prueba de compasión es matar.”⁴

Recuerdo estas palabras no porque me parezcan pensamientos bellos o inspiradores, sino tan sólo para mostrar que el punto de vista preventivista, no tiene ninguna capacidad para producir una situación *humanitaria*, que

³ Séneca, Lucio A., *De ira*, Libro I, sobre el final del cap. XVI (tomo la versión hallable en: www.presenciacristiana.net/libros/pdf/ira). En latín en: https://la.wikisource.org/wiki/De_Ira#XVI.

⁴ Séneca, *De ira* (al comienzo de I, XVI, cit.)

anide *en sí mismo*, es decir, por el mero hecho de ser un punto de vista *preventivo*.

II. La teoría absoluta de la pena

En todas las culturas se refleja la discusión entre *quia peccatum est* versus *ne peccetur*. Y si bien es habitual que los penalistas de América Latina, al delinear las posturas básicas, nos refiramos a autores alemanes, en cualquier ámbito geográfico es ineludible en este punto mencionar a Kant.

Sus frases más pertinentes son ampliamente conocidas. Según Kant, la pena debe seguir al delito como un imperativo categórico, en aras de la justicia, para que todo el mundo experimente lo que sus hechos valen. Esta visión retributiva de la pena, como teoría absoluta, es decir, *quia peccatum est*, desligada entonces de todo fin, no es tan simple de presentar. Pero al menos parece una constatación segura que, en Kant, prevalece *la justicia*, pues no puede haber ni una pena aconsejada por la prudencia “preventiva”, si no lo permiten las razones de justicia, así como también puede haber una pena impuesta necesariamente sólo por razones *de justicia*, aunque *no sea razonable* desde puntos de vista prudenciales.

Según Kant, sería ilegítimo perseguir con la pena determinados fines, si el sujeto a penar no ha sido hallado “... *digno de castigo*, antes de que se piense en sacar algún provecho para él mismo o para con sus conciudadanos”⁵; (...) “en toda pena, como tal, tiene que estar presente ante todo la justicia, siendo ésta la que integra la esencia del concepto”⁶. Pero si el sujeto es hallado realmente digno de castigo, debe ser castigado sin consideración a razones de prudencia, pues, en principio, la ley penal es un imperativo categórico. E incluso en el caso de que el sujeto sufra una pérdida de personalidad civil, su personalidad innata permanece incólume; esa es la razón por la cual él no puede “ser manipulado como medio para las intenciones de otro y ser confundido entre los objetos del Derecho de

⁵ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 2.^a ed., 1798; cito según la versión esp. de A. Cortina Orts y J. Cornill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, Altaya, Barcelona, 1997, n.º m. 331, p. 166 (invierto ligeramente el orden de la frase de esa traducción).

⁶ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788 (tomo la versión a partir de Jakobs, *Staatliche Strafe*, nota 38 y el texto al que ella corresponde –sobre esta obra, cf. referencias en *infra*, nota 24–). Hay versión española de *Crítica de la razón práctica*, de E. Miñana y Villasagra y M. García Morente, Porrúa, México, 1983, a partir de la p. 70 ss. (puesto que está editado conjuntamente con *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y *La paz perpetua*).

cosas”⁷. Es decir que, expresado en términos modernos, aquí hay una invocación a la “dignidad del hombre”, para rechazar toda visión prudencial, utilitaria o preventiva de la pena.

Para dramatizar más aún, recordaré el pasaje, muy conocido y criticado, del ejemplo de la isla, es decir, de una sociedad que decide disolverse, pero que aún así debería cumplir antes con todos sus deberes.

Kant lo expresa así:

“Aun cuando *se disolviera la sociedad civil* con el consentimiento de todos sus miembros (por ej., decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), *antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino* que se encuentre en la cárcel, para que *cada cual reciba lo que merecen sus actos* y el homicidio no recaiga sobre el pueblo, que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.”⁸

Hay también otras consideraciones algo contrapuestas, de Kant, que lo muestran proclive a aceptar decisiones prudenciales, como, por ej., si una gran proporción de la sociedad, digamos, la mitad de la sociedad, participara en una conspiración de alta traición, ya decaería el imperativo categórico; no podría ejecutarse a la mitad de la sociedad; entonces, el valor de la permanencia del pueblo o del Estado pasa a ser más alto que el imperativo categórico de la pena, con lo cual no es tan categórico.

Esto lo muestra del mejor modo su solución contraria al sistema que acabo de presentar, para el caso del estado necesidad exculpante, conocido también como el caso de la *tabla unius capax* (o la tabla de Carnéades, en homenaje al filósofo que diseñó el caso); es decir, dos naufragos necesitan de una tabla de madera para salvarse, pero la tabla sólo resistiría el peso de uno de ellos, no ya de dos.

Kant dice al respecto (algo sorpresivamente, por lo dicho hasta aquí):

“No puede haber, en efecto, ninguna ley penal que imponga la muerte a quien en un naufragio, corriendo con otro el mismo riesgo de muerte, le arroje de la tabla en la que se ha puesto a salvo, para salvarse a sí mismo. Porque la pena con que la ley amenazara no podría ser ciertamente mayor que perder su vida. En tal caso, semejante ley penal no puede tener el efecto pretendido; porque la amenaza de un mal, que es todavía incierto (el de la muerte por sen-

⁷ Como en nota 5 (pero aquí me valgo más de la versión española de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez del trabajo de Jakobs cit. *infra*, nota 24, que de la de Cortina Orts y Cornill Sancho).

⁸ Kant (según las referencias de nota 5), n.º m. 334, p. 170 de la trad. allí cit. (bastardillas interpoladas).

tencia judicial), no puede superar al miedo ante un mal cierto (es decir morir ahogado).”⁹

Está a la vista que esa es una argumentación de “prevención general”; el hombre representado como haciendo cálculos económicos. Si Kant partiera verdaderamente de una postura absoluta pura, ¿qué podría interesar la ponderación sobre la eficiencia de la conminación penal? Pero a la vez uno puede entender así por qué razón un autor como Feuerbach, se decía a sí mismo *kantiano*, y, sin embargo, sobre la base de la visión del hombre como “haciendo ponderaciones” sobre la conveniencia o no de su acción, Feuerbach introducía la idea de la prevención general. Al menos en este caso hay un punto de contacto con Kant.

Naturalmente, con esto no pretendo mostrarme como “experto en Kant”, sino tan sólo señalar que comprender a Kant no es tan sencillo como puede parecer a primera vista. En todo caso, la defensa del principio *del talión*, que también se lee en Kant¹⁰, no está vigente, y la teoría retributiva, con el alcance que la presenta Kant, no es defendida en la actualidad. Incluso Wolfgang Frisch¹¹ se ha referido recientemente a esta visión de la teoría retributiva como una “teoría muerta”, aunque una anatematización tan drástica podría ponerse en duda, pues reaparecen actualmente ideas retributivas “funcionales”, es decir, dentro de las llamadas “teorías expresivas”, las que ven en el ejercicio de la retribución el cumplimiento de un fin social, tal como podría ser clasificada, en mi opinión –aunque esto está discutido–, la teoría de Michael Pawlik¹².

Como se sabe, también Hegel es un representante conspicuo del principio *de retribución*, pero, en sus detalles, su posición es sumamente compleja como para que sea explicada sucintamente, ya en razón de que –según explica Jakobs– Hegel reformuló repetidamente sus tomas de posición, introduciendo matices.

En todo caso es importante destacar un principio que, en lo esencial, continúa hasta hoy como prevalente. En Hegel está claro que lo que está en

⁹ Kant (según las referencias de nota 5), n.º m. 235, bajo el título: “El derecho de necesidad (*Ius necessitatis*)”, p. 45 de la trad. cit.

¹⁰ Kant (según las referencias de nota 5), n.º m. 332, p. 167 de la trad. allí cit.

¹¹ Frisch, *Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*, en GA, 2015, cit. según la versión española, publicada previamente, de Ivó Coca Vila: *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, InDret, 7/2014; www.indret.com.

¹² Pawlik, *La pena retributiva y el concepto de delito*, en *idem*, *La libertad institucionalizada – Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 75 ss.

juego en el delito *no es un ataque al particular*, “a otro en el pueblo”, o, como se diría hoy, “a la víctima”, sino *un ataque a la estructura social*, al Derecho mismo, al principio de juridicidad, al Derecho en cuanto Derecho.

Su pasaje más conocido puede parecer difuso a primera vista, pero su sentido es claro, si se lo reflexiona bien:

“La anulación del delito es la retribución del mismo valor, en la medida en que, según el concepto, es la lesión de la lesión, y según la existencia, el delito tiene una determinada extensión cualitativa y cuantitativa, con lo cual también su negación, como existencia, tiene una existencia tal.”¹³

Aquí se anida la parte más subsistente de la teoría de Hegel, y, con esto, del principio retributivo. El delito representa una negación del Derecho; la pena, como respuesta, una negación de la negación, y, por tanto, una reafirmación del Derecho.

Surge a la vista un punto de contacto entre esta formulación y la moderna teoría de *la prevención general positiva*. Pero lo que esto sigue teniendo de “principio retributivo” es el hecho de que la “retribución de un valor equivalente” se hace no para *la felicidad de los demás*, para la obtención de cualquier fin de apartamiento de otros de la idea de delinquir, ni para el mejoramiento del culpable. Pues, dicho en términos de Hegel, esto sería tratar al hombre no según su honor y libertad, no según su dignidad de ser humano, sino como “a un perro, al que uno amenaza levantándole un palo”.¹⁴

III. La teoría de la prevención general

En su forma originaria, la teoría preventivo-general ve el sentido de la pena en intimidar a autores potenciales para que no cometan un delito; es decir, es “general”, en el sentido de que se pretende influir en la *abstención de cometer delitos* sobre la comunidad *en su conjunto*. Como se vio, esta era una idea conocida desde la Antigüedad, una variante posible del *ne peccetur*: el ejemplo que tomarán los demás, tanto a partir de la conminación penal como de la ejecución de cada pena.

En Alemania fue formulado en forma sistemática, a principios del siglo XIX, por el significativo penalista Paul Johann Anselm von Feuer-

¹³ Hegel, *Werke*, t. 7: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 8.ª ed., 2004, § 101.

¹⁴ Hegel, *Werke*, t. 7: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 8.ª ed., 2004, § 99.

bach (1755-1833). Según su *teoría de la coacción psicológica*¹⁵, el Derecho penal tiene la misión de inhibir motivos egoístas dirigidos a la comisión de delitos, provocando motivos egoístas contrapuestos y, de esa forma, dificultarles a los ciudadanos, psicológicamente, cometer un delito. Cumpliría esa misión, dándole al ciudadano, mediante la conminación penal, la certeza de que a todo delito le seguirá un mal, “*que será mayor que el disgusto que proviene de no satisfacer el impulso de cometer el hecho*”. La imposición de la pena sería necesaria solamente para conservar la credibilidad de la conminación penal de la ley, anterior al hecho.

Aunque Feuerbach se presenta a sí mismo como *kantiano*, esa imagen del hombre económico, que hace cálculos antes de cometer el hecho, tiene distintas debilidades. La primera de ellas es que el hombre sigue siendo tratado como un perro, al que se le levanta un palo. Dicho de otro modo, también un perro “hace cálculos”, por la retención de sus recuerdos, y evita el palo (en esto, posiblemente, lo aventaje al hombre). Pero esta objeción no es la única decisiva. Lo determinante es que, con la imagen del cálculo de que cometer el delito le sea al autor directamente desventajoso, se producen consecuencias contra-intuitivas evidentes. Así, un homicidio para robar 100 dólares, podría ser conminado con una pena de 200 dólares, para que, si existiera seguridad de la aplicación de la pena, al autor del hecho inclinado a cometerlo ya no le rindiera la ejecución del homicidio. Al contrario, para un hurto de 1.000 dólares haría falta una conminación penal mayor que en el caso anterior. Esto habla de un desajuste en la base de la teoría.

En cambio, no es un argumento sólido contra la teoría de la coacción psicológica el hecho de que *no todo delito sea la consecuencia de una actitud reflexiva*, que pondera costos y beneficios. Pues aun cuando sea cierto que los hechos cometidos por ira o turbación emocional difícilmente podrían ser amedrentados por conminaciones penales, en todo caso se podría pensar que la teoría de la coacción psicológica sí lograra la abstención de delitos que sí son producto de la reflexión y premeditación. Aun así, todo delito es la demostración de que la teoría de la coacción psicológica *ha fallado en su intento de prevenir*, una objeción que no puede hacerse a la teoría retributiva, porque ésta se realiza siempre en sí misma con éxito: siempre *retribuye según la medida de lo que es justo*.

IV. La teoría de la prevención especial

¹⁵ Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts* (1801), §§ 8/20.

Aquella idea esbozada en el Protágoras y en Séneca, en el sentido de que “la virtud se enseña”, y que el castigo perseguiría no mirar el pasado, que no puede modificarse, sino corregir al autor, se ve plasmada en el Derecho Penal posterior a la Ilustración, en el *Programa de Marburgo* de Franz von Liszt (1882-83)¹⁶, conocido también como *La idea del fin en el Derecho Penal*. Formulado sintéticamente, la pena tiene la misión de hacer que *especialmente el autor* ya hallado culpable se abstenga de cometer *ulteriores delitos*. Según su *Programa*, von Liszt distingue tres diferentes métodos de hacer abstener al autor, de cometer ulteriores delitos: mediante “inculcación de motivos altruistas, sociales”, podría ser corregido (prevención especial positiva); mediante “inculcación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero que coincidieran en sus efectos con los altruistas”, podría ser intimidado (prevención especial parcialmente negativa); y mediante el encierro pasajero o incluso permanente podría ser “hecho inocuo” (esto es el origen del encierro de seguridad, es decir, de la reclusión por tiempo indeterminado, pero entendida como medida de seguridad, es decir, en tanto subsista el peligro que el sujeto representa).¹⁷

Ya resulta extraño que la naturaleza de la reacción punitiva dependa de las condiciones del autor, y no de las características del hecho cometido. El hecho punible, en sí, es sólo un presupuesto para que opere un Derecho penal de autor. Además, como *fundamentación* de la pena, la teoría de la prevención especial es fácil de refutar, ya en razón de que los autores de delitos cometidos por circunstancias extraordinarias e irrepetibles, que de ninguna manera o muy difícilmente podrían volver a cometer un hecho de esa índole no tendrían por qué ser penados, lo cual sería insostenible tanto desde el punto de vista de la prevención general, como del principio retributivo.

Pero el hecho de que la teoría de la prevención especial fracase en la fundamentación de la pena, no impide que su visión de las cosas tenga sentido desde el punto de vista del Derecho *de ejecución penal*. Desde este

¹⁶ von Liszt, ZStW, t. 3 (1883), pp. 1, 34. Sigo la versión española de Enrique Aimone Gibson, *La idea de fin en el Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.

¹⁷ De todos modos, si bien en von Liszt prevalece la teoría de la prevención especial, se dejan ver “esbozos retributivos”, así como también resonancias de lo que hoy se denominaría “prevención general *positiva*”. Véase, a modo de ejemplo: “Al delincuente debe retribuírsele según su valor para el ordenamiento jurídico; su valor jurídico reside en la desviación del equilibrio de las fuerzas que determinan la vida estatal, en la conmoción del ordenamiento jurídico; conforme a ello, la retribución consiste en la reconstitución del equilibrio, en el aseguramiento del orden jurídico (...) La pena es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención” (trad. cit. en nota 16, pp. 128-130).

punto de vista, cobra pleno sentido el art. 65, inc. 1.º, del Código Penal del Paraguay, en tanto si bien, primeramente, se sienta una regla de medición de la pena en función de la reprochabilidad del autor (retribución o prevención general), inmediatamente se dice que (la medición de la pena) “considerará los efectos de la pena en su vida futura en sociedad”.

La idea de conformar la sanción penal de tal modo que tenga efectos contrarios a la comisión de ulteriores delitos por parte del autor se ha revelado extremadamente rica en sus efectos, también en el plano internacional. Al respecto, hay una amplia presentación de la cuestión en el manual de Roxin¹⁸. En Alemania ha contribuido de modo determinante para configurar un Derecho penal de menores orientado por la idea de educación. Pero del mismo modo produjo que, durante el nacional-socialismo, se castigara a los “delincuentes habituales peligrosos” *por encima de la medida de la pena merecida*. Ya eso mismo asusta, pero también hay que decir que la idea ya estaba en ciernes durante la República de Weimar, además, si se ve en esa reacción no tanto una pena como una *medida de seguridad*, indicada como prudente acaso por la reiteración de hechos graves, entonces entramos en el ámbito de la justificación de las medidas de seguridad, y ya no estamos en el de la pena. La medida de seguridad mira *al futuro*, y está limitada por el principio *de proporcionalidad*, condicionada, pues, a la *subsistencia de una situación de peligro* racionalmente fundamentable. Pero si uno se mantiene en la prevención especial, como fundamento de la pena en sí, la idea se torna problemática.

Hay que recalcar que la aplicación de reacciones punitivas a “delincuentes habituales y peligrosos” durante el nacional-socialismo muestra hasta dónde puede conducir que, al aplicarse una sanción penal, sólo se plantee la pregunta de *cuál es la pena necesaria para evitar ulteriores delitos del autor individual*. Como recuerda Helmut Frister, “para ‘hacer inocuos’ a autores de delitos (von Liszt), los nacional-socialistas ejecutaron gran cantidad de seres humanos denominados por ellos ‘parásitos del pueblo’ o los internaron en campos de concentración en los que igualmente fueron muertos en forma miserable”¹⁹. Aun cuando excesos de esa índole se hallen muy lejos de los valores que inspiraron al propio von

¹⁸ Al respecto, cf. la exposición de Roxin, *Strafrecht, Allg. Teil, t. I*, 4.ª, ed. alemana, Beck, München, 2006, 3/12, con otras referencias.

¹⁹ Al respecto, cf. Frister, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4.ª, ed. Alemana de M. Sancinetti / María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 2/17, con cita de Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich* (1989), pp. 86 ss. y 315 ss.

Liszt, son *una consecuencia posible de su idea de castigar al autor para evitar futuros delitos*, aun más allá de la medida del ilícito cometido. En suma, con esto volvemos al punto de partida, porque ya vimos que el mismo Séneca llegaba a justificar la pena de muerte por vía del *ne peccetur* (= te damos el único bien que te queda: la muerte).

Pero si bien es cierto que la idea de prevención especial no contiene de por sí un límite derivado de sí misma para la reacción penal, así también hay que destacar que la prevención especial, por otro lado, incidió de *modo fructífero en la humanización del Derecho penal*, y en la idea de la resocialización como meta al menos *ideal* de la pena, aun cuando, como todos los ideales, sea difícil de alcanzar. La configuración de una pena, que, en su ejecución, *tienda todo lo posible hacia la resocialización*, también es un mandato de la Humanidad, frente a los hombres que crecen en general con malas perspectivas de vida y que derivan hacia lo delictivo.

V. Las llamadas “teorías de la unión”

El hecho de que la teoría *absoluta* de la pena cayese en descrédito en el Derecho penal moderno, al menos para un amplio sector de la doctrina, y, por otro lado, las debilidades que ponía de manifiesto la teoría de la prevención general, la cual, llevada al extremo, tiene una tendencia a la *agravación ilimitada* de las penas y puede ser vista como totalitaria en diversos sentidos, estando a la vista, a su vez, la propia debilidad de la prevención especial en lo atinente a la *fundamentación* de la conminación penal, llevaron a un amplio sector de la doctrina alemana a defender una así llamada y auto-concebida “teoría de la unión”.

En algunos manuales de Derecho Penal alemán, esta teoría es presentada, incluso, como la dominante²⁰.

Claus Roxin es quizá el más conocido representante de esta posición. En su *Manual* se lee:

“La pena sirve a los fines de *la prevención especial y general*. Está limitada, en su magnitud, por *la medida de la culpabilidad*, pero puede quedar por debajo de esta medida, en tanto lo hagan *necesario exigencias preventivo-especiales* y *no se le contrapongan a ello requisitos mínimos de prevención general*.”²¹

²⁰ Así, por ej., en el *Lehrbuch* de Hilgendorf / Valerius, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., 2015, 1/23.

²¹ Roxin (según referencias de nota 18), 3/59 (bastardillas interpoladas).

Es evidente que esto es una “mezcolanza”, y no una *unión*. Todo esto a la vez no se puede decir, como lo demuestra ya el problema de *las antinomias de los fines de la pena*. ¿Qué sucede si la prevención especial reclama una pena superior a la de la medida de la culpabilidad? Entonces hay que aplicar una pena limitada por la medida de la culpabilidad. Pero si esto es así, en este caso desaparece la posibilidad de darle cualquier cabida a la prevención especial, ya por el hecho de que ésta queda frustrada por el principio de culpabilidad. Pero la prevención especial, que a primera vista ocupa un lugar central, también retrocede si ésta se expide en favor de una pena leve, y, a su vez, eso es imposible por razones de prevención general; entonces, “pierde de nuevo la prevención especial”. Pero, así, ¿cuándo se puede aplicar la pena que reclama la prevención especial? ¡Sólo cuando ésta coincide con la pena retributiva y con las necesidades de prevención general! Entonces, esta teoría “no une nada”, sino que es una solución compromisoria de retazos de teorías incompatibles entre sí. Esto se agrava por el hecho de que Roxin aclare que el tratamiento de socialización no puede ser forzoso, y que cuando el condenado se rehúsa a él, primero hay que tratar de persuadirlo, pero si esto no funciona, y, entonces, fracasa la resocialización, aun así debe ser penado.

Dicho en palabras de Roxin:

“... una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor solo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una socialización forzosa ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG, por lo tanto si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. *Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena*; para su justificación es suficiente, sin embargo la necesidad de prevención general.”²² [Pero... ¿por qué no se podría decir: “la necesidad de retribución”?].”

El “programa” de *la teoría de la unión* se asemeja a una máxima de “padres responsables” que dijera aproximadamente lo siguiente: “Ud. debe tener *todos los hijos que pueda, y educarlos en la hermandad, pero no debe tener más hijos que aquellos que pueda mantener en forma razonable, dándoles una correcta instrucción, alimentación y vestuario*”. Ahora bien, si dos padres sólo pueden darle correcta instrucción, alimentación y vestuario *a un solo* hijo, ¿cómo harían para cumplir la máxima de tener

²² Roxin (como en nota 18), 3/39 (bastardillas interpoladas).

todos los hijos que puedan y educarlos en la hermandad? ¿Prevalecería el valor de la hermandad o el límite de la correcta instrucción, alimentación y vestuario? Es evidente, además, que, dada esta máxima, los procreadores potenciales podrían hallarse en la situación de no poder darle correcta instrucción, alimentación ni vestuario, ni siquiera a *un solo hijo*, quizá ni siquiera podrían alimentarse correctamente a sí mismos.

Dicho brevemente, los principios contrapuestos *no se pueden unir*.

También hay formulaciones de la “teoría de la unión”, que parten del principio retributivo, pero que asimismo tienen en cuenta los fines de la pena. La jurisprudencia alemana suele argumentar así. Pero por supuesto que, al aplicar una pena, uno puede dirigir pensamientos en todas las direcciones, velar hasta donde se pueda por todos los fines posibles. Lo determinante es *qué es lo que le da fundamento* a la pena, en un punto tal en que ésta quede justificada aun en el caso de que esos tales fines no pudieran ser alcanzados.

VI. La teoría de la prevención general *positiva*

Según otros manuales de Derecho Penal alemán, como el de Helmut Frister, la teoría actualmente dominante es la teoría de *la prevención general positiva*.

Pero esta teoría tiene versiones algo diferentes entre sí. Por un lado, se sostiene que la pena cumple la función de ratificar la vigencia de la norma, como modelo de orientación del contacto social, y de esta forma, a la vez, cumpliría la función coadyuvante de internalizar socialmente el valor protegido por la norma, en la creencia razonable de que la falta de reacción sancionatoria y reprobatoria de la conducta desviada llevaría a la larga a erosionar, a socavar la vigencia de la norma. La falta de toda reacción contra el quebrantamiento de la norma llevaría a la convicción de que la norma ya *no sirve como pauta de orientación del contacto social*, que “no vale más”.

Está a la vista que esta formulación tiene un punto de contacto con el enfoque de Hegel. El quebrantamiento de la norma es interpretado como un mensaje: “esta norma no vale para mí”, si es que de todo comportamiento se puede inferir una proposición de validez general: *imita mi conducta porque es correcta*; que es correcta lo demuestra el hecho de que yo lo hago. Contra ese mensaje del autor, la sociedad debe reaccionar con un mensaje contrapuesto, si no es que quiere abandonar la norma a su erosión. Debe pronunciar entonces un mensaje de dirección contraria a la del mensaje del autor, y señalar así, al autor y a todo el mundo, que el

comportamiento del autor *no marca la pauta para orientarse*, que el autor está en el error, y la sociedad, en lo correcto.

Este lenguaje expresivo, de contradicción a la norma y contradicción a la contradicción, a la manera de Hegel, dio lugar al comienzo de este siglo a la pregunta de por qué no sería suficiente entonces con sólo *pronunciar un comunicado de que el autor está en lo erróneo y la sociedad en lo correcto*, pero sin hacerle sufrir a él ningún dolor, y abolir así la secuencia de responder a un mal con otro mal, como si fuera, de nuevo, la secuencia irracional de dos males, que Hegel había procurado superar.

Desde luego que este interrogante parte de la constatación, en sí correcta, de que la pena es un *mal*. Sigue vigente la definición de Hugo Grotius, dada en *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, según la cual la pena “es la irrogación de un mal, que se inflige en razón de una mala acción”²³.

En su trabajo sobre *La pena estatal*, Jakobs²⁴ da una respuesta a la razón de *por qué* es necesario que el autor sufra un dolor, un mal. Con su comportamiento, él daña la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma; *normativamente* tenemos *derecho a confiar* en que las normas serán respetadas, por ej., que, en un cruce de tránsito vial, el que viene por la izquierda, me cederá el paso, si es que yo vengo por la derecha; que si yo paseo por un parque oscuro por la noche, nadie me atacará para sustraerme mis bienes o acabar con mi vida, etc. Pero *cognitivamente*, sabemos bien que con frecuencia el que viene por la izquierda no respeta la prioridad de paso, y que un paseo por un parque durante la noche puede ser, de hecho, bien peligroso. Esta inseguridad cognitiva, la tenemos a partir de experiencias pasadas, de que, efectivamente, cualquier norma puede ser quebrantada. Quien la quebranta pone en cuestión la vigencia de la norma no sólo en una forma *simbólica*, sino que desgasta efectivamente la conciencia social en la confianza cognitiva de que la norma es respetada. Este daño a la vigencia de la norma *debe repararlo el autor*, a su costa, para restablecer la confianza cognitiva: efectivamente quien quebranta la

²³ “*Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actiones*”, en: *De iure belli ac pacis* (1625), liber II, caput XX, de poenis.

²⁴ Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, München, Wien, Zürich, 2004. Hay trad. esp. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson / Civitas, Madrid, 2006 (con estudio preliminar de los traductores).

norma, se expone a sufrir un mal, que es la pena, y cuya medida se corresponde con la importancia de la norma quebrantada²⁵.

Por cierto, junto a esto puede que se dé, a la vez, un efecto preventivo general de carácter negativo, es decir, que diferentes personas se abstengan de infringir la norma, no por compartir el valor protegido por la norma, sino por temor a la reacción penal. Pero en todo caso esto será un efecto colateral, que no es esencial a esta teoría. La pena es *una auto-constatación del orden social establecido*; este orden sigue vigente. La norma queda restablecida y no pierde vigencia, sino al contrario. Por ello, al ser aplicada la pena no se persigue *un fin que deba ser ulterior*, que pueda realizarse o no (como, por ej., en la prevención especial, con la meta de la resocialización), sino que la imposición de la pena *ya cumple el fin de la pena*: la prevención general positiva.

En resumen, dicho con Jakobs: “Se habla de *prevención general positiva, positiva*, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, *prevención*, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto de la sociedad en su conjunto, por ello, *prevención general*”.²⁶

Esta presentación de la *prevención general positiva*, hecha por Jakobs con diversas matizaciones respecto de cómo la había formulado en la 2.^a ed. de su *Lehrbuch*²⁷, se asemeja mucho también a la moderna teoría retributiva de su discípulo Pawlik²⁸. Pues éste defiende una teoría retributiva, pero no absoluta; todo ciudadano tendría el deber de cooperar para el mantenimiento de las libertades. Si no ha cooperado, el fundamento de la pena es el de castigar la violación del deber de cooperación, y por eso el ciudadano también tendría que “tolerar” que se le aplique la pena para que se constate que el deber de cooperación tiene que ser respetado para garantizar la libertad. Se podría decir que esto es una variante de las teorías retributivas, que de todos modos reconocen un fin social. Aun así, a mí me parece razonable hablar de un “deber de cooperación en el mantenimiento de las libertades”, pero no de un “deber de tolerar la sanción”; pues esto abrogaría el principio *nemo tenetur se ipsum prodere*. Nadie podría hacerle un reproche *extra* al autor, por el hecho de que haya tratado de evitar todo

²⁵ Respecto de lo último, cf. Frister (según referencias de nota 19), 2/23.

²⁶ Jakobs (según referencias de nota 24), p. 31 (del orig. alemán). Sobre diversas formulaciones de la teoría de la prevención general positiva, véase allí, las referencias de nota 147.

²⁷ Jakobs, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991, 1/4 ss.

²⁸ Pawlik (como en nota 12).

lo posible la imposición del mal. Si, en cambio, el “deber de tolerar” es tan sólo: “no puedes oponerle fuerza al oficial de justicia ni al policía que viene a hacer ejecutar la pena que te ha sido impuesta”, esto no deriva de ningún deber de toleración adicional, sino que sigue siendo el deber de cooperación de mantener las libertades.

VII. La posición de la víctima

Aquellos que ponen el acento en la posición de la víctima en el conflicto penal y en el proceso, podrían alegar que la víctima queda totalmente rezagada o desplazada con esta fundamentación de la pena. A esto hay que responder en dos planos diferentes. En primer lugar, el conflicto *no le pertenece a la víctima*, sino a *la comunidad*, que necesita que sus normas rijan; no es un problema particular de la persona afectada. Esto lo demuestra de por sí la prohibición del homicidio. La víctima propiamente dicha ya no existe en caso de homicidio consumado; puede ser también que no tenga ningún pariente, pero esto no hace al hecho *menos grave para la comunidad*, porque lo que ha sido puesto en cuestión es la vigencia de la norma “no matarás”. En segundo lugar, lograr una fundamentación del castigo estatal, da también satisfacción a la víctima que espera su castigo. Esto lo pone de manifiesto Frister, en su *Manual*, al hacer referencia a la obra escrita por la víctima de un secuestro, Jan Philipp Reemtsma, según el cual, la punición del autor es necesaria para la víctima, a fin de restituirle la “seguridad de la orientación en la vida social”²⁹.

La pregunta residual por cuya respuesta aún podría reclamar un defensor de la posición de la víctima en el Derecho Penal sería la de en qué lugar queda la posibilidad de “composición entre autor y víctima”, es decir, si, como resultado de todo esto, la “composición” no pueda operar ya como *tercera vía*, o sea, en concreto, *suplir a la pena*. La composición entre víctima y autor ha tenido un cierto eco, en Alemania, en los años '90, y en la Argentina ha cundido la idea de que la “mediación penal” sería un extraordinario progreso respecto de una visión tradicional del Derecho Penal. En primer lugar, la posibilidad de que la composición entre autor y víctima pueda suplir la función de la pena de restablecer la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma puede ser efectiva, si es que lo es, en ámbitos de criminalidad *leve*, pues en caso de normas de importante valor, a la sociedad no puede importarle *nada* si la víctima está dispuesta a perdonar al autor a cambio de un precio. A mediano plazo, esto conduce a

²⁹ Frister (como en nota 19), 2/23, nota 25.

poner a la acción penal como *un bien más* en el mundo de los “negocios jurídicos”³⁰, y, por ende, el autor puede reclamar que él nunca fue un buen negociante, que lo que él ha pagado es fruto de su decepcionante capacidad para negociar, pero no porque él haya obrado mal. Más importante que eso es el riesgo, de hecho *muy alto*, de que esta posibilidad de amplias negociaciones sustitutivas de la pena alcancen a muchos imputados en sí completamente *inocentes*, pero que, presionados por el sistema de funcionarios judiciales, especialmente por las fiscalías, a “recomponer su situación con la víctima” –la cual, a criterio del imputado, acaso no sea víctima de nada–, quizá tengan que ceder su inocencia por temor *a algo peor*; tal vez al imputado le convenga reconocerse falsamente culpable, para arribar a una “recomposición” ficticia, en suma, *extorsiva*, y evitar un juicio que la fiscalía le amenaza hacer en caso de que él se niegue a la recomposición.

VIII. Las condiciones de ejecución de la pena

Con las explicaciones dadas hasta aquí, a lo sumo habré ofrecido un *esbozo*, un ligero panorama, en todo caso *imperfecto*, de las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo. Hay muchas matizaciones que han quedado fuera de mi exposición.

Pero, para terminar, quisiera ocuparme ahora de un problema completamente distinto. Los penalistas que además trabajamos en distintos roles en el sistema penal, y también aquellos que no trabajan en él, son plenamente conscientes de que, aun cuando uno no lograra fundamentar la pena *de ninguna manera*, la pena subsistiría como institución. Toda fundamentación de la pena es, en el mejor de los casos, una buena explicación de por qué razón habría que seguir haciendo algo que de todos modos no se va a dejar de hacer en el tiempo que a uno le toque vivir.

Especialmente en los países en “vías de desarrollo”, acaso en toda América Latina, las condiciones en que se cumple la pena privativa de

³⁰ Al respecto, cf. Sancinetti, *Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de “negocios jurídicos”?*, publ. en: “El dial – Biblioteca Jurídica online” (www.eldial.com –elDial– DC138F, 11/6/ 2010), también en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38164-avenimiento-y-mediacion-pena-objeto-negocios-juridicos> (y otras entradas de *Internet*); ese trabajo está en línea con una crítica anterior del autor respecto de la (mal) llamada figura del “arrepentido”; cf. *idem*, *Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?)* - Ponencia ante el Senado de la Nación, publ. en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año III, N° 7, pp. 791/818. (La ponencia fue presentada ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997.)

libertad, que sigue siendo la pena *dominante*, están muy lejos de satisfacer los principios humanitarios y requisitos que se pregonan en las leyes de ejecución o en los tratados internacionales de los derechos humanos.

Más que encontrar una mejor fundamentación de una institución social que de cualquier modo va a subsistir, urge encontrar medios para mejorar *las condiciones de vida y de posibilidades de desarrollar un proyecto futuro en lo posible exento de delitos*, para lo cual hace falta, sobre todo, una inversión millonaria que quizá ningún político se atrevería a incluir en sus programas de gobierno ante un acto eleccionario. ¿Cuál sería la suerte de un candidato a presidente que expresara, por ej.: “En mi gobierno, una gran parte del producto bruto interno será re-direccionado hacia la mejora de las condiciones de vida de los internos de unidades penitenciarias”?

Sin embargo, es nuestro deber, como hombres de Derecho, el de estimular a hallar razones para darle a todo condenado a pena privativa de libertad, un trato *humanitario y justo*, a la altura de su dignidad humana.

En lugar de cerrar mi participación en estas jornadas con un recordatorio de los principios humanitarios que deben regir la ejecución penal, quisiera destacar que un tribunal superior estadual de la República Federal de Alemania³¹ rechazó un pedido de extradición proveniente de la Argentina, en razón de que, en la causa, estaba absolutamente probado que el imputado, en un momento previo de detención y encarcelamiento en la Argentina, había estado sometido a condiciones de detención o ejecución plagadas de violaciones a las normas que proscriben todo trato cruel, inhumano y degradante (hacinamiento de varias personas dentro de una cárcel de pequeñas dimensiones, sujetos que debían hacer sus necesidades en el propio lugar, en presencia de otros reclusos, y otras características vejatorias, que no hace falta enumerar aquí). Dicho en pocas palabras: los establecimientos carcelarios de la Argentina no están en condiciones de que un tribunal alemán conceda una extradición de un imputado habido en Alemania, en razón de que el país reclamante no está en condiciones de alojar al pretense extraditado en un establecimiento carcelario *digno*. No

³¹ Tribunal Superior Estadual de Dresde, Sala Penal 2.^a, sentencia del 8 / 7 / 2014, causa OLG Ausl. (Auslieferung / Extradición) 53/14; inadmisibilidad de una extradición a la República Argentina por vulnerar los requisitos mínimos de las condiciones carcelarias, exigidos en el art. 3, CEDH, véase la publicación de la traducción de la sentencia de Patricia S. Ziffer, en “Jurisprudencia Anotada”: *Extradición* (trib. ci.t), revista de “Derecho Penal y Procesal Penal”, 9/2015, pp. 1788/1793, con comentarios de Sergio Delgado, *Las condiciones inhumanas y degradantes de detención en las cárceles argentinas*, rev. y n.º cit., pp. 1793/1797, y de Diego Vergara Vacarezza, *Estado estático: la situación carcelaria argentina frente a la realidad internacional*, en rev. y n.º cit., pp. 1798/1801.

puedo asegurar ahora si esa decisión judicial quedó en definitiva firme en el procedimiento particular. Pero lo que importa no es la suerte de ese pedido de extradición en concreto, sino *el principio que está en cuestión*.

Si este criterio *se generalizase*, y además llegáramos al extremo, en sí deseable –si no son modificadas esas condiciones inhumanas–, de que nuestros países se rechazaran recíprocamente pedidos de extradición sobre la base de que el país requirente no está en condiciones de ofrecer condiciones dignas para la ejecución de una pena privativa de libertad, se podría generar una situación de caos tal, que quizá hasta pudiera entrar en la agenda de la vida política *el preocuparse por las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad*³².

Hace poco tiempo el *Papa Francisco* advirtió no sólo sobre la necesidad de abolir la pena de muerte, en los países en que aún ésta subsiste, sino que también alegó en favor de lograr condiciones de ejecución dignas para los sujetos condenados a penas de prisión. Y no es posible que los penalistas quedemos en silencio ante una petición de esa naturaleza.

No hace falta *agravar* aquí la cuestión, señalando que nuestros sistemas procesales son tan imperfectos, y ha crecido el neo-punitivismo a grados tan altos, que *la posibilidad de que sean condenadas personas inocentes es hoy en día mucho más alta que la que había hace 50 años*. De hecho, no había casos de condenados sobre *la base exclusiva de los dichos de un testigo único*, cuya palabra no estuviera avalada por ningún indicio objetivo corroborante, externo a su propia palabra. Y no hace falta entrar en esto, en primer lugar, porque ningún sistema procesal, por perfeccionado que sea, puede lograr eliminar toda posibilidad de condenas *de inocentes*; ni qué decir respecto de que una gran parte de los detenidos se hallan en prisión preventiva, en razón de que aún no han sido juzgados, siendo que existe además el peligro de que su condena se dicte después, ya por *el mero hecho* de que han estado presos durante el proceso, y *no queda bien* “absolverlos”. Todo esto es secundario, porque lo que debe preo-

³² Al comienzo de la sesión del 7/10/2015, del Simposio en cuyo marco se dio este texto como conferencia, la Ministra de Justicia de Paraguay, Sheila Abed, expresó una serie de inquietudes de su cartera de gobierno sobre la situación de los internos en unidades penitenciarias. En esta medida, se comprueba con beneplácito que el gobierno es consciente del problema. No estoy en condiciones de juzgar sobre la situación de las prisiones en Paraguay, pero fue el comentario generalizado de los operadores de ese sistema, que un 77% de los reclusos se hallan tan sólo en prisión preventiva, a la espera del desarrollo de su proceso y, eventualmente, de su juicio, y que hay establecimientos carcelarios en los que se alojan hasta cuatro veces el número de personas que el establecimiento podría alojar dignamente. Aun más, que la situación tenderá a agravarse.

cuparnos es *la ejecución de la pena de cualquier persona*, partamos ahora de la base de que hubiera sido efectivamente culpable.

En síntesis, fundamentaciones *racionales* de la pena se pueden hallar. La teoría de *la prevención general positiva* ofrece una buena alternativa, y, en este sentido, se ajusta a la Exposición de Motivos con que fue aprobado a fines del siglo pasado, el Código Penal paraguayo vigente. La Exposición de Motivos decía: “la propuesta cumple con el precepto del artículo 20 CN, y se deja orientar por la idea de la prevención, tanto general positiva como especial”. Si la pena ha de ser fundamentada sobre la base de la teoría de la prevención general positiva o de una teoría funcional de la retribución, que le es similar, a la prevención especial sólo le queda la misión, ulterior, pero esencial, de *mejorar las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad*.