

## Breves reflexiones sobre la función de la pena

### *I.- Introducción.-*

La pena es la respuesta que el Estado brinda ante una infracción a la ley penal por parte de una persona. En nuestro Código Penal, se establecen tres clases de pena: prisión (con la que se encuentran reprimidos la gran mayoría de los delitos), multa e inhabilitación (art. 5 CP).

Sin embargo, no siempre existieron las penas tal como hoy las conocemos. Entonces, ¿por qué se aplica una pena?. La pregunta no es novedosa y desde hace largo tiempo se debate cuál es la función de la pena, sin que hasta la fecha haya consenso al respecto.

Este trabajo no pretende dar una respuesta definitiva a la cuestión, sino aportar algunas reflexiones que según mi parecer no pueden ser ajenas a cualquier debate sobre el tema. Para ello se repasarán las teorías tradicionales y las críticas que han recibido, para finalmente hacer algunas reflexiones.

### *II.- Teorías de la pena.-*

#### a) Teoría absoluta (retribucionismo):

Según esta concepción, a través de la imposición de un mal (pena) se busca retribuir y expiar la culpabilidad del autor. Por ello, la duración y la intensidad de la pena se deberá corresponder con la gravedad del delito.

En contra de esta teoría se ha señalado que el Derecho Penal protege bienes jurídicos (vida, integridad física, propiedad, etc). No obstante, la idea de retribución prescinde de los fines sociales.

Por otro parte, se indica que no encuentra explicación la circunstancia de que la retribución la cobre el Estado pese a que en la generalidad de los casos el mal lo sufre una persona distinta (víctima).

Finalmente, se resalta que el delito lo protagoniza un número grande de personas. Sin embargo, el sistema penal sólo procesa unos pocos casos, los que están más a mano, aquellos fácilmente detectables. Por ello lo que se retribuye no es el delito, sino la torpeza en su comisión.

#### b) Teorías relativas: Tienen como fin prevenir el delito.

b.1) Prevención General: El valor positivo de la criminalización actúa sobre los que no han delinquido.

#### b.1.1) Prevención General Negativa (disuasión):

Aspira obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron. De esta manera, su medida debiera ser la necesaria para intimidar a los que pueden sentir la tentación de cometer delitos. Por ello parte, de una idea del ser humano como ente racional que para obrar hace un cálculo de costos y beneficios.

Sin embargo, la experiencia demuestra que la racionalidad se ejerce en razón inversa a la gravedad del injusto, de manera que en verdad, cuanto más grave es el delito, menor es la racionalidad del autor, como en el caso de los homicidios pasionales.

Por otra parte se pretende que las penas aumenten según la frecuencia de los hechos por los que se imponen, lo que vulnera el principio de culpabilidad, al no guardar relación la pena con el injusto cometido.

De esta manera se utiliza a la persona como un medio al servicio de los fines del Estado, lo que se contrapone con la definición misma de persona, que es un fin en sí mismo.

#### b.1.2) Prevención General Positiva (restablecer confianza):

La criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados como productor de consenso y reforzador de su confianza en el sistema penal. El delito es una mala propaganda para el sistema y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante.

El problema de esta teoría es que otorga valor positivo a la punición ejemplarizante de un chivo expiatorio como creadora de consenso sin preocuparse de que no suceda nada respecto de las personas que protagonizan injustos mayores, quienes no son seleccionadas por el sistema.

Desde lo teórico, el delito no será un conflicto que lesione derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, aunque no afecte los derechos de nadie.

En la práctica, implica la legitimación de operadores políticos que falsean la realidad a condición de que la población crea en esa falsa realidad.

En definitiva, cuanto más conflictiva sea una sociedad, requerirá más y mayores penas para generar confianza en el sistema, sin tener en cuenta el injusto cometido, sino la credulidad del resto.

#### b.2) Prevención Especial: El valor positivo de la criminalización actúa sobre los que han delinquido.

##### b.2.1) Prevención Especial Positiva (resocialización):

Se reconoce a la pena una función positiva de mejoramiento del infractor. A través de ella se busca su resocialización, reeducación, repersonalización, reinvidualización y reincorporación. Se encuentra receptada en los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCYP que establecen que la finalidad esencial de la pena será la reforma y la readaptación social de los penados.

La intervención punitiva sería un bien, por lo que no sería necesario definir precisamente su presupuesto, el delito, bastando una indicación orientadora. Tampoco sería necesario un proceso de partes porque el tribunal asumiría una función tutelar. De esta manera, a través de la pena, el Estado va a imponer valores y pretende modificar la personalidad del condenado, lo que atenta contra su autonomía.

Por otra parte, la pena debería durar el tiempo necesario hasta que el sujeto estuviera resocializado, sin ninguna relación con el injusto y consecuentemente, sin respetar el principio de culpabilidad. Siguiendo esta lógica la pena no encontraría justificación en aquellos sujetos que delinquen pero no necesitan ser resocializados (delincuentes de cuello blanco).

La pena dista de ser un bien para la persona, sino todo lo contrario, ya que implica un estigma que deteriora al criminalizado y más aún al prisionalizado.

Difícilmente la prisión pueda servir para resocializar, dado que se condiciona a un adulto a controles propios de la etapa infantil, y se lo exime de las responsabilidades propias de su edad cronológica.

Menos aún en una violenta realidad de motines, violaciones, corrupción, carencias médicas, alimentarias, higiénicas y de difusión de infecciones como las que atraviesan los sujetos en nuestras prisiones.

#### b.2.2) Prevención Especial Negativa (neutralización):

Según esta teoría la criminalización se dirige a la persona criminalizada para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social.

Sin embargo, ello contradice la propia definición de sanción, que debe motivar el comportamiento. Aquí directamente se lo impide, lo que lesiona el concepto de persona y su autonomía (art. 1 DUDH y CADH).

Esta concepción parte de la infalibilidad del sistema penal, soslayando su selectividad y que está a cargo de seres humanos pasibles de cometer errores, los que ya no podrían ser reparados pues las consecuencias serían irreversibles.

c) Teorías de la Unión:

Ellas conjugan los postulados de las distintas teorías. El dictado de una ley es de pura prevención general; en la imposición de la pena hay que tomar en consideración las necesidades preventivas especiales y generales y en la ejecución de la pena pasa a primer plano la prevención especial, aunque no debe sobrepasar el principio de culpabilidad (retribución).

De esta manera la pena pasaría a estar integrada por varias funciones que son incompatibles entre sí y que presentan las críticas ya desarrolladas. Incluso facilitaría la arbitrariedad porque permite escoger una pena y luego buscar su justificación a través de la teoría que mejor se adecúe.

c) ¿Hacia una teoría agnóstica?

Ante el fracaso de todas las teorías positivas de la pena, se elabora una teoría negativa que se obtiene por exclusión. Es agnóstica en cuanto a su función porque parte de su desconocimiento e incorpora referencias ónticas (descripción a partir del ser).

Según esta teoría la pena será entonces: Una coerción (sanción); Que impone una privación de derechos o un dolor; Que no repara ni restituye; Ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.

*III.- Algunas reflexiones.-*

El sistema penal opera selectivamente, seleccionando arbitrariamente los casos que se tramitan conforme a estereotipo, por lo grotesco o trágico de los hechos, por la torpeza en su comisión, y los casos de retiro de cobertura.

Si el ingreso de los casos al sistema penal resulta arbitrario, jamás la respuesta que se les de va a ser racional. Las teorías tradicionales de la pena no brindan una respuesta satisfactoria. La experiencia nos indica que la pena no disuade, ni reafirma confianza de la sociedad en el sistema. Tampoco resocializa.

La pena es una venganza institucionalizada. Sin embargo excluye a la víctima pese a que es la que sufrió las consecuencias del delito. También pareciera que busca neutralizar a los «peligrosos», que permanezcan amputados de la sociedad el mayor tiempo posible, aunque en algún momento deberán reinsertarse por exigencia constitucional.

La pena no puede ser una respuesta uniforme (prisión) a delitos que no guardan relación entre sí. La prisión no es algo natural.

Tal como la conocemos en nuestros días, nació en el Siglo XVIII, como un invento burgués, a fin de disciplinar a las personas para que se inserten en el sistema productivo. Si en un momento la cárcel no existió, porque no pensar que puede dejar de funcionar al menos en la extensión que hoy conocemos, lo que permitirá destinar mayores recursos a la resocialización.

Sacar de la esfera del Derecho Penal numerosas conductas que pueden ser solucionadas por otras ramas del Derecho y propiciar salidas alternativas al juicio, devolviéndole a la víctima el protagonismo que el Estado le sacó puede ser parte de la solución.