

# ¿Qué queda del Derecho Penal actual? (Actual, y a lo largo de la historia)

Por Martín Alegre.<sup>1</sup>

Mucho se ha sostenido sobre cuál debe ser la función específica del Derecho Penal. Algunos hacen mención a funciones de corte netamente material, otros de corte espiritual, otros de manifestación ética, otros confieren una problemática mayor asumiendo el rol de otorgarle al Derecho Penal la noción de mecanismos de directrices que sean sedimentos de lo correctivo en la sociedad. Sea como sea la cuestión, el Derecho Penal siempre ha tenido diversos roles que se han manifestado como presupuestos de criterios ideológicos para poder darle un fin de utilidad social al mismo.

Si decimos que se le ha querido dar un fin de utilidad social, quiere decir, o parecería ser, que el Derecho Penal nunca ha tenido un fin específico, o al menos, nunca ha tenido un fin necesario para poder moldearse como el correcto dentro de las bases de una sociedad. Esto podría interpretarse así, o bien, podría ser correlato de una idea de que, al contrario, al Derecho Penal tal vez se le ha exigido más de lo que el mismo puede dar. Incluso, se le ha considerado al mismo como una forma de resolución de todo conflicto que sea particularmente grave que ha absorbido las purezas mínimas de toda la comunidad. Puede que se ha buscado en el Derecho Penal una corriente de justificación de todo criterio ideológico comunitario o tal vez no, se ha buscado todo lo contrario, unir a la sociedad a través de la oración “si perseguimos tales conductas quiere decir que las mismas están prohibidas, por lo que deben erradicarse de *nuestra sociedad*”. Si de nuestra sociedad se habla, eso advierte que existe un camino de unificación que se puede concebir por medio de este sistema de control.

Puede que al Derecho Penal se le ha exigido solucionar más problemas de los que puede contener en su mira, o se le ha exigido directamente no solo su contención, sino también su erradicación sin más. Se le ha exigido al mismo buscar medios para poder dar vida a una sociedad que se considera perdida por conductas inapropiadas y por medio de estas sanciones, se busca revertir la violación a la paz que fue moldeada por el mal de los comportamientos humanos.

De algún modo, al Derecho Penal se le ha considerado como la única forma de poder dar fin a problemáticas que más que sociales, se manifiestan en senderos de política, de religión, de comunicación, de educación, de ingeniería social, de advertencia y precaución, de diversos motivos, incluso los de moldear la ética y la conformación familiar.

---

<sup>1</sup> Abogado. Ayudante de Cátedra de Derecho Penal, Parte General de la Cátedra del Dr. Salvador de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

El Derecho Penal existe y ha existido, y creo, existirá por siempre. No podemos saber con exactitud el tiempo de vida de una corriente científica tal como el Derecho, y menos aún, por ser una rama del mismo, del Derecho Penal. Puede que digamos con todas luces, y afirmemos así que el Derecho probablemente existirá y diríamos con toda certeza, que lo hará por siempre. Si allí, donde existan dos personas en una misma habitación, existe el Derecho, el Derecho Penal deberá formar parte de ese mismo juicio. Si el Derecho Penal será siempre un esquema dentro de la forma de planificación de vida de las personas, debemos preguntarnos ciertas cuestiones sobre su afán desmedido de permanencia social.

### **1. La pregunta en cuestión. ¿Qué se le exige al Derecho Penal?**

Ya hemos dado una advertencia y una señal de lo que podría surgir de esta pregunta. Al Derecho Penal, digamos, se le exigen muchas cosas. A modo de resumen, su imagen radica en revertir situaciones incapaces de ser revertidas por otras ramas del Derecho, o por otros modos de resolución de conflictos, o de enviar un mensaje de prevención sobre lo estratificado socialmente al concluir su mensaje sosteniendo que todo aquel que vaya contra la regla impuesta, que debe ser modo único de vida para no perturbar el orden social, será sancionado.

El Derecho Penal no deja de ser un esquema de sanción, entendiendo a la sanción como un elemento de mantenimiento de las cosas a fojas cero, al menos espiritualmente, lo que no implica que la sanción sea sangre. Hay múltiples formas de sanción, a pesar de que se le atribuya al Derecho Penal como la única, la de violencia innata.

Que se le exija violencia al Derecho Penal, porque su reacción nace ante la violencia propiamente dicha, no quiere decir que no se pueda frenar el mecanismo de control impetuoso e impulsivo hacia el sufrimiento. Hay otras formas, otros medios de control, que pueden dar beneficios tanto incluso más satisfactorios que los de la violencia. La violencia es inevitable, es lógico, pero al menos podemos controlarla, esto es posible. Por otro lado, tampoco podemos dejarnos seducir por pautas que pretenden instaurarse como los únicos elementos capaces de contrarrestar el poder punitivo sosteniendo la vitalidad "humana" por formas menos violentas cuando no dejan de ser dictaduras ideológicas ocultadas.

Al Derecho Penal se le concibe como medio de pacificación contradictorio, pues la única imagen de pacificación no escapa de la fuerza hacia los terceros. No puede haber paz dentro de la fuerza, por lo que el sentido de pacificación en la violencia parece extraño. O bien, acorde a lo dicho, o la fuerza no implica violencia, representando una lucha por fuera del altercado físico; o tal vez la violencia nada quita que sea contraria a la paz y que el mecanismo de encontrar en la fuerza (la violencia) del Derecho Penal la solución de conflictos, está confundida. Somos defensores de la segunda idea,

pues parece coherente, pero al menos en este artículo preferimos referirnos a la primera de ellas, pues lo es aún más. A decir verdad, la fuerza no siempre es violencia, o si se quiere decir, la violencia no hace mención sólo al afligir físico, pues existen otros medios de dominación o de control social.

Al Derecho Penal se le termina exigiendo violencia, pero su violencia no siempre es la de dar sangre. Si dar sangre es sinónimo de castigar, debemos entender que castigar no puede ser lo mismo que sancionar, a pesar de que se la utilice en modo idéntico.

La punición siempre será un mecanismo de ejercer un mal a quien es considerado como realizador de un mal peor. Ese mal será el de hacer sufrir, por lo que concluiríamos que punir es imponer sufrimiento. Si bien esa punición implica la sensación de un sentimiento de conformidad hacia quien impone la punición, no pretende volver las cosas a un estado de fojas cero, sino que el hincapié recae sobre la fuerza de la medida como elemento de expiación. La sanción, en cambio, no se refiere a hacer sufrir, sino que implica tratar de volver las fojas a cero por medio de un criterio de equidad mental, en donde se busque una pacificación de los resultados, llevando al sentido de que la sanción es la satisfacción no encaminada a hacer sufrir, como sí lo plantea la punición. Por ende, el resultado de la medida radica, precisamente, en el resultado, y no tanto en la medida correspondiente.

Según se conciba al Derecho Penal como forma de punición o como forma de sanción, el fin que se le atribuya variará notablemente. Pero no habría que confundir el fin del Derecho Penal con el sistema de finalidad.

Finalidad no es lo mismo que fin, pues si bien el fin concluye como correlato e imposición de tratar de revertir la situación buscando una satisfacción general de todos los involucrados (si se concibe al fin del Derecho Penal como la sanción) o buscar la expiación del infractor a través de un mal tan grave como el cometido (fin entendido como punición), la finalidad está embestida del raciocinio de lo que se pretende con el fin del Derecho Penal.

Dicho de tal modo, queda en evidencia que no sólo fin y finalidad no son lo mismo, pero así todo están conectados como adjetivos de género/especie. El fin del Derecho Penal servirá a la finalidad que se pretenda instaurar, pero la finalidad, muchas veces, está contemplada como eje de un fin antes manifestado. Parece un paraje inmiscuido en el principio de la contradicción, en donde nada puede ser y no ser al mismo tiempo. De ser así, pareciera que el Derecho Penal no puede tener un fin que no sirva a una finalidad y una finalidad, a su vez, que no sirva a su fin. Esto es concreto, finalidad y fin no son idénticos, pero dependerá de si se pretende concebir más el sentido de una idea de punición- sanción y cómo eso se impone en el ideal colectivo o se fundamenta tal idea.

## **2. Las finalidades del Derecho Penal.**

Habiéndonos referido a los fines del sistema penal, debemos encerrarnos ahora en conocer las finalidades del mismo.

Estas finalidades no son tareas exclusivas propias del Derecho Penal, pues puede haber finalidades o tareas que también forman parte de demás ramas del Derecho. Por ejemplo, se le atribuye al Derecho Civil una función resarcitoria, intimidatoria, indemnizatoria, reparadora y compensatoria<sup>2</sup>.

¿A cuáles fines responde el Derecho Penal?, cabría preguntarnos ahora. Allí vamos.

## 2.1 Finalidad Reprochadora

Parece que al Derecho Penal se le debe exigir el ámbito de reproche o reclamo por conductas que no estén por fuera de un “echar en cara” por lo realizado.

En este mecanismo, si la persona es tomada como alguien incapaz de poder seguir las reglas de conductas sociales, será concebido como un sujeto probablemente peligroso, moldeado por criterios contrarios al deber social, necesitado de un manejo adecuado por el mando de los órganos institucionales.

La finalidad reprochadora busca un eje de advertencia global comunitaria, en donde se permita concebir una institución la cual permita reclamar al sujeto activo el seguimiento o el desempeño en base a reglas contrarias al deber ser comunitario. Allí entra en juego el Derecho Penal, pues se cree que el mismo es la pauta necesaria para poder advertir estos supuestos y moldearlos en base al deber ser social. El ser y el deber ser chocan cuando se interactúa con los modelos del Derecho Penal, verificando la comunidad que sea este el único medio para poder cambiar los rasgos innecesarios y malvados de lo comunal.

La función de reproche manda a advertir que se constituya el Derecho Penal a través del señalamiento de los elementos necesarios para poder considerarse a una conducta humana como suficiente para ser perseguida por el sistema punitivo. Allí se verifica la sistematización dogmática del Derecho Penal, interpretando a este sistema como el señalamiento de que algo particularmente grave que afecte la sociedad, y merezca de reproche penal, se denomina “delito”. Según este modelo de dogmática o método penal, es delito toda conducta, dirigida hacia un centro de imputación conductual (bien jurídico), típica, antijurídica, imputable (procesable penalmente), culpable y punible. Dentro de este estrato, y entendiendo a la sistemática como la incluida en el sentido neokantiano y finalista, es el estrato de la culpabilidad la que merece ser considerada como el reproche.

---

<sup>2</sup> Grossfeld, *Die Privatstrafe*, 1961, pág. 77 y sgs. También nombrado y citado por Kurt Seelmann, *Rechtsgutskonzept, “Harm Principle” und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien*, en *Rechtsgutstheorie. Badem-badem: Nomos Verlagsgesellschaft*, 2003, pág. 368.

Así, se ve claramente que el Derecho Penal forma parte del esquema a considerar como el elemento necesario para dirigir una advertencia a la sociedad y una forma de acusar a un sujeto por la realización de un hecho considerado como infractor.

Ese reproche, al menos en el sentido clásico y también moderno de discusión, radica en dos criterios que han sido puesto de manifiesto a lo largo de la historia del Derecho Punitivo: a) Si el mecanismo de reproche radica en considerar a la pena como una punición o sanción; b) Si el reproche impone la idea de sustanciación psicológica o normativa del sujeto, con lo que implica esto.

Si bien podemos traer en discusión alguno de estos aspectos, no puede dejarse pasar de largo que siempre el principio de reproche en el Derecho Penal, entendido como principio de culpabilidad, implica que no se le podrá imponer una pena al sujeto si no cometió un hecho reprochable a título de dolo o culpa que fue dominado por su propia voluntad. Incluso en la moderna teoría del Derecho Penal, sobre las cuestiones basadas en la teoría del delito, nadie puede ser juzgado sin haber cometido un hecho reprochable en esos sentidos.

Respecto de la segunda idea, manifestada en el párrafo anterior, se deja en manifiesto una cuestión no tan controvertida en toda la dogmática del Derecho Penal en general. Si bien incluso al día de hoy hay múltiples discusiones sobre la participación psicológica del hecho como modelo de culpabilidad o tipicidad que forme parte de atribución, no es tan así la primera idea expuesta, siendo el sentido de que la culpabilidad es sinónimo de pena, y la pena siempre debe ser o modelo de punición o sanción.

No queremos caer en una repetición sin sentido de todo el texto plasmado, pero el devenir de la definición de un modelo como de sanción (volver las cosas a fojas cero en el sentido físico en la medida de lo posible<sup>3</sup>, y principalmente espiritual) del Derecho Penal; o como un modelo de punición (repartir un daño proporcional al sufrimiento causado por el acto ilícito, entendiendo a la pena no ya como un resultado, sino como un medio de equilibrio de sensaciones) es altamente discutido y controversial en estos pilares fundamentados, pues las problemáticas de choques entre liberales y retribucionistas sigue en pie abogando por constituir ideas que sean las que se introduzcan como las únicas correctas.

## **2.2 Finalidad Moral**

Dentro del concepto de la finalidad netamente espiritual, nos queda por situarnos en la situación que conlleva a interpretar que existen modalidades de regulación de la realidad social que implican interpretar un Derecho Penal más de base práctica trascendente, aunque muy introspectivo, al fin y

---

<sup>3</sup> Aunque sea sumamente difícil, al menos en el Derecho Penal, concebir esta idea. El muerto no puede resucitar en un homicidio, pero sí podemos devolver el bien hurtado o robado, por lo general.

al cabo. Ese sistema del Derecho Penal es la de creer que el mismo debe imponer mecanismo de regulación basados en pautas morales de comportamiento, pautas de creer que el deber ser es la única medida de actuación del Derecho Penal.

Surge más tempranamente que tarde cuál sería el criterio para medir estas actuaciones o ejes del deber ser. Es decir, quién dice qué implica ese deber ser es algo discutido. Así todo, no se le puede restar importancia, sea para bien como para mal, el concebir a un Derecho Penal como baremo de medición de conductas que importen la violación de principios fundamentales.

No se puede expresar más del Derecho Penal subsumido en criterios morales de no ser mencionando lo que la moral implicaría para este, y si la moral del Derecho Penal debe ir de la mano con el sentido común de lo que moral implica. También, si moral, (y bajo el viejo adagio de que nunca la moral es lo mismo que el derecho) puede ser unido al Derecho Penal o no dejan de ser formas distintas de concebir practicidades.

Dicho esto, queda en el sentido de la cuestión entender que moral es aquella parte del desarrollo del concebir humano que verifica lo interpretado como lo bueno y lo malo, y lo correcto e incorrecto. Creemos que, bajo esta premisa, debe quedar por fuera el fin de un Derecho Penal basado en cuestiones pseudo religiosas o implementadas en la valoración de costumbres que no son más de medios para legitimar un eje de poder de un sector unido a ciertas manifestaciones de valores.

Si sabemos lo que es moral, ahora queda por definir si, a pesar de que no se ha manifestado en el tema a tratar, si esta es al menos una parte de la ética o esta una parte de ella y si juegan ambos un papel importante para el Derecho Penal.

Definiendo la ética como el estudio de la moral, podemos decir más sobradamente que esta no es más que la fundamentación de estudios sobre los comportamientos humanos que tratan de entender la moral de manera lógica y coherente. Por eso la etimología de la palabra ética es “relativo a la forma de ser” o “relativo al carácter o comportamiento”; mientras que la moral es el estudio de las reglas de comportamiento o costumbres comunitarias que se comportan como las debidas dentro de ese eje comunal. Así, la moral siempre implicará el significado de lo “relativo a las costumbres”. La moral siempre estudiará todo lo entendido como incorrecto, lo concebido como tabú y desechado de una sociedad. A la ética le corresponde el estudio lógico de ese estudio previo realizado por la moral.

Desde estos juicios o razones, se procede a entender, si la ética no es lo mismo que la moral, si alguna de estas se relaciona o no con el Derecho Penal y en qué medida; siempre y cuando si sostenemos que el Derecho es el conjunto de normas capaces de regular la vida de la sociedad en un sentido de lógica y armonía adecuada. Debemos tomar en cuenta que la moral es el mecanismo que le impone al sujeto la relación de lo bueno y lo malo espiritualmente, representada por las doctrinas y convencimientos que nos dan las pautas de lo correcto y lo incorrecto internamente para cada sujeto. Entre ambos, al situarse la ética, encontramos normas de ejemplificación de conductas

y valores dentro de una determinada comunidad. Así, la ética es contemplada dentro de un grupo humano comunitario que comparte mecanismos de relación e interacción recíprocas entre estos sujetos. Ahora, ese comportamiento comunitario reflejado por la ética no necesariamente debe ser parte del fuero interno del sujeto, pues puede poseer, usando un mecanismo de lógica pura, una moral diferente a la misma.

Parecería ser que jamás la ética presupondría el daño del otro, pero que esto sea así no implica que la ética vaya de la mano con la moral, pues de ahí la distinción que el mismo Kant decía al hablar de las categorizaciones entre derecho, ética y moral. En este mecanismo de correlato entre dichas pautas de medición de conductas, cabe distinguir según sea algo acorde a la ley, por debajo de la misma o más allá de ella.

- a) Lo correcto en la ley según sea: 1. Ley jurídica (justo); 2. Ética (virtuoso); 3. Moral (correcto).
- b) Lo incorrecto en la ley según sea: 1. Ley jurídica (injusto); 2. Ética (pecaminoso); 3. Moral (incorrecto).
- c) En el plano de la imputación jurídica: 1. Lo realizado acorde al deber, sea consecuencia buena o mala no es imputable; 2. La consecuencia buena meritoria se imputa; 3. La consecuencia mala demeritoria se imputa.

Entre estas tres clases de normativas, sean sociales/comunitarias o de fuero interno valorativo, se destacan principalmente las cuestiones de mecanismos de sanción que entre ellos se darán, pudiendo destacarse que en la norma jurídica prevalece la sanción, pudiendo contemplarse como coercitiva. De este mecanismo carecen las normas éticas y morales, pues la ética solo lleva a la desaprobación comunitaria o de terceros, mientras que la moral conlleva a la desaprobación del fuero interno.

Cabe pensar si el Derecho puede basarse en una definición común de moral o ética en su caso, lo cual resulta netamente afirmativo, pues muchos de los mecanismos de adecuación de sanciones como modelos de comportamientos encaminados hacia la convalidación como delitos, forman parte de reproches éticos, a menudo, y morales que conllevan a una conformación ética en primer lugar, y luego a lo jurídico.

El ejemplo de que no se debe matar no deja de ser un fundamento moral, subsumido en la fundamentación ética comunitaria de no dañar a los terceros. Esto no deja de manifestarse, en todas las legislaciones penales, como forma de sanción representada en estas imágenes éticas o morales. El deber de no afectar los intereses a través de movimiento sucios que lleven a la quiebra adrede, forma parte de un criterio netamente moral, luego acorralado a la idea ética comunitaria y que fue llevado al Derecho Penal como eje de la sanción o tipificación de los llamados “quebrados y otros deudores punibles”, en el art 176 hasta el 180 del C.P..

No quiere decir que toda manifestación entendida como moral deba crearse luego como algo ético o algo ético como moral, y que esto sea llevado al plano de lo jurídico. Según entiendo, conductas tales como el traicionar a un amigo o el ser mentiroso es un criterio basado en elementos morales, puede que éticos, pero no necesariamente pueden ser llevados a un plano jurídico (salvo cuestiones específicas sobre el mentir, como en el momento de estar testificando, por ejemplo). Lo mismo si es interpretado inversamente, si mentir o traicionar a un amigo es tomado como algo ético, no quiere decir que sea moral, pues moral y ética no necesariamente deben ir de la mano, ni mucho menos enraizarse con lo jurídico.

### **2.3 Finalidad Preventiva**

Preventivamente también se le exige mucho al Derecho Penal, pues es en este esquema donde se supone que se tratarán de evitar lagunas de evitación de daño. Dicho más correctamente y que no suene una redundancia, con el fin de reproche se menciona la doble valoración que debería hacer el Derecho Penal al interpretarse si este debe o bien sancionar, o bien penar. Ante tal cometido, entra en juego el viraje espiritual que se hace el Derecho Penal al creer si ante una mirada no punitiva (o neo-punitiva) se podrá revertir el daño a través de modelos más laxos o leves (como el sistema restaurativo o indemnizatorio) o bien se lo podrá prevenir.

Que la prevención trate de ser más educativa, no implica derrumbar el sentido tal de prevención por fuera de la punición, pues muy a menudo se habla de que la punición debe tener un sentido de evitación de males (preventivo, obviamente), y estos elementos de prevención van de la mano con la punición como tal, y no la mera sanción no punitiva.

La mirada de la prevención, al menos desde el sentido de la punición como medio de sufrimiento, implica considerar que se debe recaer en medidas de castigos anticipados. Así, mientras más anticipado es el castigo concreto, más seguridad habrá en el concebir ciudadano o comunitario.

La consideración de la sociedad del riesgo moderna no deja de prever criterios de modalidades netamente anticipadas de daños para así anticipar el sentimiento de seguridad ciudadana. De alguna forma, con el devenir de “las sociedades riesgosas” (que por cierto excede el marco de la verdadera definición de sociedad del riesgo que el mismo Ulrich Beck había contemplado) se caracteriza, al menos hablando en la órbita penal, por la adecuación de circunstancias que conllevan a la punición anticipada de medidas sin límites. Así, mientras más adelantada sea la punición, más seguridad habrá en la sociedad y más felices seremos todos.

No sé si se puede hablar de un aumento de la seguridad social, pero sí creo que el sentimiento de inseguridad cada vez es mayor (paradójicamente) lo que implica también considerar un expansionismo del Derecho Penal. Con esto, los medios de introducción punitiva van hacia un

aumento sin fin de medidas para poder anticipar el mal inmediato.<sup>4</sup> Tomando en cuenta esto, también debemos considerar que, acorde a los estudios que hemos programado académicamente, entre ellos el estudio integro de la Política Criminal, que consideramos como eje básico de todo sistema de punición y del cual derivan las demás ramas punitivas, consideramos que también estos altercados se dejan ver en un sistema de Política Criminal a través de medidas de prevenciones anticipadas. Claramente el esquema neopunitivo de querer introducir disposiciones de punición como criterios de evitación del daño acontece erróneamente en la esfera del desenvolvimiento comunitario.

Desde estos márgenes se pretende verificar y fiscalizar toda situación que implique un riesgo extremado (en principio) para los bienes jurídicos, tanto individuales como principalmente colectivos, considerados como necesarios para la comunidad toda. El principal problema radica en que tales introducciones del Derecho Penal recaen en situaciones netamente desmesuradas de todo el sistema, dejando discurriendo al Derecho Penal como eje punitivo y no netamente sancionatorio, en los términos dados anteriormente, lo que da pie a que se puedan punir actos incluso preparatorios o de cuestionable valor comunitario.<sup>5</sup>

La órbita punitiva (llamada neo, pero básicamente basada en los criterios punitivos antiguos), nos dan pie a considerar medidas de prevención asentadas y fundadas como formas de delitos de peligro abstracto, como así también la creación de modalidades de prevención que son bastante cuestionables sobre su necesidad social. Pero sin lugar a dudas, lo que más pie a cuestión da esta idea moderna de punición, es la de poder introducir matices punitivos sobre cuestiones discutidas en donde no se deja ver algo verdaderamente dañoso para un bien jurídico, o si los elementos fundamentados para, precisamente, explicar tal punición, son lógicos. Modalidades de competencias por ámbitos de organización son necesarios, pero recaen en el absurdo cuando tal competencia va más allá de la mirada lógica de un Derecho Penal racional.

No quiere decir que se trate de desligar el sentido de la problemática y solución que el funcionalismo ha introducido, pues se llegaría demasiado lejos. Parecería que se critica sólo al funcionalismo al mencionar ámbitos de organización o la organización institucional que mencionan personalidades como Jakobs, Roxin, entre otros. No se quiere recaer en tal absurdo, sino que se quiere demostrar que, en toda ideología, incluso ideología del causalismo, del finalismo, entre otras ideas, fundamentan la planificación de ideales que solo acontecen un devenir o justo, o punitivo. La esfera racional sancionatoria también forma parte de este esquema y es totalmente concebible. No podemos dejar pasar que un sentido de no punición, pero que se refiere ante la infracción normativa comunitaria puede adentrarse en estos universos del Derecho Penal.

---

<sup>4</sup> Mizrahi, Esteban; *Neopunitivismo y Crisis del Estado de Derecho; en Bien Jurídico, Seguridad y Hecho Punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal*; pág. 17.

<sup>5</sup> Mizrahi, Esteban; óp. Cit.; pág. 17.

Pero si sólo hablamos de luchas sin sentido sobre modalidades de la teoría del delito o criminológicas sin razón, estaríamos yendo por fuera del sentido del artículo.

La mirada de verificar todo como una sociedad riesgosa que siempre será, específicamente, riesgosa, sólo nos lleva más y más a un ámbito de estructuración del Derecho Penal en donde se nos termine persiguiendo por formas erróneas de concebir la humanidad. De tal modo, si damos pie a un Derecho Penal desmesurado, se nos empezará a perseguir, en principio por lo que hacemos, para luego terminar en perseguir por lo que pensamos. Y a partir del momento en que se nos empieza a perseguir por lo que pensamos, amigo mío, se nos terminará persiguiendo por el simple hecho de ser seres humanos. No podemos permitir darle pie a un Derecho Penal que sea la anticipación del riesgo en extremo, pues esto supondría un criterio que no tendría límites en lo absoluto.

Desde el otro lado, haciendo mención al sistema de prevención antes del riesgo, no debemos dejar pasar los teoremas que especulan su prevención ante la educación de la comunidad, algo que me parece extremadamente correcto. Tal vez la crítica radica en qué clase de educación o en qué modelos dogmáticos basaremos la enseñanza de los principios que introduciremos en la educación, pero la misma no deja de ser un pasaje directo hacia la evitación de modelos punitivos.

La sanción, el modelo no punitivo, puede reflejarse, y de hecho lo hace, en un sistema de adecuación de motivos para enseñar mecanismos valorativos o medios de interacción social. El entrar a un lugar y dar las gracias, el dar ayuda ante la necesidad es también un medio para poder ser considerado como sinónimo de educación. ¿Por qué no podría serlo el enseñar valores de prevención del delito como el “no robar” o “no matar”? Esto es totalmente concebible. Ahora, sabemos que muchas críticas dirán que no se puede enseñar a no robar en la escuela, pues no deja de ser un modelo que depende de la enseñanza ética o moral de la casa de cada individuo. Esto será así según la concepción sobre el delito que se tenga y cómo prevenirlo, pero no implica que no puedan tener los centros de enseñanza, la moralidad pública, los medios de comunicación como así también demás medios de enseñanza ética social mecanismos para poder revertir el camino desviado que se puede dar en un individuo sin necesidad de recaer en un accionar punitivo. Esto también es sanción, pues se trata de sancionar el comportamiento desviado (según el criterio del comportamiento que se considera como el adecuado a la sociedad, algo discutido que no trataré en este artículo) para revertirlo al correcto, sin necesidad de recaer en la punición, el medio de violencia, lo sangriento.

La prevención educativa es un medio de reducción del daño valorativo comunitario que forma parte de un elemento de la Política Criminal a tomar en cuenta. No podemos dejarlo pasar. Ahora, este modelo de prevención educativo no sólo debe concebirse en las escuelas, si se hace mención solo a ellas, sino también en el hogar, en los centros deportivos, de recreación, etc. La prevención del delito sin recaer en un modelo sangriento, es tarea de todos y es posible.

Incluso, si ya es tarde la interacción, en los centros de rehabilitación social, tales como las cárceles, no necesariamente se debe recaer en el castigo innato, pues eso nada tiene que ver con la rehabilitación. La educación, la música, el arte, medios de planificación de la vida por fuera del delito a través de la capacitación es posible y debería ser tarea mayúscula en los centros penitenciarios. Es un modo para poder erradicar la mirada de sangre del Derecho Penal, a pesar de que la conducta del mismo siempre es tardía, ante un hecho de violencia. De ahí la famosa expresión que reza que “El Derecho Penal siempre es el caballo que va detrás del carro”.

## **2.4 Finalidad Restaurativa- valorativa (de valores)**

El último paso de la finalidad puede que exigida del Derecho Penal, radica en el criterio de considerar que su finalidad es la de restaurar los valores perdidos por parte de la comunidad. La diferencia con la finalidad moral es que, en la segunda, el Derecho Penal toma los valores morales y los reconstruye hacia lo que fue la infracción. La moral simplemente existe y el Derecho Penal la aplica ante la sanción. Así, matar es malo porque moralmente matar está mal, por lo que el Derecho Penal toma esa moral y la interpreta en sus resoluciones o castigos.

En la finalidad restaurativa-valorativa, a pesar del nombre dado, que ya explicaremos el por qué del mismo, el Derecho Penal parece tener la función de crear mecanismos valorativos, crear valores especiales a través de las resoluciones, convirtiéndose en una especie de creador de pautas de conductas que van más allá, pues ya no interpreta el sentido ético o moral, sino que los crea. Si el Derecho Penal tiene la función ya no de interpretar la moral o la ética, sino de crearla, radica la ciencia Penal en una suerte de filosofía del comportamiento espiritual que puede crear dogmas que van más allá de la función del Derecho Penal concebido comúnmente, sino que permanece en una suerte de compartimento que se relaciona con modelos civilistas de restauración.

Esta finalidad recibe este nombre porque se considera que hay valores perdidos que el Derecho Penal debe crear para restaurar las conductas que están por fuera de lo necesario comunalmente. Al menos civilmente, se busca una suerte de restauración compensatoria que permita restaurar (volver las fojas a cero) ante el daño sufrido por una conducta civilmente reprochable. Penalmente, a través de esta finalidad, se trataría de lograr algo similar, por no decir lo mismo, suponiendo que los casos penales son siempre más groseros o extremos que lo concebido en forma civil.

Así, el Derecho Penal, bajo este dogma, busca planificarse como restaurador de situaciones que son dichosas de ser modificadas a través de la frase de “te quito algo pero para darle algo a alguien”. Ya no entra en noción la estructura de la pena típica de hacer sufrir o castigar. Bajo esta premisa, se busca lograr conseguir con el Derecho Penal un modelo de interacción comunitario en donde cada quien sea responsable y trate de corregir su conducta dando algo a cambio.

Tal vez bajo el influjo del modelo capitalista, se trató de recaer en el modelo de sanción tras el encerramiento carcelario por una conducta inapropiada. En este sendero, la cárcel era el castigo que recaía sobre el sujeto que no era capaz de producir para el modelo incipiente de recaudación monetaria. A pesar de ser un modelo incipiente, terminó por consagrarse como un modelo extremo que hasta el día de hoy perdura. Así, la cárcel pasaría ya no a ser una estructura considerada como un mero patíbulo de estadía previa hasta llegar al juicio central, sino que pasaría a ser la privación de la libertad un mecanismo legal que recaería sobre el sujeto que no era capaz de adaptarse al sistema de alta productividad.

Si bien esta es la concepción histórica sobre el ideal carcelario, tengo mis dudas sobre si el nacimiento de la cárcel opera de tal modo o no deja de ser un medio para adoctrinar a ciertas personas que no siguen las reglas entendidas como las correctas comunalmente.

Sea como sea, la mirada trascendental del modelo del Derecho Penal moderno, tras concebirse sólo desde este ámbito, perdió el rumbo de concepción no necesariamente punitivo, sino sancionador.

En las culturas lejanas, en la antigüedad, el concebir al Derecho Penal como algo basado en la sangre no era para nada común. Era más bien totalmente extraño. Así, el sistema de castigo sólo presuponía que ante una infracción se debía buscar una reparación del daño acontecido. No podía el Derecho Penal ser sangre, pues la sangre iba contra la terminología del verdadero sistema comunal.

Es lógico que en las culturas populares siempre se concebía al Derecho Penal como mecanismo de hacer sufrir u ocasionar un daño. Por ejemplo, era conocida en las culturas aztecas que a los encartados se les sacaba el corazón como señal de sacrificio, o incluso a los prisioneros productos de guerras, que ni siquiera habían cometido un delito, por lo que era cuestionable la noción de hacer sufrir por un mal. Así todo, en esta noción de que siempre existió el mal ante un mal, se perdió de vista un modelo restaurador también existente en culturas tales como las de oriente, o culturas aborígenes latinoamericanas que no imaginaban la pena como algo encaminado al sufrimiento. El Derecho Penal era no separable de la cuestión civil, siendo la compensación económica, el modelo de reparación en la medida de lo posible, un sentido inherente a la pena.

De esta noción, cabe entender que nuestra idea sobre la separación terminológica de sanción y pena tiene un fundamento histórico no estructurada en un mero capricho. Señales tales como el famoso "malón" que culturas tales como la Mapuche, a través del seguimiento de las normas del Az Mapu, cabe entender que no siempre existen formas de punición, sino sanciones que no involucran el daño.

El Az Mapu es el reflejo de la sustanciación de una suerte de código universal que no sólo está inscrito en el corazón del pueblo indígena, sino que, si se me permite, dentro de las variaciones sentimentales de las relaciones sociales que permiten entender que no toda forma de solución debe

radicar en una cuestión de daño. Existen formas más pacíficas, más estructuradas, más notorias de la humanidad como tal para poder interponerse a la resolución de un conflicto.

Las formas de solución en las culturas indígenas no siempre son de sangre. En la cultura Mapuche, cultura que tomaré como ejemplo (pues existe un Az Mapu en otras culturas, no sólo esta), se deja ver esta forma de solución, tomando en cuenta mecanismos autocompositivos como la intervención de un tercero que actúa como amigable componedor. Así, entra en juego el llamado malón, mecanismos de restablecimiento de las estructuras sociales corrompidas por un comportamiento inadecuado socialmente.

Existe una proposición en la interacción del cuerpo de acción comunitario como una correspondencia y correlación con la sanción impuesta ante el mal; que repito, no necesariamente es un daño físico.

El malón es la manifestación de una molestia o comportamiento desvirtuado de lo comunitario que es aplicado al mismo sujeto infractor o a un tercero para que solucione la desproporción de la situación. A través de estas medidas, el malón puede involucrar violencia, pero incluso si la involucra, es una lucha igualitaria entre hombres, mujeres, ancianos o jóvenes entre sí, en donde puede implicar un cachetazo o una trompada y punto. Asunto solucionado.

Incluso, lo más llamativo es la interacción que puede consistir en la charla ante el mal cometido, siendo la cuestión del malón la de tratar de establecer un acuerdo ante tal mal. En el malón, existe un reclamo, y ese reclamo involucra a los jefes de familia o a los individuos infractores. Tal vez sea lo más parecido a un reclamo comunal que involucra a las familias de la comunidad toda. Todavía parte del malón es concebible de manera física con la violencia, pero esta disputa no tiene como fin el sufrimiento, sino más bien la tonalidad de acuerdo entre las partes, en donde, al terminar la disputa, el asunto quedará solucionado. Pueden las partes citarse a primera hora para darse golpes y puños, peleando desnudos con público o sin él. Con el malón se trata de recuperar el equilibrio, se afirma, y siempre este irá de la mano de la proporcionalidad.

En este sentido, el malón tiene un sentido de respeto, pues implica el estatus que una persona ocupa dentro de la institución comunal, al ser parte del sistema del Az Mapu. Los terceros también pueden formar parte de la resolución del conflicto, siendo estructurados en una suerte de mediación, de amigable componedor más que de juez. Ya no se sanciona, sino que trata de equilibrar la aplicación de la ley que más que social, es una ley espiritual.

En cuanto al procedimiento del Az Mapu, la justicia Mapuche acostumbraba a citar a las partes en una especie de audiencia con los familiares, testigos y víctimas en donde se aportan las pruebas oralmente. Así, con una especie de amonestación psicológica espiritual, se suele producir la confesión del infractor.

En esta forma de consideración de la sanción, se ve que la sanción moral es más importante que la sanción punitiva del castigo. Castigar puede que sea asimilado a la sanción, pues esto es posible, pero esto no quiere decir que se deba buscar el hacer sufrir, pues la moral como forma de infracción también forma parte como elemento de cambio conductual. Se debe tener cuidado con el aspecto de la moral como tal, pues por medio de la instauración de una moral fue que la Iglesia, allá por la Edad Media, llevó a cabo innumerables muertes y matanzas.

Así todo, si se concibe a la moral como mecanismo de interacción y no como forma de sanción, ha de suponerse que esta es fundamental en comunidades pequeñas. Es difícil tomar en cuenta una comunidad que se base en la infracción y poseer una reacción moral sin caer en cuestiones más punitivas, pues la sanción moral siempre será parte de pequeñas comunidades. A mayor escala comunal, se deja de lado tal sanción. Esto no quiere decir que las sanciones morales no recaigan en mecanismos de restauración o modelos más civiles como indemnizaciones y compensaciones. Bajo esta cuestión, considerar que se pueden involucrar modelos más civiles o de restauración en el eje Penal de comunidades numerosas, me parece netamente posible.

En las sanciones que se involucran en la comunidad Mapuche, la comunidad tomada como ejemplo, se le trata de dar importancia a la restauración del daño y reinserción del sujeto a la comunidad, pues el mismo, por fuera de sistema comunal, lo pierde todo. Si bien hemos mencionado tal comunidad, no escapa de las formas primitivas de restauración no punitivas, pues lo que se busca, básicamente, es que el sujeto entienda su conducta malvada y trate de revertir el daño causado en la medida de lo posible. Si no da resultado, se lleva a cabo el aislamiento, y como medida más grave, la expulsión de la comunidad, lo que supone que el sujeto abandone su raíz y lo lleva a una suerte de destierro al no permitírsele entrar de nuevo a la misma. Tal vez, para nuestro sistema, esto no sea nada, pero para la comunidad Mapuche es sumamente importante.

En esta comunidad, se ve claramente que se ven renuentes a la aplicación de penas tales como la privación de la libertad en un sistema carcelario, pues consideran que no sirve para nada. Se entiende que la misma, como en las comunidades que adoptan tal esquema de sanción, que dentro de una estructura carcelaria la persona sólo sale peor de lo que entró y no le hace un bien alguno el sometimiento en tal sistema. Incluso, muchas veces se introduce el modelo de trabajo para que la persona, en lugar de ir preso, trate de dar un "beneficio" a la sociedad por medio de una labor comunal. Así, se mantiene en libertad a la persona, controlada y le da un beneficio a lo social por medio de un esfuerzo. ¿Acaso no se puede aplicar esto en nuestro sistema?. Sin ánimo de ofender ni desprestigiar a la comunidad aborigen, pero si consideramos que, acorde a los dichos comunes de nuestro modo de vida, se dice que nuestra sociedad es más "civilizada" que la misma, ¿cómo es posible que sus sanciones sean en cambio más civilizadas y lógicas que las nuestras?. Es lógico que ante un homicidio el trabajo no servirá de nada, pero al menos dará productividad ante el mal cometido. Además, puede adquirir hábito de trabajo. Pero la cuestión tan netamente organicista

carcelaria no hace más que echar por la borda esta idea. Excede el marco de este artículo señalar esto, pero es algo que no se puede dejar pasar.

El sistema de sanción al no ser escrito, sino más bien oral, se concibe como una forma de regulación de los conflictos que forman parte de la conciencia colectiva, del ser y de la espiritualidad del todo social. Ya casi no se habla de la culpabilidad ante un mal cometido, sino que ese mal forma parte de la comunidad. Ante un mal, es la sociedad la que se perjudica y no sólo el sujeto activo. Si el sujeto tiene un comportamiento inadecuado ante la sociedad, es la comunidad la que se perjudica ante tal hecho. Se llega a valorar, por ende, la graduación del hecho ante la contribución o no del sujeto ante la comunidad. Si bien puede que sea valorado como excedente del ámbito de libertad sobre el hecho, esto le da una nueva chance al sujeto de ser considerado como un ente capaz de integrarse y de ser concebido con una nueva oportunidad ante el mal ocasionado por su importancia comunal. Cabe decir que esa importancia comunal siempre será evaluada de manera concreta y no abstracta, siendo esa forma específica la de la productividad que el sujeto importa a la comunidad.

Esto no se pierde acorde a la edad de los jóvenes, pues desde muy temprano estos aportan productividad a la comunidad. Tal vez, se pierde este sistema cuando el joven es, precisamente, muy joven, pero esto no viene al caso, pues es inconcebible que alguien muy joven cometa una infracción social (al menos allí).

El Az Mapu, ente regulador de la convivencia social, forma parte como un sistema de regulación y equilibrio social, de la paz social. Si bien el sistema de equilibrio es distinto al nuestro, pues existen claras manifestaciones que para nosotros no son para nada infracciones y para ellos resultan sumamente graves, no quiere decir que no se puede equiparar un sistema de infracción/sanción a nuestro propio mirador sancionatorio.

Todo el modelo, al tratarse de un modelo de equilibrio, trata de fundamentar su posición en un ente de mediación, de reciprocidad y de adecuación social de ciertas conductas que no sean extrañas a la comunidad. De algún modo, esa mirada Welsiana de verificar si las conductas eran o no acatables a la adecuación social, no deja de ser un criterio fundado en el sentido indígena tal como estamos manifestando. La adecuación social de la conducta aborígen es una cuestión que se basa en que ciertas conductas pueden y deben quedar subsumidas dentro de la materia y argumento comunitario, sin involucrar al hombre blanco. Así, existe un sistema de una justicia restaurativa y se aplican técnicas de mediación.

Con estas pautas, el sujeto infractor trata de ser integrado otra vez a la comunidad, y que pueda comprender que sus conductas fueron contrarias a la tolerada por la comunidad. El sentido y sentimiento moral es enorme, muy distinto al sentido legal moderno.

De esta forma, se verifica que la persona entiende que su conducta, por el sentimiento moral que conlleva la misma, atenta no sólo contra la comunidad, sino también contra él mismo. Esto lo termina

perjudicando al verificar que ya no forma parte del todo social de la forma adecuada a como debe ser, independientemente que lo expulsen o no. Creo que la cuestión a tratar es la de entender si a la persona le interesa formar parte o no de la comunidad. Por lo general, en el sentido aborígen, esto es entendible y acatado a raja tabla por el sujeto infractor. Habría que ponerse a pensar si en nuestra sociedad esto puede ser aplicado en estos términos.

De alguna manera, la pena siempre es fundamentada en un Derecho Penal de acto y de autor, pues si bien se toma en consideración el acto principalmente, no quiere decir que, a modo de beneficio y nunca en perjuicio, se tome la personalidad del mismo como forma de infracción que agrave su situación. En los ejes de expulsión de las personas por los delitos más graves en la comunidad aborígen, se los expulsa porque sus “hechos” fueron graves. Tal vez, es una nueva forma de volver a la ambiciosa y tan anhelada doctrina kantiana de la imputación, de la cual formamos parte por considerarla como la más adecuada y ordenada a la teoría del delito.

Sin más, y volviendo al tema de este acápite, la justicia restaurativa del Derecho Penal tiene como fin volver las cosas a fojas cero. El problema radica en la mención o significado que se le da a “volver las cosas a fojas cero”. Es obvio que ante un homicidio una persona no puede resucitar, pero sí es totalmente accesible buscar nuevas formas de resolución de conflictos que no necesariamente integren el daño al otro. El ejemplo aborígen lo demuestra, criterios que pueden ser interpretados por nuestro sistema Penal.

Esto nos devuelve a la vieja distinción entre punición y sanción, en donde la punición integra la violencia, el daño y castigo por el mal realizado, el hacer sufrir. Mientras que la sanción integra la reestructuración o tratar de volver a comenzar, tratar de buscar un acuerdo o restaurar el medio de infracción. ¿Acaso no podemos volver a esta forma de resolución?.

Las críticas que se le harán a esta forma, si se quiere decir eso, ya fueron hechas por nosotros mismos cuando hemos mencionado las posibles críticas al abolicionismo en otra exposición. Es obvio que no podemos sentar a un violador y asesino de una niña de 5 años frente a la madre y tratar de que lleguen a un acuerdo. Esto no es posible. Pero podemos considerar que si en ese caso es posible que la persona se reintegre en la cárcel, se puede amoldar a los valores sociales a través de la educación, ¿por qué no hacerlo?. Si suponemos que la madre quiere sangre ante tal hecho, no quiere decir que el Derecho Penal deba dar sangre sin más y no actuar como un modelo regulador. Además, dejando de lado este caso, hay otros casos en los que existen maneras más leves de solucionar conflictos. Por ejemplo, en el caso del robo de una moto, si la persona víctimas quiere recuperar la misma solamente, ¿podemos obligar al Derecho Penal a que intervenga?. ¿No se solucionaría todo con la restitución de la moto?. Si se quiere meter preso al sujeto ladrón ante la restitución de la moto, sólo cabe suponer que estamos en un Derecho Penal de autor, pues es ante la peligrosidad en donde se recae en tal circunstancia.

Las objeciones radican en cómo explicar esta justicia restaurativa dentro del Derecho Penal con los delitos más graves, pero esta clase de justicia no implica llegar siempre a una mediación. Puede que exista un modelo de compensación casi civilista, de adecuación, de tareas alternativas, etc. No quiere decir que inmediatamente al pensar en nuevas formas, siempre estemos hablando de mediaciones penales. Además, sería una especie de búsqueda de otra forma de sanción, no obligando a la víctima a que tenga que aceptar tal forma de resolución, sino, induciendo a que puede buscar otra manera de solución, siempre y cuando la solución sea posible.

### **3. ¿Qué queda del Derecho Penal?**

Ya cerrando nuestra exposición, debemos preguntarnos la cuestión principal de este texto ¿Qué queda del Derecho Penal?. Para no adentrarnos en una fundamentación que canse a todos, resumiremos la idea de la siguiente forma: **Queda, y queda mucho**. Hay nuevas miradas que todavía no fueron exportadas, hay formas de manifestación Penal que existen y que aún son desconocidas para la mayoría de las instituciones penales. Queda una raíz del Derecho Penal que puede ser aplicada sin problemática alguna.

Que quede una raíz sin aplicar no exige que esa raíz sea la que funcione sin problema alguno. Esto es lo que se le termina exigiendo al Derecho Penal en los medios de comunicación, en la comunidad, en la vida diaria. El Derecho Penal, tal como hemos dicho, sólo funciona después del conflicto, no antes. ¿No sería inteligente hacer que el Derecho Penal funcione antes pero no a modo de prevención de un riesgo puniendo, sino dando educación?.

El Derecho Penal forma parte del Estado, y el Estado no puede pretender solucionar sus problemas sólo con el Derecho Penal. Pretender hacer esto es tratar de que el Derecho Penal, si se nos permite la expresión, se dogmatice con prácticas netamente políticas, algo peligroso, pues el Derecho Penal no es política.

Las ideas penales deben ir de la mano con cuestiones que se adecuen a una problemática social o comunitaria de todos, y para todos. No puede ser arraigada la cuestión penal a criterios básicos por fuera del orden necesario.

Las formas de fundamento de la imposición del Derecho Penal no están para nada fuera de miradas civiles, administrativas, etc. No necesariamente el Derecho Penal debe basarse en la sangre, pues hay cuestiones que exceden a la imposición de sangre y que culturas lejanas aplican, no dejando de hablar por eso del Derecho Penal.

Tal vez sea necesario una nueva forma de mirada del Derecho Penal que involucre, mayoritariamente, y de manera necesaria, la imposición moral, valorativa o ética. El Derecho Penal, tal como hemos dicho, no es ética ni moral, pero puede basarse en cuestiones que las contengan.

De tal modo, la manera de imponer morales o éticas es a través de la educación precisamente moral, sin dejar cabos sueltos a futuras intervenciones innecesarias del Derecho Penal.

Se dice que el Derecho Penal no puede imponer una moral, y, de hecho, no pretendemos que se imponga una moral. Lo que afirmamos no es más que un dato de la realidad, pues ante un homicidio, un robo, una violación, la realidad moral o ética comunitaria impone como forma de violación de la norma el castigo, la sangre, la violencia. Si se trata de cambiar esa forma por una nueva mirada de restauración, la mora seguirá intacta, pues seguirá existiendo la sanción ante una infracción o violación a la norma, solo que en los casos en los que verdaderamente sea necesario el uso de la fuerza. Tampoco pretendemos deshacernos del Derecho Penal, pues es algo inconcebible.

Queda mucho por dar del Derecho Penal, pues como sistema moderno sólo lleva 3 siglos. Tomando en consideración que el sistema penal como forma dialéctica del espíritu humano en la manera de entender el mundo, siempre ha existido, cabe preguntarse si en esas formas siempre se usó la fuerza como mecanismo de reacción. Ante el estudio dado, no todas las culturas utilizaron la fuerza como respuesta. Muchas, se basaron en cuestiones más leves, laxas y hasta de recomposición para poder llegar a un acuerdo comunitario.

El Derecho Penal puede adoptar estas formas. El Derecho Penal, por ende, recién empieza.