

## Breves reflexiones sobre los fundamentos para la aplicación de la sanción penal

*Notes On The Purposes Of Criminal Punishment*

Stephanie Carolyn Perez\*

### Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar y proponer reflexiones sobre los fundamentos utilizados para la aplicación de la sanción penal; mediante un examen histórico sobre cómo se desarrolló el fenómeno punitivo durante los principales períodos de la historia de la humanidad hasta los actuales momentos. Se busca no sólo brindarle al lector el conocimiento de las más importantes corrientes punitivas, sino, también, crear nuevos enfoques y debates constructivos sobre el tema.

**Palabras clave:** sanción penal, sistema punitivo, Teoría de los fines de la pena

### Abstract

The purpose of this article is to discuss criminal punishment objectives, through a historical analysis of how the punitive phenomenon developed during the main periods of human history until the present time. The aim is not only to enable the reader to know the most important punitive currents, but also to create new approaches and constructive debates on the subject.

**Keywords:** criminal punishment, punitive system, Theory of the purposes of punishment

---

131

\* Alumna del Programa de Doctorado en el Área de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Magíster en Derecho de la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Licenciada en Derecho de la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Docente universitaria. Abogada Criminalista. Correo: stephanie\_carolyn@hotmail.com

## Introducción

Es bien sabido que los actuales sistemas penales se basan en postulados progresistas y humanitarios acerca del fenómeno punitivo; es decir, a pesar de la existencia de la pena y de la necesidad de que el Estado castigue al agente criminal, la pena siempre debe imponerse sobre la base de los derechos y garantías fundamentales del ser humano para evitar así la existencia —y, por consiguiente, la aplicación— de penas crueles, inhumanas o que, de alguna forma, no respeten el postulado de la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, no siempre fue así. En los pueblos primitivos, la pena estaba siempre conectada al sentimiento de venganza de aquél que fue víctima de un delito. Durante ese período eran comunes las prácticas de venganza privada como forma de castigo, que traían consigo guerras interminables entre grupos familiares y debilitaban al grupo social como un todo. Con el paso del tiempo, los grupos sociales y las pequeñas comunidades pasaron por una notoria evolución y progreso. A partir de ese momento, la sociedad pasó a sentir la necesidad de crear un poder central que sería responsable de la aplicación de las penas a los agentes infractores de la norma jurídica. Surge así la figura del Estado, que se hizo cargo del monopolio del *jus puniendi*. Las prácticas de venganza privada

fueron entonces sustituidas por las penas públicas.

Al respecto, Dotti (1998) afirma lo siguiente:

A ideia da pena como instituição de garantia social foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a pena pública que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição. A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens. (p. 31)

El derecho de castigar estaba directamente relacionado con el poder. Sólo podía castigar aquel que tenía el poder, o sea, el Estado. *Punir* era imponer al acusado la marca visible del poder.

En la Antigüedad, la aplicación de una pena estaba justificada con base en fundamentos religiosos a fin de satisfacer la divinidad que había sido ofendida por la práctica del delito; por cuanto se creía que la práctica de un delito era un pecado. En ese período era común la práctica de los sacrificios, que buscaban no sólo apartar la rabia

y la ira de los dioses, sino también traer la purificación de la sociedad e impedir la diseminación de la venganza entre sus miembros. Así ocurría en la sociedad judía, egipcia e, incluso, entre los hindúes.

Sin embargo, con el inicio de la Edad Media surgen las manifestaciones más importantes acerca de la aplicación de la pena en el mundo occidental. Así como ocurría en la Antigüedad, se creía que, al practicar un crimen, el sujeto estaba ofendiendo a Dios y, por esta razón, debía ser castigado para que pudiera salvar su alma y tener una vida eterna. En este período, la Iglesia pasó a tener una fuerte influencia en las cuestiones y decisiones del Estado; tanto así que, por mucho tiempo, el Derecho Canónico fue el único compilado de normas existentes.

Cabe resaltar que, para la sociedad medieval, todo, incluso el poder, venía de Dios. Se decía, entonces, que el derecho de castigar venía de los cielos y le correspondía a la Iglesia ese derecho de castigar al delincuente para salvar así a su alma. La Iglesia contribuyó con el debilitamiento no sólo de la venganza privada, sino, además, de las *ordalías* y *juicios de Dios*, traídos ambos por los pueblos germánicos, que consistían en prácticas marcadas por la残酷 and las supersticiones aplicadas a los delincuentes, obligados, por ejemplo, a caminar sobre el fuego para probar

su inocencia. Las prácticas punitivas de ese período son bien retratadas por San Agustín y Santo Tomás de Aquino, quienes en sus obras trataban de la justicia divina.

Este breve repaso de la evolución de la aplicación de penas a lo largo de la historia conduce luego a la Edad Moderna; que precedió el período del Absolutismo y estuvo marcada por las ideas y principios avanzados de algunos pensadores contrarios a las prácticas medievales del castigo. Entre los autores que retrataron ese período se encuentran Maquiavelo, con su obra *El príncipe*, y Hobbes, con su *Leviatán*. Para el primero, los fines justificaban los medios, sin importar mucho si los medios venían a poner en riesgo los derechos y garantías de cada individuo miembro de la sociedad.

Al respecto, Maquiavelo defendía el poder de intimidación del castigo aplicado por el príncipe, en los siguientes términos:

(...) não se preocupar com a fama de cruel se desejar manter seus súditos unidos e obedientes. Dando os pouquíssimos exemplos necessários, será mais piedoso do que aqueles que, por excessiva piedade, deixam evoluir as desordens, das quais resultam assassinios e rapinas; porque estes costumam prejudicar uma coletividade inteira,

en quanto as execuções ordenadas pelo princípio ofendem apenas um particular. (2004, p.79)

Del análisis de estas ideas expuestas por Maquiavelo, es posible verificar que el filósofo justificaba la aplicación de los castigos por parte del príncipe, en nombre de la seguridad de toda la sociedad. Esta misma intimidación punitiva vendría a ser, un poco más tarde, uno de los pilares sobre los que se sostuvo el Absolutismo.

También se pueden citar las ideas defendidas por Hobbes, conocido por su teoría contractual, el llamado *pacto social para la conservación y la pacificación de la sociedad*. Para este filósofo, los hombres vivían en constante estado de guerra unos contra otros (“el hombre es el lobo del hombre”), y sólo a partir de la elección de un solo hombre (el soberano), que ejerciera el poder de forma absoluta, podría haber paz social. Así, para Hobbes (2003, p.253), las voluntades humanas deberían estar subordinadas a una sola voluntad: la voluntad del soberano. En cuanto a la aplicación de las penas, defendía que el castigo aplicado al delincuente, además de retribuir el mal practicado, debía servir como ejemplo para los demás miembros de la sociedad a fin de que estos no cometieran más delitos: “de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo”.

Entre los siglos XV y XVIII, la estructura de la sociedad europea pasó por diversas transformaciones, especialmente con respecto a la formación de los Estados Nacionales y la sustitución de los feudos por los regímenes de monarquía absoluta; cuyo período más significativo se remonta al reinado de Luis XIV. Durante el período del Absolutismo, la Ley emanaba de la voluntad soberana del rey, que no reconocía la existencia de ningún otro poder y actuaba siempre de forma ilimitada, sin ningún ejercicio de control de sus acciones. No por casualidad Luis XIV expresaba “L’État c’est moi”. Se creía que el soberano era la representación de Dios en la sociedad; razón por la cual se decía que el poder del soberano era un poder divino, venido de los cielos.

Durante ese tiempo, precisamente, ocurrieron las peores manifestaciones del desequilibrio en la aplicación de la pena. Ello se debe a que el período del Absolutismo estuvo marcado por una ejecución de la pena que siempre se daba de forma violenta, cruel e inhumana. En ese entonces eran muy comunes los suplicios, castigos corporales aplicados a los condenados como sanción por la práctica de infracciones penales. Los suplicios tenían lugar en la plaza pública para que toda la población pudiera ver con sus propios ojos lo que el soberano era capaz de hacer con aquellos que practicaban crímenes; lo cual dejaba en claro el carácter esencialmente retributivo de la pena.

En este contexto, es importante sacar a colación la obra *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, donde Foucault retrata muy bien las cuestiones sociales que motivaron los grandes cambios ocurridos en el sistema penal durante la Era Moderna. El filósofo francés declara en esta obra que los suplicios, conocidos como castigos corporales aplicados a los condenados, eran una especie de ritual, que, al mismo tiempo, castigaba a aquellos que habían practicado un crimen (función retributiva de la pena) y servían de ejemplo, pues, por medio de los suplicios, el soberano mostraba a la sociedad lo que sucedía con quien cometía algún tipo de delito (función preventiva de la pena).

Foucault afirma que el suplicio marcaba a la víctima, pues debía dejar en el cuerpo del condenado marcas que no deberían ser borradas ni siquiera por la memoria de los hombres. Con respecto a la justicia, el suplicio era ostentoso, demostraba a todos la gloria de la justicia. Era por medio del suplicio que la justicia manifestaba su fuerza, aunque en la época clásica no hubiera el debido proceso legal y el condenado no fuera juzgado de forma democrática.

En relación con las ideas expresadas por Foucault, Zysman Quirós afirma lo siguiente:

Foucault ha explicado persuasivamente esta racionalidad del casti-

go, al afirmar que las ceremonias públicas tenían lugar en el marco del ejercicio de un poder soberano —y, por ende, jerárquico y necesariamente arbitrario— para el cual eran imprescindibles “toda la serie de los grandes rituales del poder eclipsado y restaurado (...); en los que se desplegaba la fuerza invencible del monarca, como en la coronación o la entrada triunfal del rey en la ciudad conquistada. (...)

Mientras la ceremonia, la publicidad de la ejecución y sus consecuencias hacían visible el poder de castigar, el sufrimiento físico acompañaba esta manifestación de autoridad. Así, el forzado monopolio de la violencia se demostraba en estos actos de prevención general que constituyan una “razón de Estado”. Esta relación estuvo simbolizada por el verdugo, extraña figura nacida junto con el proceso inquisitivo, quien, con su infamia, que transmitía de generación en generación, recordaba la expropiación de la venganza particular por la autoridad estatal. (2012, pp. 53-54)

---

135

Las penas eran extremadamente crueles y se ejecutaban de forma lenta para aumentar el sufrimiento del condenado. El soberano quería que el condenado sintiera cada acto punitivo de manera dolorosa y cruel; por esta razón, la pena tenía como objeto de castigo el cuerpo

del condenado para dejar en él todas sus marcas. En este período no había penas pecuniarias como, por ejemplo, el pago de multas y cestas básicas. Las penas eran sólo corporales; el cuerpo del condenado era el blanco principal de la represión penal.

En *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Foucault describe el castigo aplicado a Damiens, el 2 de marzo de 1757, y permite que el lector pueda imaginar, con base en todos los detalles descritos, cómo ocurrían los suplicios:

Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retracción ante la puerta principal de la Iglesia de París”, adonde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en esa carreta, a la plaza de Grève, y, sobre un cadalso que allí habrá sido levantado, deberán serle atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y, su mano derecha, asido en esta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y, sobre las partes atenaceadas, se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y, a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos, y sus miembros y tronco consumidos

en el fuego, reducidos a cenizas, y sus cenizas arrojadas al viento”. (2002, p. 6)

Durante este período que precedió a la Ilustración, las penas eran, entonces, extremadamente crueles. La práctica reiterada e injustificada de tortura y castigos corporales, y toda aquella crueldad, era siempre practicada en plaza pública, como forma de mostrar para toda la sociedad lo que sucedía con aquellos que practicaban crímenes: la gravedad de los suplicios en nombre de la venganza pública y de la retribución por el delito cometido. El castigo siempre sobrepasaba la gravedad del delito cometido. Por medio de estas sanciones, el Estado mostraba su fuerza y su poder, e intimidaba a la sociedad.

Zysman Quirós sostiene que “por medio del castigo se buscaba no sólo prevenir mediante la intimidación, sino aterrorizar con la desmesura, con una desproporcionalidad que realzaba la jerarquía del monarca y la de sus leyes, en una sociedad que se reconocía desigual” (2012, p. 53). El proceso criminal tramitaba sin la participación del acusado. Era privilegio absoluto de la acusación saber sobre los hechos y aplicar la pena. El acusado no tenía derecho a la defensa y era interrogado una sola vez antes de la pronunciación de la sentencia, que era siempre condenatoria.

Se daba valor absoluto a la confesión del acusado. Sin embargo, en la gran mayoría de casos, la confesión era viciada y falsa. El acusado recibía diversos castigos físicos brutales antes de ser efectivamente procesado y juzgado, y aquellos que no podían resistir la tortura, aunque fueran inocentes de la práctica del delito, acababan confesando la autoría del crimen sólo para verse libres del martirio. Se creía que, si el acusado conseguía resistir la tortura, debía ser declarado inocente, pues su resistencia significaba que él era, de hecho, inocente de las acusaciones imputadas.

Es en el siglo XVIII y principios del siglo XIX, cuando pensadores y filósofos iluministas rompen con el orden entonces vigente, y buscan establecer un nuevo orden social, pautado en valores como la libertad y la igualdad, y alejar las barbaries hasta entonces practicadas por el soberano. Se pretendía, con ese nuevo orden social, alcanzar la dignidad de la persona humana en todas sus acepciones, incluso en la aplicación de las penas.

Así, poco a poco fueron desapareciendo los suplicios. Las penas, que antes se centraban en el cuerpo humano y causaban sufrimiento al condenado, pasaron a ser menos aplicadas de manera física, y se dio más prioridad al carácter correctivo de la pena que a su carácter retributivo. Asimismo, hubo

una notoria alteración acerca de la idea del delito, que dejó de ser un pecado y una agresión a Dios, y pasó a ser considerado una agresión a la sociedad.

El filósofo italiano Cesare Beccaria, también llamado Marqués de Beccaria, que se dio a conocer en Europa tras la edición de su obra *Dei Delitti y delle Pene*, publicada en 1764, se destacó en la defensa de esta nueva corriente de pensamiento que buscaba el carácter humano de la sanción penal. En esta obra, Beccaria tejió duras críticas al sistema penal entonces vigente y atrajo el apoyo de diversos pensadores y filósofos europeos, principalmente de los filósofos franceses.

Beccaria se manifestó de forma clara contra los abusos entonces practicados por el soberano; sobre todo en relación con juicios secretos, tortura, penas infamantes, derecho de venganza, pena de muerte, entre otros. Al abogar por una profunda reforma penal, insistía en que el fin de la pena debía ser impedir al infractor causar nuevos delitos y, al mismo tiempo, retraer a los demás de cometerlos.

---

137

El filósofo criticó el espectáculo de la pena, hasta entonces practicado por medio de los suplicios, ya que el soberano veía en esos espectáculos en la plaza pública la efectividad de la aplicación de la sanción, con el fundamento de que el pueblo, viendo lo

que el Estado era capaz de hacer con un delincuente, optaba por no violar una norma de conducta. Beccaria creía que era la propia condena aplicada al infractor de la norma la que sería una efectiva forma de prevención de la práctica de nuevos crímenes; pues dejaría un signo negativo en la persona del condenado, y no el espectáculo en sí. Así se pronunció Beccaria con respecto a las torturas:

Una残酷ness consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso; bien para constreñirlo a confesar un delito, bien por las contradicciones en que hubiera incurrido, bien para descubrir a los cómplices, bien por no sé qué metafísica e incomprensible purgación de infamia, o bien, finalmente, por otros delitos de los que pudiera ser culpable, pero de los que no está acusado.

(...) Este es un medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles. He aquí los falsos inconvenientes de este pretendido criterio de verdad: criterio digno de un caníbal, y que los romanos —bárbaros también ellos por más de un título— reservaban exclusivamente a los esclavos, víctimas de una feroz y demasiado alabada virtud. De dos hombres igualmente inocentes o culpables,

será absuelto el robusto y valeroso, será condenado el flaco y tímido, en virtud de este exacto raciocinio: Yo, juez, debía encontrarlos reos de tal delito; tu, vigoroso, has sabido resistir al dolor y, por tanto, te absuelvo; tú, débil, has cedido a él y, por tanto, te condeno. Sé que la confesión arrancada entre tormentos no tiene fuerza alguna, pero os atormentaré de nuevo si no confirmáis lo que habéis confesado. (2005, pp. 42 y 44)

Beccaria argumentaba ya en aquella época que bajo tortura cualquier persona iba a admitir la práctica de un crimen para que se pusiera fin a ese brutal sufrimiento. Así, al contrario de lo que creían los monarcas, la tortura no era un medio eficaz para llegar a la verdad.

A propósito, es importante mencionar que, durante el Antiguo Régimen, las penas se aplicaban de acuerdo con la condición social del condenado. Al noble se le concedía el privilegio de tener la cabeza cortada, así su sufrimiento sería menor, mientras que a los individuos de capas sociales más bajas se aplicaban penas crueles, inhumanas y con más sufrimiento, por medio de los suplicios.

En este sentido, entre las más importantes conquistas atribuidas a Beccaria se encuentra la búsqueda por la proporcionalidad en la aplicación de las penas; conquista esta que se hace

presente hasta el día de hoy en los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, ya que la proporcionalidad de las penas es un principio que se debe seguir en la ejecución de la pena. El *principio de proporcionalidad* establece que “as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na combinação das penas nos tipos penais incriminadores” (Nucci, 2011, p. 89).

Así, el *principio de proporcionalidad* determina que debe aplicarse al condenado una pena proporcional a la infracción cometida. De este modo, la aplicación de la justicia resulta efectiva, en la medida en que se busca dar a cada uno lo que le es debido. En este caso, la justicia consiste en aplicarle al condenado la pena debida proporcionalmente, de acuerdo con la infracción penal cometida. Así las cosas, no habría manera de que se le aplique a un condenado por robo, que empleó violencia física y arma de fuego en su acción delictiva, el mismo *quantum* de pena aplicada a un individuo condenado por daño, por ejemplo.

El historiador argentino Abelardo Levaggi describe de la siguiente forma la importancia de los planteamientos de Beccaria:

Beccaria (Cesare Bonesana, Marqués de), sin duda el más importante

de los autores ilustrados, volcó sus ideas en el célebre libro *De los delitos y de las penas* (1764) (...)

Partiendo de la ley natural, que expresa “los principios que impulsan a los hombres a vivir en sociedad”, y, siguiendo, como lo dice, “la huella luminosa de ese gran hombre” que fue Montesquieu, señaló el origen de las penas en la necesidad de defender a la sociedad de quienes atentan contra ella. Pero la pena debe derivar de una absoluta necesidad y “sólo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”. Debe existir proporción entre los delitos y las penas, porque “si se establece una pena igual para dos delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si a este encuentran unida mayor ventaja”.

El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible ni tampoco el de dejar sin efecto un delito ya cometido; el fin “no es otro que el de impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos, y el de disuadir a los demás de hacer como hizo aquél. En consecuencia, las penas

y el método de infligirlas deben ser escogidos de modo que, al conservarse la proporción, produzca una impresión más eficaz y duradera en el ánimo de los hombres, y menos atormentadora, en el cuero del reo".

Combatí la tortura y abogó por la benignidad de las penas, convencido de que "la certidumbre de un castigo, aunque moderado, produce siempre impresión más honda que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad". (1978, pp. 95-96)

En cuanto a que no existe un consenso doctrinal sobre cuándo y con quién habría surgido el estudio científico de la Criminología, no hay duda de que Beccaria ejerció un importante papel en el discurso criminológico como estudio; principalmente por sus críticas al sistema entonces vigente, el Absolutismo. Fue Beccaria quien contribuyó de forma valerosa y notoria a la creación de la llamada Escuela Clásica, cuyos mayores exponentes fueron también Pablo Anselmo von Feuerbach, Francesco Carrara y Giovanni Carmignani.

Al respecto, la Escuela Clásica seguía la pauta del libre albedrío y, en función de ello, la pena tenía sólo un aspecto retributivo. Para Carrara, la pena es un contenido necesario del derecho. Es el mal que la autoridad

pública inflige a un culpable, en razón del delito cometido:

A pena não é simples necessidade de justiça que exija a expiação do mal moral, pois só Deus tem a medida e a potestade de exigir a expiação devida, tampouco é uma mera defesa que procura o interesse dos homens às expensas dos demais; nem é fruto de um sentimento dos homens, que procuram tranquilizar seus ânimos frente ao perigo de ofensas futuras. A pena não é senão a sanção do preceito ditado pela lei eterna, que sempre tende à conservação da humanidade e a proteção de seus direitos, que sempre procede com observância às normas de Justiça, e sempre responde ao sentimento da consciência universal. (Lyra, 1956, p. 6)

Para la Escuela Clásica, la pena es un mal impuesto al individuo que merece un castigo, por causa de una falta considerada crimen, que voluntaria y conscientemente cometió. La finalidad de la pena era entonces el restablecimiento del orden externo en la sociedad.

El profesor Sérgio Salomão Shecaira, en su obra *Criminología*, explica cómo interpretaban el tema de la aplicación de la pena los autores de la Escuela Clásica:

(...) Para a escola criminológica clássica, fundada no contratualismo

de uma burguesia em ascensão, a pena era a reparação do dano causado pela violação de um contrato (o contrato social de Rousseau). No direito civil, quando uma parte viola o contrato, surge a reparação como resultado inevitável daquele descumprimento. No direito penal de uma sociedade baseada metafóricamente nesse mesmo contrato, não há como evitar a necessária reparação do dano por meio da pena. Daí é que surgem penas certas e determinadas, como decorrência dessa matemática reparatória fixa (2004, p. 93)

Para os clássicos, a pena é uma retribuição jurídica que tem como objetivo o restabelecimento da ordem externa violada. A pena, como negação da negação do direito (segundo Hegel), ou o justiçamento do último assassino que se achasse na prisão, caso a sociedade fosse se dissolver (segundo Kant), são exemplos de como a pena tinha como objetivo o restabelecimento da ordem externa (leia-se jurídica) violada. (p.94)

Por su parte, Levaggi expresa lo siguiente:

Las proposiciones fundamentales de los clásicos, adheridos en su mayoría a la filosofía iusnaturalista (Bentham profesó el positivismo legal y combatió

la doctrina del derecho natural) fueron las siguientes:

- el derecho penal tiene un fin tutelar, procura sustraer a los hombres de la tiranía de sus semejantes y ayudarlos a eludir la tiranía de sus propias pasiones;
- no existe delito sin una ley previa que lo determine;
- la ley debe individualizar la pena del delito, que debe ser aplicada ciegamente por el juez (sistema de las penas fijas);
- la pena tiene como finalidad el restablecimiento del orden público alterado por el delito, y tiene el carácter de mal correspondiente al que el criminal ha producido;
- la pena debe ser proporcionada al delito, cierta, conocida, segura;
- la oposición, en principio, a las penas capitales, afflictivas e infamantes;
- el delincuente es responsable cuando sabe lo que hace y quiere hacerlo (libre albedrío); si faltan la inteligencia o la voluntad libre, no existe responsabilidad;
- el libre albedrío con que actúa el delincuente hace que el delito deba ser considerado, en principio, de manera objetiva, adecuando el legislador a este, y no la pena a su autor;
- la necesidad de rodear de garantías tanto el proceso penal como la aplicación de las penas. (1978, p. 97)

Como contrapartida a las ideas de la Escuela Clásica, surgió la Escuela Positiva, cuyos estudios más emblemáticos remiten a la figura de Cesare Lombroso, que fue seguido también por Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. Para la Escuela Positiva, el crimen es un fenómeno natural y social, y la pena es un medio de defensa social. Para los seguidores de esta escuela, el objeto de estudio es el sujeto en sí, y no el acto cometido por él.

En relación con el gran aporte de Beccaria, se cree que la Criminología surgió como ciencia gracias a los estudios de Lombroso; razón por la cual se le considera el creador de la Criminología. Fue a partir de Lombroso que los científicos pasaron a criticar las ideas principiológicas de los filósofos iluministas y encontraron en la Ciencia, y en sus estudios empíricos, fallas en los principios entonces vigentes de la libertad, la igualdad y el libre albedrío para la comisión de delitos, a partir del momento en que defendieron la idea de que el delincuente era tal por razones de determinismo social. El delito no era, por tanto, una cuestión social, sino biológica. Para Lombroso, el criminal era un ser atávico que representaba la regresión del hombre a su estado primitivo. “É um selvagem que já nasce delinquente” (Shecaira, 2004, p. 96).

Enrico Ferri, sucesor de Lombroso, creó la llamada *sociología criminal*. A diferencia de Lombroso, quien guió

su análisis sobre la base de los aspectos biológicos del ser, Ferri basó sus estudios en las ciencias sociales y se alejó del reduccionismo exclusivamente antropológico de Lombroso. Para Ferri, “o fenômeno complexo da criminalidade decorria de fatores antropológicos, físicos e sociais”; “a razão e o fundamento da reação punitiva é a defesa social, que se promove mais eficazmente pela prevenção do que pela repressão as fatos criminosos” (p.99).

Shecaira resume así la manera como los autores del positivismo interpretaron el tema de la aplicación de la pena:

(...) o crime passa a ser reconhecido como um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo da criminalidade a adoção do método experimental. A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, tendo por base a periculosidade. A pena será, pois, uma medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso. Tal medida, ao contrário do que pensavam os clássicos, defensores da pena por tempo determinado, terá denominação de medida de segurança e será por tempo indeterminado, até ser obtida a recuperação do condenado. O criminoso será sempre psicologicamente um anormal, temporária ou permanentemente. (p.103)

Luego de este breve recorrido por la evolución de la aplicación de la pena a lo largo de la historia, es importante ahora hablar sobre la pena, propiamente dicha. La pena es la más importante de las consecuencias jurídicas del delito. Consiste en la privación de libertad o restricción de bienes jurídicos, con lastre en la Ley, impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al agente de una infracción penal (Calón, 1974, p. 16).

La pena constituye la sanción impuesta por el Estado al autor de un crimen, tras un proceso democrático y de respeto de todas las garantías aseguradas al acusado, en especial el contradictorio y la amplia defensa. La pena representa la retribución al delito perpetrado y la prevención de nuevos crímenes. La doctrina subdivide la función preventiva de la pena en dos aspectos, lo general y lo especial, que, a su vez, se subdividen en otros dos grupos.

Al respecto, el juez del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci, explica lo siguiente:

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ella representa a toda a sociedad, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*,

demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. (2011, p. 391)

En términos generales, la función de la pena es i) la retribución al delito cometido; ii) la prevención de la sociedad para evitar la práctica de nuevos delitos; iii) la reeducación (resocialización) del condenado; y iv) la reafirmación del derecho penal, en el sentido de mostrar a la sociedad que existen normas de conducta que se deben seguir y aquellos individuos que no cumplen esas normas serán castigados por el Estado. Esta no deja de ser una variante de la función preventiva de la pena, pues intimida a la sociedad para que el crimen sea evitado.

---

143

Vale la pena tomar en consideración también las lecciones de Levaggi acerca del tema:

De acuerdo con las *Partidas*, la pena es reparación de daño y castigo impuesto al delincuente por

el delito cometido, según la ley. El fin político perseguido por la ley penal fue –según Tomás y Valiente– represivo, no correccional, incluyendo, dentro de la expresión *represivo*, dos propósitos del legislador, sólo separables conceptualmente: *el de castigar* (escarmentar o expiar) al culpable y *el de dar ejemplo a los demás* por medio del temor (intimidar). La Monarquía tenía la idea de que el único procedimiento eficaz para combatir la delincuencia era la represión, y no otros, acaso más encomiables moralmente, pero inútiles en la práctica.

Sin embargo, la doctrina de los autores, además de la expiación y la intimidación, incluyó entre los fines de la pena la corrección del delincuente, entendida esta, como es obvio, según el concepto de entonces. (...) Al fin intimidatorio o ejemplarizador respondieron las *Partidas*, al declarar que “los delitos deben ser escarmentados severamente para que sus autores reciban la pena que merecen y los que lo oyeren se espanten y tomen, por ende, escarmiento”. (1978, p. 53-54)

En cuanto a las funciones de la pena, cabe anotar algunas de las ideas compartidas por Foucault durante la lección del 3 de enero de 1973, en el Collège de France, que fueron compiladas y dieron origen al libro *La sociedad punitiva*:

Quero justificar o título do curso e falar dessa noção de *punição*. Se tomei precisamente essa noção banal, ingênua, frágil, pueril, foi justamente por querer retomar as coisas no próprio nível de seu desenvolvimento histórico, começando pela análise daquilo que poderá ser chamado de “táticas finas da sanção”. Começarei discernindo algumas delas. Parece-me possível discernir quatro grandes formas de táticas punitivas, que definirei como verbos em vez de substantivos.

1/ *Excluir*. Esse termo é aqui empregado no sentido estrito, e não, como no texto de Lévi-Strauss, no sentido de encarcerar, mas no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora. Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade. Trata-se de privá-lo de sua casa, suprimir até a realidade de seu lar, como quando se queima a casa de um bandido ou também –segundo um direito medieval que se prolongou por muito tempo, até nas práticas revolucionárias– [quando se] incendeia o teto da casa da pessoa que se quer banir. Essa tática foiposta em prática de maneira privilegiada na penalidade da Grécia arcaica.

2/ Organizar um ressarcimento, impor uma compensação. Nessa tática, a ruptura da regra e a infração vão provocar dois procedimentos: [por um lado,] a emergência de alguém, indivíduo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa [por outro lado,] provocará algumas obrigações [para] aquele que é considerado infrator. Assim, em torno da infração, não haverá o fenômeno de vazio do primeiro caso, mas a constituição de toda uma rede específica de obrigações, comparável a uma dívida que seria preciso reembolsar ou a um dano que seria preciso reparar. Aquele que infringiu as regras fica assim forçosamente preso a um conjunto de compromissos que o coagem. (...)

3/ Marcar. Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status. (...) O indivíduo que tiver cometido a infração ficará assim marcado por um elemento de memória e reconhecimento. Nesse sistema, a infração já não é aquilo que deve ser resarcido, compensado, reequilibrado, portanto até certo ponto apagado; ao contrário, é aquilo

que deve ser ressaltado, que deve escapar ao esquecimento.

(...)

4/ Encarcerar. Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o XIX. (2015, pp. 7-9)

A modo de ilustración, para demostrar la aplicación de esos conceptos en la práctica, se puede citar el artículo 59 del Código Penal brasileño, que establece que el juez debe fijar la pena, de modo necesario y suficiente para la reprobación y prevención del crimen. El artículo 10 de la Ley de Ejecución Penal de Brasil dispone que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”<sup>1</sup>. Aquí se observa, de forma expresa, la función reeducativa y resocializadora de la pena, adoptada por el ordenamiento jurídico penal brasileño.

Es importante mencionar también lo dispuesto en el artículo 5, apartado 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto San José de Costa Rica), que dispone lo siguiente: “Las penas privativas

<sup>1</sup> Traducción libre: “la asistencia al preso y al interno es deber del Estado para prevenir el crimen y orientar el retorno a la convivencia en sociedad”.

de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Es posible ver, por lo tanto, que la función de la pena es, por excelencia, castigar al infractor de la norma, aquel que trae desequilibrio y desorden para la sociedad, pero, al mismo tiempo, re-educarlo y prepararlo para el retorno a la sociedad.

La letra de la Ley es atractiva y muy noble, es la intención del legislador, pero, como bien se sabe, en la práctica, sobre todo en los países de América del Sur, es imposible que esto ocurra. En algunos países latinos existen altos índices de criminalidad. Los presidios están superpoblados y los encarcelados conviven a diario con situaciones de extrema violación de derechos humanos; principalmente, de la dignidad humana.

Por la ineficacia e ineeficiencia del Estado, en el sentido de hacer cumplir la función de la pena, y aun por causa de los elevados índices de criminalidad, ha surgido en algunos países de América Latina lo que se denomina "justicia restaurativa"; por medio de la cual el Estado actúa y crea oportunidades para que las personas involucradas en el conflicto (autor y receptor del hecho, familiares y comunidad) puedan conversar y entender la causa real del conflicto a fin de restaurar la armonía y el equilibrio entre todos. De esta manera, el proceso se transforma

en una posibilidad de composición y conciliación entre el autor, el Estado y la víctima.

La visión moderna y actual del derecho penal busca evitar, al máximo, el encarcelamiento del individuo, mediante la aplicación de formas alternativas de pena para el condenado. Específicamente, en Brasil, ejemplo claro de esta nueva justicia restaurativa es la creación de la Ley n.º 9.099/95, la Ley de los llamados Juzgados Especiales Criminales, que permite la transacción penal para determinados delitos, como sustitución de la aplicación de la pena al infractor de la norma penal, lo cual evita así su encarcelamiento. Existen, además, los institutos de la sustitución de la pena de privación de libertad, previstos en el artículo 44, y siguientes, del Código Penal, y también la suspensión condicional de la pena, prevista en el artículo 77 de ese mismo texto jurídico.

En lo que se refiere a la población carcelaria, es verdad que Brasil ocupa una posición que no se debe pasar por alto. El país tiene una de las poblaciones carcelarias más grandes del mundo y los números tienden a aumentar cada vez más, especialmente debido al rigor que el legislador infraconstitucional le está dando al derecho penal; como si aumentar las penas y crear tipos criminales fueran las soluciones correctas para enfrentar el problema de la criminalidad. Si, por un lado,

se busca poner fin a la criminalidad, por otro lado, existe una falla técnica legislativa para elegir los instrumentos y herramientas verdaderamente útiles en ese esfuerzo.

No hay manera de negar que el derecho penal y el derecho procesal penal viven una nueva era; una realidad donde surgen nuevos intereses y derechos. El científico del derecho y el aplicador de la Ley deben estar preparados para esta nueva realidad. La primera lección que deben tener en mente es el desprendimiento del derecho penal estrictamente punitivo. Hoy se busca evitar el encarcelamiento del individuo, a través de medidas sancionadoras más efectivas, como forma de reeducación, resocialización y prevención de nuevos delitos. Cada caso debe analizarse por separado con el fin de verificar la efectividad de la pena en cada situación concreta; pues no siempre el encarcelamiento es la mejor solución. El científico del derecho debe estar preparado para enfrentar esta nueva realidad, para desprenderse de conceptos anticuados e ideales desfasados acerca de la finalidad del derecho penal y de la función de la pena.

A continuación, se presentan las principales teorías de los fines de la pena.

## 1. Teorías de los fines de la pena

Son diversas las teorías que buscan justificar los fines y fundamentos de la pena, y que, a partir de diferentes paradigmas, intentan construir discursos legitimadores de la intervención penal; especialmente, en lo relacionado con sus fundamentos de justicia, sus metas y funciones. La doctrina las divide en cuatro principales grupos, a los cuales se hace referencia, a continuación.

### 1.1 Teorías absolutas o de justicia ( pena retributiva y expiatoria)

Fueron defensores de las teorías absolutas, entre otros, Carrara, Petrocelli, Maggiore y Bettoli, en Italia, y Binding, Maurach, Welzel y Mezger, en Alemania. Para las teorías absolutas, la pena es la represalia y la expiación, una exigencia absoluta de justicia con fines aflictivos y retributivos, que se opone a cualquier finalidad utilitaria.

Al respecto, Bitencourt expresa lo siguiente:

147

(...) segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa

do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. (1999, p. 99)

Las llamadas *teorías absolutas* se apoyan en la filosofía del idealismo; particularmente, en Kant y Hegel. La pena encuentra su fundamento de validez sólo en relación con el delito cometido y, según su gravedad, se determina la cantidad de pena que será aplicada. Así, la pena es retribución y compensación del mal causado por la práctica del crimen. La pena es un fin en sí misma; es decir, la práctica de un delito constituye una falta de respeto a la voluntad general de la sociedad, representada por la soberanía ejercida por el Estado, a través de la orden jurídica. En este contexto, la pena tendría la función de compensar y retribuir la conducta del agente que violó la orden jurídica, y, de este modo, confirmar la orden jurídica vigente.

148

Para los seguidores de esta teoría, el condenado debe ser castigado sólo por haber delinquido. La teoría absoluta responde que se debe castigar porque alguien cometió un delito; la pena tiene que imponerse por razones de justicia, por imperio del derecho. No se habla de la utilidad de la pena, de modo que esta teoría ignora toda función

preventiva –especial o general– de la pena: “*A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito*” (p. 103).

Por su parte, Immanuel Kant anotaba lo siguiente:

A pena judicial (*poena forensis*), distinta da natural (*poena naturalis*), pela que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão-somente porque delinqüiu; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos de direito real (*Sachenrecht*); diante disso, protege-se sua personalidade inata, ainda que possa ser condenado a perder a personalidade civil. Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus concidadãos deve ter sido julgado como merecedor de punição. A lei penal é um imperativo categórico. (1999, pp.166-167)

Kant resalta que no se trata de obtener utilidades de la pena, sino que lo decisivo debe ser la proporcionalidad con el anhelo de la pura y estricta justicia.

A su vez, Hegel también era defensor de una teoría retributiva de la pena. Su tesis se resumía en su conocida frase: “La pena es la negación de la negación del derecho” (pp. 166-167). En Hegel, el fundamento de la pena es jurídico, ya que está destinada a restablecer la vigencia de la voluntad general, que es la Ley, si era negada por la voluntad del delincuente. Ella es una exigencia de justicia y se funda en la pura retribución. Es un fin en sí mismo y no sirve a ningún otro propósito que no sea el de recompensar el mal con el mal (fundamento metafísico Kantiano). No tiene, pues, una finalidad, si se considera objetivamente (pp. 166-167).

Determinadas notas son comunes a las teorías absolutas de la pena: (i) se debe retribuir al autor del delito con una pena equivalente al mal que la persona ocasionó; (ii) en ningún caso la pena tiene que perseguir finalidades útiles de prevención del delito; es decir, las teorías absolutas miraban hacia el pasado, por cuanto se limitaban a retribuir el mal ya causado.

La crítica que se puede formular a estas teorías se relaciona con la idea de que la pena se basa sólo en el aspecto punitivo y retributivo de su aplicación; en otras palabras, la pena representa sólo la retribución al agente que infringió la norma penal. Es únicamente un castigo aplicado al agresor de la norma violada, que le impone el deber de pagar por

el mal hecho. Desde esta perspectiva, la pena no representa ninguna utilidad para la sociedad, solo presupone su necesidad: retribuir el mal hecho por el agente criminal. Las teorías absolutas no buscaron ninguna utilidad a la imposición de la pena; simplemente, fue entendiéndose que era justo pagar al mal con otro mal, ya fuera como castigo, corresponsabilidad, reacción o retribución del delito.

Así se formula el principio retributivo más conocido: la Ley de Talión, que defiende la retribución de un mal con otro igual. La privación de la libertad, el aislamiento del individuo, la imposición de pérdida de contacto con sus familiares para quienes violaron la orden jurídica, la privación de la luz solar, de espacio, de condiciones dignas de vida, entre otras situaciones que resultan de la aplicación de la sanción, no son aptas para la resocialización del individuo. Por lo tanto, lo que existe es una evidente falta de utilidad en la aplicación de la sanción basada en la perspectiva de esta corriente; en especial, porque el individuo es considerado como un simple instrumento de aplicación de la pena. Además, compensar un mal con otro mal no es legal, y mucho menos democrático, porque la función del derecho penal es proteger bienes jurídicos, no promover actos de venganza social.

En la actualidad, la noción de retribución jurídica implica que la pena debe

ser proporcional al injusto cometido. Por ende, esta concepción no representa un sentimiento de venganza social, sino que equivale a un principio limitativo, según el cual el delito practicado debe ser el fundamento y el límite de la pena, que, cabe insistir, debe ser proporcional a la gravedad del crimen cometido.

## 1.2 Teorías relativas (prevención general, prevención especial, concepción utilitaria de la pena)

El origen de estas teorías se remonta al pensamiento iluminista del siglo XVIII. Los seguidores de la teoría relativa encuentran el fundamento de validez de la pena en la necesidad de prevenir la práctica de delitos. En efecto, se trata de un instrumento preventivo de garantía social para evitar la práctica de crímenes; lo cual quiere decir que la pena se fundamenta por sus fines preventivos generales o especiales, y por razones de utilidad social.

Las teorías relativas de la pena se orientan hacia el futuro. Utilizar la pena como un instrumento que permita evitar el delito y proteger de este modo bienes jurídicos considerados importantes para la convivencia social. La aplicación de la pena se concibe como un medio para alcanzar un determinado fin: la prevención de la práctica de nuevos crímenes.

La prevención general está relacionada con la intimidación, es decir, con el temor causado en los individuos por la amenaza de la aplicación de la pena. De esta forma, se busca la producción de efectos inhibitorios a la realización de conductas delictivas, de modo que los individuos opten por no cometer crímenes, en función del miedo de sufrir una sanción penal.

Entre los defensores de la teoría de la prevención general de la pena, sobresalen Beccaria, Bentham, Feuerbach, Filangieri y Schopenhauer. En este sentido, Anselm Ritter von Feuerbach formuló la Teoría de la Coacción Psicológica, según la cual la pena previene la práctica de delitos porque intimida psicológicamente a sus destinatarios: “é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade” (Bitencourt, 1993, p. 115).

Es importante mencionar que la prevención general se divide en positiva y negativa. La primera representa la idea de que la pena tiene una función retributiva del injusto cometido, en la exacta medida de la gravedad de la conducta, y reafirma la existencia del ordenamiento jurídico, en especial del derecho penal. A su vez, la prevención general negativa implica el poder intimidante ejercido por la pena aplicada al delincuente.

Zaffaroni afirma que la prevención general positiva “produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados,

pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social, en general (y en el sistema penal, en particular)”; en cuanto a la prevención general negativa, “sostiene que la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan (2017, p. 42).

Por su parte, la prevención especial representa la actuación del derecho penal y, en especial, de la pena sobre la persona del delincuente a fin de evitar que vuelva a cometer crímenes en el futuro. Así, mientras que la prevención general, como su nombre lo indica, está destinada a todos los miembros dentro de una sociedad, la prevención especial está dirigida, exclusivamente, al individuo que cometió un acto ilícito. La pena es, entonces, un mal necesario, en la medida en que busca corregir al que delinquió.

La teoría de la prevención especial mira al sujeto que ya ha delinquido para intentar que no vuelva a hacerlo. La prevención especial también se divide en *positiva* y *negativa*. La primera representa la propuesta de resocialización del delincuente de la que se acompaña la pena, mientras que la segunda conlleva la intimidación del que cometió el delito para que no vuelva a delinquir; es la neutralización del transgresor de la norma jurídica.

Vale la pena citar las siguientes palabras de Zaffaroni, con respecto a las teorías relativas:

Las teorías más difundidas son las que desde 1830 se llaman relativas, o sea, las que asignan a la pena funciones prácticas y verificables. Existen dos grandes grupos de teorías legitimantes denominadas relativas: (a) las que sostienen que las penas actúan sobre los que no han delinquido son las llamadas *teorías de la prevención general*, y se subdividen en *negativas* (disuasorias, provocan miedo) y *positivas* (reforzadoras, generan confianza); y (b) las que afirman que actúan sobre los que han delinquido, denominadas *teorías de la prevención especial*, que se subdividen en *negativas* (neutralizantes) y *positivas* (ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona). (p. 42)

A diferencia de las teorías absolutas, que ven en la aplicación de la pena sólo el carácter retributivo del mal ejercido por el agente que viola la orden jurídica, las teorías relativas buscan crear un propósito para justificar la aplicación de la pena. Así, la pena ya no es un fin, sino un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos. Esta visión permite analizar la pena con base en un aspecto utilitario e instrumental.

A partir de lo expuesto, se puede comprobar que, para las teorías absolutas, una vez cometido el delito, la pena aparece como una forma de retribuir al agente el mal causado. En cuanto a las teorías relativas, la aplicación de la pena se convierte en un instrumento de función esencialmente preventiva para la práctica de nuevos delitos por parte de los otros miembros de la sociedad; teniendo en cuenta que la pena se ve como un medio para defender la sociedad a través de la intimidación.

A pesar de representar un avance importante con respecto a la finalidad de la pena, que, como se dijo, ya no es un fin, sino un medio, esta teoría también amerita algunas críticas. Ello se debe a que la pena se trata como una coerción psicológica; es decir, es una amenaza impuesta al individuo, en el sentido de que, si algún miembro de la sociedad no guía su conducta de acuerdo con las reglas jurídicas de esa sociedad, se aplicará un mal mayor contra él, esto es, una sanción penal. Esta aplicación servirá como prevención para los demás miembros, de modo que nuevos delitos no se practiquen por igual.

Aquí, precisamente, surge una crítica: la pena representa una coerción psicológica, una amenaza, un miedo impuesto a los individuos como forma de control social. Esto crea un estado de terror en el que se supone que el individuo tendrá la capacidad racional de guiar su conducta;

sin tener en cuenta el hecho de que, para esta teoría, el individuo termina siendo utilizado como un medio para lograr un propósito colectivo social. El individuo se convierte en un objeto de búsqueda estatal de fines preventivos. No se puede perder de vista el hecho de que la pena debe ser un instrumento de negación de venganza y debe ser usada como una forma de limitar el poder punitivo arbitrario del Estado.

### 1.3 Teorías unitarias, eclécticas o unificadas

Estas teorías surgieron en Alemania, a principios del siglo XX, como resultado de discusiones entre partidarios de las teorías absolutas y relativas; sus seguidores buscan combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las teorías relativas en una suerte de teoría unificadora.

También conocidas como teorías mixtas, pretenden acoplar la función retributiva de la pena con los fines de prevención general (positiva y negativa) y especial (positiva y negativa). En otras palabras, buscan conciliar en una sola teoría todos los fines de la pena. Lo que se obtiene, entonces, es un compilado de todos los presupuestos de cada una de esas teorías (teoría relativa y teoría absoluta), sin dejar de lado el carácter retributivo de la pena.

Al respecto, Juarez Cirino dos Santos, afirma lo siguiente:

As teorias unificadas da pena criminal conjugaram as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal. Então, a pena representaria (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confianza na ordem jurídica, etc. (2017, p. 430)

La pena encuentra su fundamento de validez en el ilícito cometido por el delincuente y en la necesidad de evitar que otros individuos o, incluso, el propio delincuente practiquen nuevos delitos. Para los seguidores de esta teoría, la pena debe ser justa y proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor, y aun debe ser necesaria y efectiva para el mantenimiento del orden social.

Teniendo en cuenta los fundamentos de esta teoría, es posible concluir que existe una conexión entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general, en la medida en que, al retribuir el mal injusto cometido, el ordenamiento jurídico también previene para que el ilícito no vuelva a ocurrir. Así, una vez más, la aplicación de la pena, en última instancia, reafirma el ordenamiento jurídico, en especial el derecho penal.

Los adeptos a esta teoría defienden la proporcionalidad de las penas, que deben aplicarse siempre con base en la gravedad del delito. En otros términos, cada caso debe ser considerado de forma aislada para que se tengan penas justas e isonómicas. La pena debe ser siempre adecuada, justa y proporcional al injusto cometido y a la culpabilidad del delincuente.

Para la teoría unitaria o ecléctica, la pena tiene fundamento de validez en el delito practicado y en la prevención de la práctica de nuevos delitos. Se observa de nuevo que el delito actúa como fundamento y límite de la pena que será aplicada al caso concreto, a partir de los postulados de *proporcionalidad e igualdad*. Aquí también surge una crítica, a modo de interrogante: ¿reunir las funciones de la pena es suficiente para garantizar la efectividad de su aplicación y para superar las debilidades y defectos de cada una de

las teorías? Además, las teorías reunidas son contradictorias, pues cada una tiene un propósito que no se alinea con el otro; es decir, se combinan teorías con propósitos y objetivos antagónicos. Esa fusión no será suficiente para superar las deficiencias y debilidades de cada una de las teorías consideradas de forma aislada; lo cual haría que su aplicación sea ineficaz para los fines que se proponen.

#### 1.4 Teorías negativas o agnósticas

En estas teorías sobresale la incredulidad y la falta de confianza en la existencia de propósitos y finalidades para la aplicación de la pena, y en el poder punitivo del Estado. Para esta corriente, los fundamentos de la pena, declarados de manera expresa por el discurso oficial del Estado como la resocialización del condenado y la prevención de la práctica de nuevos crímenes, no pueden lograrse efectivamente en el sistema jurídico. Para esta teoría, los únicos fundamentos de la pena son la neutralización y la segregación del condenado. Por eso recibe el nombre de *teoría negativa*; porque niega y rechaza las funciones de la pena expresamente existentes en el discurso del Estado, es decir, las funciones de retribución y prevención del delito.

Si bien las teorías positivas de la pena encuentran sus bases en el discurso jurídico y oficial del Estado, en el sentido de que la pena es una consecuencia jurídica del delito, la teoría negativa comprende que la base para la aplicación de la pena está en el ejercicio de la función política del Estado. En cuanto a este tema, Barreto declara lo siguiente:

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundada. (...) Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a idéia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica. (1996, pp. 649-650)

Por lo tanto, para los seguidores de esta corriente, la pena sería consecuencia del poder político del Estado. Al respecto, Barreto sostiene que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (p. 650).

En relación con este planteamiento, Zaffaroni resalta la importancia de las palabras de Barreto:

La idea de que la pena es extra-jurídica y tiene semejanza con la guerra nos es nueva. En América, fue sostenida en el siglo XIX por uno de los penalistas más creativos e intuitivos de ese tiempo: el jurista del nordeste brasileño, cabeza visible de la llamada Escuela de Recife, Tobías Barreto (1839-1889). Con gran lucidez afirmaba que el concepto de pena no es un concepto jurídico, sino un concepto político, y agregaba: quien busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no lo halló, el fundamento jurídico de la guerra. (pp. 649-650)

A su vez, Batista también entiende la existencia de una función política no sólo de la pena, sino, además, y, sobre todo, del derecho penal (pp. 649-650).

Zaffaroni hace varias críticas al concepto positivo de la función de la pena, verificado desde una perspectiva de las ciencias sociales. El doctrinador argentino dice que ninguna función de la pena prevista por las teorías positivas se verifica en la realidad social (2017, p. 54). Para este autor, nadie sabe cuáles son las funciones de la pena y, además, existe una multiplicidad de funciones

reales que no son éticamente positivas. En este sentido, señala lo siguiente:

(...) la conclusión es que no se sabe cuál es la función del poder punitivo. (...) la multiplicidad de funciones hace imposible su definición positiva y, además, como buena parte de sus funciones reales (engaños a la población, función latente) no son éticamente positivas (y otras veces son ellas mismas criminales); en caso de alcanzarse esa definición positiva, no sería apta para incorporarse al discurso jurídico-penal (no podría el Estado asumir como propia una definición según la cual el poder punitivo se caracterizara por su utilidad para eliminar disidentes, neutralizar excluidos y proveer recaudación ilícita).

Todo esto nos indica que el concepto de pena útil al derecho penal no se puede obtener de modo positivo (es decir, a partir de sus funciones reales, que, en buena medida, son desconocidas, y las conocidas son altamente complejas y mutables, y, a veces, delictivas), sino que la incorporación de estos datos al campo jurídico-penal nos impone la necesidad de construir un concepto negativo de pena, obtenido por exclusión y, al mismo tiempo, confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus

funciones, de modo que tendremos un concepto negativo y también agnóstico. (p. 55)

Para Zaffaroni, el concepto negativo de la pena puede construirse al considerarla como una (a) coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara y no restaura, y (c) que tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza peligros inminentes (p. 56). El doctrinador arguye que la aplicación de la pena es un ejercicio de poder que no tiene una función reparadora o retributiva ni tampoco representa una coerción administrativa directa. Es una coerción que impone privación de derechos o dolor, que no responde a otros modelos de resolución o prevención de conflictos. Para Zaffaroni, este concepto de pena es negativo no sólo porque no tiene ninguna función positiva en lo relativo a la aplicación de la pena, sino porque puede ser obtenido por exclusión; también es agnóstico en lo concerniente a su función porque parte de su ignorancia (p. 56).

156

La teoría negativa o agnóstica de la pena se basa en modelos de *Estado de policía* y de *Estado de derecho*. El *Estado de policía* se caracteriza por el ejercicio del poder vertical y autoritario, y por la distribución de la justicia sustancialista de grupos o clases sociales, que expresan los derechos metahumanos paternalistas que suprime

los conflictos humanos a través de las funciones positivas de retribución y prevención de la pena. El *Estado de derecho* se caracteriza por el ejercicio del poder horizontal y democrático, y por la distribución de la justicia procesal de la mayoría, expresiva de los derechos humanos, que resuelve los conflictos mediante reglas democráticas establecidas con reducción o limitación del poder punitivo del Estado de policía (Cirino, 2017, pp. 433-434).

Así, la teoría negativa, como su nombre lo indica, niega las funciones declaradas por el discurso positivista del Estado, expresadas en el discurso de retribución y prevención general y especial. En este sentido, también Juarez Cirino Dos Santos hace alusión a los argumentos expuestos por Barreto:

Do ponto de vista científico, a teoria negativa/agnóstica da pena criminal é, antes e acima de tudo, uma teoria negativa das funções declaradas ou manifestas da pena criminal, expressas no discurso oficial de retribuição e de prevenção geral e especial (positivas e negativas), rejeitadas como falsas pelos autores que recuperaram conceito de Tobías Barreto para definir pena criminal como ato de poder político correspondente ao fundamento jurídico da guerra; em segundo lugar, é uma teoria agnóstica das funções reais ou

latentes da pena criminal porque renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal que seriam múltiplos e heterogéneos. (p. 434)

La teoría negativa de la pena, además de rechazar el discurso jurídico-positivo que sirve como base para la aplicación de la pena, busca evitar la aplicación del poder de policía (poder punitivo) a través de la ampliación de los poderes del Estado de derecho. Así, la pena estaría justificada como fuente política de poder, lo cual permite la creación de políticas criminales dirigidas al ejercicio del humanismo penal democrático. La teoría negativa sería una “teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal e a prática jurídico-penal na América Latina” (p. 435).

Esta teoría busca, una reconstrucción del derecho penal, sin negar la existencia del derecho de punir. Sin embargo, esto no representa en verdad una reconstrucción del derecho penal, sino una nueva lectura e interpretación de los poderes de policía y del Estado de derecho, como una forma de limitar el poder punitivo estatal y evitar abusos y arbitrariedades que puedan ser cometidos. De este modo, se asume que es necesario limitar el poder del Estado y prevenir abusos de autoridad, penas inhumanas y degradantes, y

aflicciones y sufrimientos injustos que puedan ser causados al condenado. Cualquier persona que haya cometido un ilícito debe responder por esa conducta, siempre y cuando la pena se aplique de manera humana y democrática.

Desde este punto de vista, la teoría señala que la pena desempeña el papel de garante del derecho del condenado de no ser punido por otra entidad que no sea el Estado democrático de derecho; y que las penas no serán arbitrarias y excesivas, basadas en el rigor y el exceso punitivo. El hecho de decir que la pena tiene una función política es admitir que la pena no tendrá una finalidad vengativa, lo cual limitará el poder punitivo del Estado.

Hecha esta interpretación, y entendidos los supuestos de esta teoría, parece claro que las bases de la teoría negativa están bien contextualizadas, especialmente por imponer una nueva lectura del derecho de punir, a través del rechazo de los discursos oficiales de la pena (funciones retributivas y preventivas) y de la calificación de la pena como un acto del poder político, en el sentido de restringir la violencia implícita del poder de policía y expandir los poderes del Estado de derecho y, finalmente, asegurar que el individuo sea punido sólo por el Estado.

## Conclusiones

Este artículo tuvo como objeto de estudio el análisis de los fundamentos de la pena, que inició mediante un enfoque histórico sobre la evolución de la aplicación de la pena a lo largo de la historia de la humanidad; un recorrido por pueblos primitivos, la Antigüedad y la Edad Media. Luego, se realizó un breve análisis sobre las Escuelas Clásicas y Positivas, que buscaron, desde su inicio, corroborar la aplicación de la pena; cada una basada en determinadas características que se expusieron en el curso de este trabajo. Continuando con el estudio propuesto, se examinaron las teorías que justifican la aplicación de la pena.

La socialización o resocialización del individuo constituye una forma de alcanzar el equilibrio y el orden social, ya sea para la concreción del proceso de reinserción social o para el ejercicio del control social. Así, la resocialización del condenado es uno de los principales objetivos de la pena aplicada; se espera que, al salir del sistema penitenciario, pueda retornar a la convivencia social, sin que represente un riesgo o una amenaza para la sociedad o para él mismo.

La resocialización del condenado como finalidad específica no sólo de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino de toda clase de pena, merece ser defendida. La sanción

penal, como se dijo al inicio del presente estudio, busca i) la retribución al delito cometido; ii) la prevención de la sociedad para evitar la práctica de nuevos delitos; iii) la reeducación (resocialización) del condenado; y iv) la reafirmación del derecho penal. Estas son las razones de ser de la pena; de lo contrario, no existiría justificación para su aplicación.

La defensa de las propuestas resocializadoras, en el marco de las penas privativas de libertad, debe fortalecerse, por cuanto se encuentran totalmente disociadas de la realidad y no existen de forma efectiva. Esto se debe a que no todos los establecimientos penitenciarios cuentan con instrumentos y mecanismos aptos para resocializar gradualmente al preso. Los talleres de lectura, talleres profesionalizantes y pequeños cursos técnicos son algunos de los ejemplos de una infinidad de mecanismos que podrían ser adoptados por el sistema penal en el intento de resocializar al individuo.

Además de traer ocupación para la mente y el cuerpo durante el período en que está recogidos y segregado de la convivencia en sociedad, esos instrumentos pueden aún preparar al individuo, incluso para una (re)ubicación profesional con el fin de que pueda retomar su vida después del cumplimiento de la pena. El Estado se halla muy atrasado en ese aspecto

y debe hacer esfuerzos en ese sentido para que sea real la posibilidad de resocialización del encarcelado.

La sociedad y la comunidad jurídica reclaman resultados aún no alcanzados por el derecho penal. En la práctica, salta a la vista una enorme antinomia entre el deseo del legislador y la realidad manifestada. Los fundamentos filosóficos determinantes de la práctica legislativa no alcanzan la finalidad pretendida y no se concretan en la aplicación y ejecución de las penas.

El Estado se revela absolutamente incompetente ante la cuestión penitenciaria; por lo cual se requiere un esfuerzo conjunto no sólo de la comunidad jurídica, en general, sino también del Estado, como guardián de la sociedad.

La verdad es que, por más que se busquen teorías legitimadoras de la pena, y por más que se diga que existe un propósito en la aplicación de la sanción contra el individuo que cometió un delito penal, en el siglo XXI se observa todavía un carácter esencialmente retributivo y vengativo en la aplicación de la pena. Por más que se diga que la pena busca prevenir y evitar la práctica de nuevos delitos y punir el agente infractor de la norma jurídica, existe un sentimiento de ira y venganza de la sociedad: un conflicto frontal entre la venganza y la sed de

punir y castigar a cualquier costo, aun si el encausado no es el verdadero transgresor de la norma. La sociedad quiere que alguien responda por lo ilícito; incluso si no se encuentra el verdadero culpable, alguien debe responder por la transgresión de la Ley y el orden. El placer de punir y el sentimiento de venganza corroboran la aplicación de la pena, a pesar de que este hallazgo no sea defendido y difundido fácilmente.

Esto quiere decir que la pena no es sólo una simple consecuencia jurídica del crimen, sino que también tiene una finalidad: alimentar el deseo de venganza de la población, un deseo que ha estado presente en la sociedad desde las civilizaciones humanas más antiguas. Además, es claro que esta finalidad no es legítima, y mucho menos jurídica, toda vez que el derecho penal existe para proteger bienes jurídicos, y no para promover la venganza.

Con la evolución de la sociedad y con el fin de los suplicios se ha defendido la tesis de que la sociedad ha encontrado una manera justa y humana de punir a quienes han violado la norma penal. Así, las penas pasan a ser proporcionales y justas en relación con el mal cometido por el transgresor de la orden jurídica.

Incluso con la existencia de teorías recientes y avanzadas sobre la aplicación

de la pena y sus finalidades, basadas todas ellas en estudios progresivos en el campo del derecho penal, se sabe que hasta el día de hoy la pena conlleva nociones de castigo y de venganza, que muchos consideran cosa del pasado. La idea primitiva de venganza sigue viva en la sociedad actual, aun frente a las teorías humanitarias y progresistas que estudian los fundamentos de la pena, basadas en derechos y garantías fundamentales. No se puede cerrar los ojos e ignorar este hecho.

La ciencia jurídica busca teorías que respalden y justifiquen la aplicación de la pena, con base en principios progresistas, racionales y humanitarios y, evidentemente, siempre centradas en la dignidad humana del condenado. Sin embargo, la sociedad sigue el camino opuesto y busca un castigo excesivamente doloroso y vengativo. Es el fondo emocional de la pena.

Este sentimiento de venganza de la probación proviene de la ineficiencia del Estado en la lucha contra la criminalidad; lo cual genera sentimientos de inseguridad en los individuos. Por lo tanto, cuando se comete un crimen, el individuo quiere venganza a toda costa: es una reacción punitiva.

El gran desafío del Estado es, además de encontrar herramientas y mecanismos efectivos para combatir el crimen, hallar formas de neutralizar

el sentimiento de venganza y castigo que siguen vivos dentro de las sociedades modernas; y reafirmar así las ideas progresistas y humanitarias del derecho penal moderno.

## Referencias

- Barreto, T. (1996). Fundamentos do Direito de Punir. *Revista dos Tribunais*, n.º 727.
- Batista, N. (2007). *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Revan.
- Beccaria, C. (2005). *De los delitos y de las penas*. Hyspa.
- Bitencourt, C. R. (1993). *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. RT.
- Bitencourt, C. R. (1999). *Manual de direito penal*. Saraiva.
- Cirino Dos Santos, J. (2017). *Direito penal: parte geral*. Empório do Direito.
- Cuello Calón, E. (1974). *La moderna penología*. Bosch.
- Dotti, R. A. (1998). *Bases e alternativas para o sistema de penas* (2.ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2015). *A sociedade punitiva: Curso do Collège de France*. WMF Martins Fontes.

- Hobbes, T. (2003). *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Martins Fontes.
- Kant, I. (1999). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Levaggi, A. (1978). *Historia del derecho penal argentino*. Editorial Perrot.
- Lyra, R. (1956). *Novíssimas escolas penais*. Borsoi.
- Maquiavel, N. (2004). *O princípio* (3.<sup>a</sup> ed.). Martins Fontes.
- Nucci, G. S. (2011). *Manual de Direito Penal: parte geral-parte especial* (7.<sup>a</sup> ed.). Revista dos Tribunais.
- Shecaira, S. S. y CORRÊA J. A. (1995). *Pena e Constituição*. RT.
- Shecaira, S. S. (2004). *Criminologia*. Revista dos Tribunais.
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Manual de derecho penal: parte general*. Ediar.
- Zysman, Q. D. (2012). *Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena* (1. <sup>a</sup> ed.). Ediciones Didot.