

CRÍTICA DE LA PENA I¹

Klaus Günther

Hoy en día existen pocas afirmaciones tan compartidas, en Europa occidental y en América del Norte, como las que señalan cuestiones por el estilo: que las penas deberían ser más frecuentes y más duras, que la criminalidad aumenta drásticamente, que el Estado y la sociedad hacen poco para combatirla, que el sistema de justicia criminal se preocupa demasiado con el autor del ilícito y lo trata de modo excesivamente laxo mientras que las víctimas resultan abandonadas a su suerte. En el mundo occidental se advierte una demanda general y omnipresente por la pena. Es como un fantasma que se encuentra en todas las edades, todas las camadas y todas las clases sociales, en todas las profesiones y en todos los niveles de escolaridad, así como también en casi todos los grupos políticos. Se trata de una sensación latente y silenciosa que suele manifestarse regularmente en controversias sobre este tema, sólo con diferencias en el tono y grado de elaboración lingüística, no en su contenido semántico. Suponer que esa sensación es exclusiva de la prensa amarilla y sus lectores regulares sería subestimar la cuestión de modo elitista. Naturalmente la prensa amarilla incluye desde siempre demandas por penas más duras, especialmente después de la comisión de crímenes extraordinarios. Actualmente, dichas demandas son también hechas por los diarios más respetables. La presentación exagerada de casos criminales extraordinarios en la televisión tiene un efecto, presumiblemente, todavía más masivo - incluso sobre los consumidores más críticos y reflexivos. Hasta los estudiantes de derecho se burlan del derecho penal que supuestamente favorece a los autores de ilícitos y critican en sus clases las dudas estadísticamente fundadas sobre el efecto preventivo de la pena de muerte en EEUU². Actualmente, incluso, profesores de derecho que normalmente actúan de modo epistemológicamente crítico y metodológico, escriben cartas indignadas a los periódicos, en las cuales contraponen, basándose en ejemplos de casos criminales ocurridos en sus vecindarios con sus conocidos, la certeza absoluta de “la experiencia propia y directa” contra “el anonimato y la abstracción de las estadísticas”. Nada menos que Hans Magnus Enzensberger (1993) expresó este tipo de sentimiento populista hace algunos años.

¹ Traducción al castellano: Florencia Guevara y Julieta López Ayechu.

² Esta constatación se basa en observaciones propias. Encuestas estadísticas realizados entre estudiantes de derecho en diferentes universidades comprueban esa tendencia (ef. sobre esto Streng, 2000, p.422 e s).

La política reconoció ya hace mucho tiempo el potencial de este uso de las emociones para conquistar y mantener el poder. En las disputas electorales cuenta también, y de modo especial, la cuestión político-criminal: importa saber quién defiende métodos de combate a la criminalidad más convincentes y eficaces, junto con una ejecución penal más rigurosa. Para los agentes del sistema político es fácil asumir una posición pseudo-democrática y basarse en el deseo manifiesto de la mayoría, para actuar de manera más dura contra la criminalidad. La producción legislativa acompaña esta tendencia, a medida que se va ampliando cada vez más el derecho penal, volviendo las penas más duras y permitiendo, cada vez más, métodos vengativos que interfieren en los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso en Europa (Albrecht, 2003). Algunos Estados de la federación alemana limitan (sino directamente eliminan) ciertas flexibilidades existentes en la ejecución de la pena destinada a la resocialización. Actualmente nada es más temido en la política que la posibilidad de que un preso liberado prematuramente o autorizado a salir de la prisión, cometa nuevos delitos. Esto vale especialmente para los casos de autores de ilícitos penales extraordinarios, como los delitos sexuales, que no fueron sometidos a ninguna medida de seguridad o lo fueron por plazos muy cortos. Finalmente, la amenaza del terrorismo internacional implicó también una aceleración inmensa en estas tendencias. En este punto, la demanda por la pena se ha vuelto obsesiva y se conecta naturalmente, y de modo oscuro, con la demanda por la seguridad. Para la satisfacción de estas demandas, las fronteras tradicionales del Estado de Derecho entre las autoridades responsables de la persecución penal, la policía, los servicios secretos y el ejército son destruidas, para autorizar intervenciones que son simultáneamente persecución penal, prevención policial y guerra.

El nuevo “deseo por la pena” (*neue Lust auf Strafe*) (Hassemer, 2000, p.16) espanta, sobre todo, porque no se correlaciona con un aumento dramático en los índices de criminalidad -por lo menos no de aquellos crímenes graves que están en el centro de la atención pública (Pfeiffer, 2004). De hecho, existen oscilaciones en las estadísticas de ciertos tipos de delito, específicamente los menos graves, pero tales oscilaciones no son tan dramáticas al punto de justificar un aumento en la intensidad de la demanda general por el castigo. Las personas estadísticamente menos amenazadas por la criminalidad son quienes le tienen más miedo. Ante esta constatación, es natural que se busquen las causas del fenómeno en la influencia recíproca de los medios de comunicación y la política. La presentación escandalosa de determinados crímenes extraordinarios (especialmente delitos sexuales que terminan en homicidio) da la impresión de un aumento abrupto en la tasa de criminalidad (Pfeiffer, 2004) y provoca demandas de intervención política. A su vez, la constante dramatización política del combate a la criminalidad genera la impresión de que todavía no se hace lo suficiente y de que es posible hacer más todavía. Este “circuito de amplificación político-mediático” (*politisch-publizistischer Verstärkerkreislauf*) (Scheerer, 1978; Pfeiffer, 2004) hace que la población se enfrente ininterrumpidamente con la criminalidad. Por más plausible que sea esta explicación, ella presupone la existencia de una gran demanda de penas por parte de la población, la cual sería repetidamente activada y aumentada, tanto por aquella presentación selectiva de determinados casos extraordinarios, como por su constante tematización política. Por sí mismo, esto no explica por qué es que es tan intensa la exigencia por la penalización, ni por qué es tan grande la confianza que existe

en la pena y sus supuestos efectos. Entre la demanda subjetiva por la penalización y la verdadera eficacia de la misma existe un abismo similar al que hay entre la amenaza real representada por la criminalidad y el miedo subjetivo que provoca. A pesar de todas las evidencias de que la pena es eficaz en muchos sentidos, aunque no en la disminución o eliminación de la criminalidad, la confianza en la pena permanece de modo virulento y persistente. Se tiene la impresión de que se demanda por la penalización no importa la contradicción que se advierte entre sus supuestos y los verdaderos efectos de la pena, mientras se insiste en su mera satisfacción a través de la ejecución de la pena.

Ante la autoconfianza inquebrantable con que la obsesiva demanda por la penalización se presenta hoy día, se debe recordar, por lo menos una vez, cuáles son las objeciones más comunes contra la pena, entendida ésta como un mal determinado y ejecutado por el Estado. Ninguna de las justificaciones de la pena, públicamente defendidas, resiste un análisis riguroso. Esto vale tanto para la teoría de la retribución como para las diferentes teorías de la prevención. Además, en lo que se refiere a esa disputa, la legislación penal no se comprometió con un fundamento y un objetivo para la pena. La jurisprudencia intenta, por medio de una "teoría conciliatoria" (Vereinigungstheories), reunir en una relación de equilibrio a los distintos objetivos de la pena. En este intento de conciliación, la retribución pura casi no tiene ningún peso siendo ampliamente sustituida por la interpretación de la pena como compensación de la culpa (Tröndle/Fischer, 1003, 46, nota 2). Mientras tanto, si es cierto que la pena no resiste una crítica racional, deberíamos preguntarnos si no existen justificaciones extraoficiales en las cuales podría basarse la exigencia por la penalización. Me ocuparé de estas justificaciones apócrifas más adelante. Teniendo en miras que esas justificaciones tampoco nos llevan muy lejos, indagaré, sobre el final de este texto, sobre las causas de la demanda por la pena que están más allá de la comprensión racional y aguardan todavía la llegada del Iluminismo.

1. Crítica a las justificaciones tradicionales para la penal.

Desde que se comenzaron a imponer penas y comenzaron también las reflexiones sobre la misma, surgieron principalmente dos justificaciones. Según la primera, la pena debe compensar una injusticia (*Unrecht*) pasada, expiar, retribuir. Según la segunda, ella debe evitar la ocurrencia de ilícitos penales en el futuro (prevención). Pertenece a Séneca la famosa frase –que le atribuyera Platón– según la cual: *Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (cf. a ese fragmento Roxin, 1997, p.45). Se le atribuyen la pena objetivos preventivos, por lo menos, en las formas siguientes: ella debe desincentivar a posibles autores de ilícitos penales (prevención general negativa); debe impresionar al delincuente de manera tan negativa que en la situación de inminente reincidencia, por miedo, el delincuente deje de practicar el ilícito penal planeado (prevención especial negativa); debe estimular e incentivar al autor del ilícito penal a arrepentirse, comprender y cambiar –cambiar el estilo de vida hacia uno en el cual respeta la ley (prevención especial positiva); y, debe fortalecer y estabilizar la moral y costumbres de una sociedad, de modo tal que los ciudadanos que respetan las leyes no se sientan defraudados, en sus buenos motivos, cuando presencian una situación en la

que alguien se deja llevar por sus malos motivos (prevención general positiva). Mientras que la retribución se agota en la reparación de la injusticia pasada y no persigue ningún otro objetivo además del citado (teoría penal absoluta), las teorías preventivas reivindican la vinculación de la pena con objetivos controlables (teorías penales relativas). A partir de la exigencia (impulsada por el Iluminismo y en sentido contrario a la retribución) de que la pena se guíe por objetivos racionales, el camino hacia la crítica de la pena quedaba abierto: ahora era necesario demostrar que la pena era capaz de lograr sus objetivos. Se trata, sin embargo, de una comprobación que todavía hoy no llegó a concretarse. La razón es que la finalidad de la retribución continúa siendo tema de debate, del mismo modo que es posible dudar de que alguna injusticia haya sido realmente compensada por la pena.

a) Retribución

La retribución tiene sus orígenes en la restitución, la reparación del daño ocasionado. En los casos en que una indemnización no es posible, debe obtenerse del autor del daño lo mismo que él tomó de la víctima – ojo por ojo, diente por diente. Esto puede hacerlo tanto la víctima como sus familiares. En sus orígenes, la retribución se encontraba completamente vinculada con el autor del ilícito y la víctima, tanto como con las familias de cada uno de ellos. En la subordinación a este contexto residen también los peligros de escala. La experiencia histórica de la retribución demuestra que no existe una equivalencia real entre el bien robado o destruido y el bien que se toma a título de restitución. Como ninguna retribución equivale exactamente a aquello que debe compensarse, se crea una nueva injusticia y, consecuentemente también, se genera una demanda por una nueva retribución. Por lo tanto, no es sólo debido a que ninguna retribución elimina por completo injusticia, que esa necesidad, potencialmente, no tiene límites. Como la retribución se practicaba originariamente sólo en el ámbito de la relación intersubjetiva entre el autor del ilícito, la víctima, y los familiares de esta última, todas las emociones originadas en la retribución convergían en ella. La simple reparación basada sólo en el valor del bien objeto del daño nunca es capaz de compensar la vergüenza, la desvalorización y humillación (variables de caso en caso), sufridas por la víctima. Por otro lado, una retribución realizada de modo ultrajante puede provocar en la persona que es castigada la convicción de haber sufrido una injusticia. De allí que pueda originarse un círculo de conflictos sangrientos, sin tregua y sin salida, capaz de afectar al conjunto de la sociedad, paralizando todos sus sistemas funcionales. La historia del principio de retribución es la historia de sus limitaciones. La ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente) fue pensada como una limitación a la demanda de venganza sin límites subjetivos: por la pérdida de un ojo, se permite la pérdida de -nada más pero nada menos- que otro ojo. En la medida en que la demanda por la reparación ultrapasa las fronteras de la equivalencia y se intensifica su forma de transferir emociones del perjudicado hacia el delincuente, se inicia un círculo de venganza, debiendo aparecer un tercero poderoso en el escenario, que se ve forzado a tomar todo el poder como único responsable por la venganza, monopolizando todos los medios de violencia. Se le retira al perjudicado su derecho a castigar y el Estado pasa a ser quien ejerce el monopolio de la violencia. Es el Estado el responsable de la punición

y él puede conservar este poder de monopolio si toma en sus manos la potestad de perseguir crímenes y castigar a quienes los cometan (Lüderssen, 1995, p/22 e s.). El Estado castiga al crimen en nombre propio (pretensión punitiva estatal o pública) – por quienes sufren el daño y renuncian a su derecho de autodefensa. Con esto, la retribución deja de estar afectada por la relación concreta entre el daño causado y el perjudicado. Lo que debe compensarse es la violación del derecho, del derecho general y público, por medio del Estado y sus órganos de ejecución, sin que la víctima pueda extraer su reparación de la experiencia punitiva directa. La víctima es apartada de la persecución y ejecución penal –ella es marginalizada (Hassemer/Reemtsma, 202, p. 16 e s.). De este modo la pena retributiva deja de referirse a la ofensa efectivamente ocasionada su autor. ¿En qué debe consistir entonces la igualdad compensatoria o la proporcionalidad entre el acto y la pena?

Con la generalización y estatización de la pretensión punitiva la retribución sufre una doble abstracción: en lugar de la ofensa concreta e individual a una persona, la pena pasa a compensar la violación de una norma jurídica general y, en lugar de la igualdad externa del tipo o valor de la pena con relación a la ofensa, se presenta apenas como un símbolo de reparación de la injusticia. Kant y Hegel explicaron esta abstracción diciendo que el autor del crimen no ofende únicamente a la persona a quien le infringe el daño, sino que crea una contra-norma que autorizaría este comportamiento demostrándole a la sociedad que dicha contra-norma podría ser también practicada: sería el crimen “que valdría, caso contrario” (Hegel, 1970, 99, p. 187). La pena debe negar y alejar esa contra-norma que, caso contrario, valdría, para de ese modo confirmar y reforzar la obligatoriedad de la norma jurídica original. De esta forma, la pena realiza naturalmente sólo aquello que ya está contenido en la contra-norma afirmada por el criminal. La contra-norma se contradice a sí misma como norma. Quien roba una cosa quiere conservarla para sí. Entendida como norma general válida, esa norma vendría a decir que el robo está permitido. Si esto fuese así, nadie, ni siquiera el propio ladrón, podría conservar algo para sí mismo. Del mismo modo, pierde la libertad o la vida quien toma la libertad o la vida de otra persona porque en ambos casos, a través de su delito, establece la ley según la cual nadie (ni siquiera el propio autor del ilícito) tiene derecho a la libertad o a la vida (cf. en el mismo sentido Kant, 1975, p/435 e s.). La pena, por tanto, viene a negar a la contra-norma que niega a la norma: es la negación de la negación. Esto ocurre en la medida en que se toma algo del autor del ilícito, esto es, en la medida en que se resuelve en el propio autor del ilícito la contradicción creada por él con su conducta. Pero la igualdad externa de la retribución, a través de la cual el autor del ilícito se subsume en su propia ley, apenas hace evidente que “esa relación de necesidad que el crimen, entendido como la voluntad nula en sí misma, acarrea su propia destrucción. Es la identidad *interna* que, en su manifestación externa, se traduce para el intelecto como *igualdad*” (Hegel, 1970, 101, p. 193). Hegel considera haber reducido el problema de la imposibilidad de alcanzar el equilibrio perfecto entre el ilícito y la pena a un mero aspecto exterior de la pena cuya finalidad es únicamente transmitir el mensaje de que la eliminación de la injusticia y el restablecimiento del derecho se logra a través de esta doble negación.

Este nivel de abstracción demuestra, naturalmente, que en la pena retributiva se encuentran insertos todo tipo de mensajes que deben expresarse a través de la imposición de un mal. El mal de la pena se convierte en un medio de comunicación que debe dejar claro, a quien se pena y a toda la sociedad, que la contra-norma afirmada por el autor del ilícito es inválida y no debe ponerse en práctica (Jakobs, 1991, p. 9 e s.; ídem, 1992, p. 27 e s.; Duff, 1995). Mientras tanto, en la medida en que la pena se reduzca a un mero acto preformativo que debe transmitir un contenido preposicional, podemos preguntarnos si tal mensaje necesariamente requiere de este medio de comunicación o si existen otros medios más adecuados. Una injusticia debe ser negada públicamente, la norma violada debe ser validada y reforzada, pero ¿por qué es que tales objetivos deben cumplirse a través del mal que implica la pena? ¿No existen medios más laxos o más eficientes de comunicación? Si el objetivo fuera *únicamente* el de establecer de modo público que ocurrió una injusticia y, que quien la cometió debe ser imputado para ser responsabilizado por eso, entonces una declaración pública sobre la culpa de esa persona, sería suficiente. Todavía es una cuestión abierta el por qué debe relacionarse este mensaje con la imposición de un mal por parte del Estado (ver sobre este tema más detalladamente, Günther, 2002, p. 219; sobre la condenación, ver Schork, 2004). En el mejor de los casos, se puede decir que la pena (con su simbología actual) constituye una convención históricamente transmitida y estabilizada por las costumbres, que las sociedades acostumbren utilizar cuando desean transmitir este tipo de mensaje (Feinberg, 1994, p. 86 e s.). Mientras tanto, un examen racional de la pena necesita preguntarse si las sociedades modernas no podrían pensar en otra solución antes que rendirse frente a lo que son meras costumbres arraigadas y confortables.

b) Prevención general negativa

La amenaza y la ejecución de la pena deben actuar sobre toda la sociedad, de modo que los potenciales autores de los ilícitos penales abandonen sus planes – preferentemente debido al miedo y horror que les provoca la amenaza de la pena y la ejecución de la misma puesta en práctica. Contra esta teoría siempre existirán razones normativas: la condena del delincuente es únicamente un medio para provocar algo en terceros, lo cual significa que se instrumentaliza al condenado para alcanzar una finalidad que nada tiene que ver con él o con su conducta. La conducta penal ofrece apenas una oportunidad de establecer un ejemplo hacia los demás. Si debe pensarse y cómo debe hacerse depende entonces, únicamente, de los efectos que se espera provocar en terceros. La cantidad y severidad de la pena se determinan por la intensidad de la demanda por prevención. Es por esta razón que hoy se pena la fuga luego de un accidente de tránsito, de modo menos tolerante que el robo en las tiendas, aún cuando en los casos concretos el valor del perjuicio causado sea el mismo. En este sentido, todos los delitos para los cuales hay una gran demanda de prevención (como los delitos de tránsito, que ocurren de forma masiva) deberían castigarse de modo más riguroso que los delitos graves, que son mucho menos frecuentes. Más allá de esto, importaría menos el tipo y grado de culpa del autor del ilícito y pasaría a importar más la conducta violadora de la norma como acontecimiento externo y en razón del daño que ocasiona. Si los ilícitos culposos ocurren con mayor frecuencia y provocan daños mayores que los ilícitos dolosos

entonces estos últimos deberían pensarse de modo más laxo. Mientras tanto, en la medida en que las penas preventivas se aparten de la conducta y de la culpa del autor del ilícito para crear únicamente efectos intimidatorios, ellas se tornan injustas en relación con aquel.

Una reflexión más minuciosa muestra que la prevención general negativa apenas funciona (si es que funciona) cuando toma en cuenta el concepto de justicia que sostiene la comunidad. Si una relación proporcional entre la conducta, el tipo y la dimensión de la culpa del autor, por un lado, y la cantidad de la pena, por el otro, se considera justa, entonces la aplicación de una pena grave a un delito de menor importancia o un delito realizado con culpa leve, resulta injusta. Una pena considerada injusta no tiene un efecto intimidatorio (Lüderssen, 1995, p. 99 e s.). La conciencia de justicia que prevalece entre los destinatarios de la norma establece las fronteras de la prevención general. Naturalmente, esa frontera es siempre contingente, no puede derivarse de las razones que justifican la propia pena general preventiva, y depende de las nociones de justicia predominantes entre los destinatarios de la norma en un momento histórico determinado. Los efectos limitadores de la conciencia de justicia dejan de actuar cuando la aplicación de penas severas es considerada justa. Ésta es la situación en la que actualmente nos encontramos.

Además, frecuentemente surgen dudas sobre la posibilidad de probar empíricamente la alegada relación de medio y fin entre el comportamiento ilícito y la pena intimidatoria. Hasta ahora no se comprobó realmente que la pena tenga un verdadero efecto intimidatorio (Eisenberg, 2000, p.569 e s.). Quienes están realmente convencidos de esto, normalmente transfieren sus experiencias sociales próximas, relacionadas con la vida familiar y la crianza de los hijos, al ámbito de la pena estatal. Mientras tanto, resultan conocidos los ejemplos contrarios: carteristas que llevan adelante sus acciones bajo la atenta mirada de los demás. De modo similar, la comparación entre los Estados norteamericanos con y sin pena de muerte no permite reconocer que las penas más severas tengan realmente un mayor efecto intimidatorio. Asimismo, diversos estudios en la psicología del desarrollo moral muestran que el miedo y el horror son malos profesores. Estos generan, como mucho, procesos de adaptación aparente, un comportamiento oportunista y ocasional destinado a eludir la norma en cuestión. Para que la pena realmente tenga un efecto intimidatorio, cada caso de comportamiento desviado debería ser identificado y sancionado. Del mismo modo, los efectos negativos de la sanción deberían ser experimentados de modo más intenso que los posibles efectos positivos de la conducta desviada (Montada, 1998, p. 867). Cuando aumenta la probabilidad de que una conducta no sea descubierta, disminuye proporcionalmente el efecto intimidatorio de la amenaza de la pena. De este modo, los pocos resultados empíricos relativos a la prevención general negativa comprueban que el control policial tiene un mayor efecto intimidatorio que la propia amenaza de la pena o la ejecución ejemplar de penas individuales (Eisenberg, 2000, p. 573 e s.). Las personas evitan manejar alcoholizadas más por el temor de cruzarse con la policía realizando un control cuando regresan a sus casas, que por la mera prohibición de hacerlo.

Las penas intimidatorias, al final, también son cuestionadas porque, más allá de su efecto negativo, no producen nada que aumente la probabilidad de que los afectados se comporten de acuerdo a las normas. Ellas no ofrecen ninguna solución constructiva para los problemas y conflictos que consideran que no pueden ser solucionados de otro modo que no sea a través de la realización de un ilícito penal. Ellas tampoco ofrecen ninguna alternativa al comportamiento del delincuente que considera que podría tener éxito en su delito. Finalmente, por su atención exclusiva sobre los efectos negativos, ellas no transmiten ningún conocimiento sobre la legitimidad de la norma o sobre el proceso de creación de la norma, respecto de cuya violación ellas reaccionan (Montada, 1998, p. 867). Si el respeto por la norma debe consistir en algo más que en un reflejo mecánico de defensa (lo cual ocurre siempre que se presenta una oportunidad para violar alguna norma) debiendo fundarse sobre las convicciones críticas de los ciudadanos, que pueden evitar las consecuencias negativas de las sanciones en el caso concreto, pero que vinculan su disposición a obedecer a la norma, sobre todo en la creencia de que ellas son generalmente legítimas, entonces la prevención por medio de la intimidación representa una falsa alternativa.

c) Prevención especial negativa

Esto vale especialmente cuando la sanción no se dirige directamente a las actitudes de terceros, sino que pretende tener un efecto intimidatorio sobre el propio delincuente, es decir, impedirle que vuelva a cometer ilícitos penales en el futuro. La pena debe -como en un esquema de estímulo y reacción propio del *behaviorism*- generar un contra-estímulo suficientemente intenso como para impedir, a modo de reflejo, que el delincuente cometa el ilícito penal en el futuro. O, por lo menos, debe poner en marcha un cálculo estratégico, en el sentido de un cálculo de relación costo-beneficio, según el cual el crimen no compensa porque los costos (de la sanción) son más altos que el beneficio esperado con la práctica del ilícito penal. De acuerdo con la obstinación con la que el delincuente se apegue a patrones distorsionados de comportamiento y con la estabilidad de su inclinación a delinquir, la sanción deberá ser mayor o menor, de modo de construir un contra-estímulo fuerte o suficiente. Con esto, la prevención se desprendería nuevamente de una relación proporcional con la conducta y el tipo de grado de culpa, para tener en mira las actitudes del autor del ilícito. La variante que se basa en el cálculo racional de costo-beneficio tiene el problema de que en la práctica casi ningún autor de ilícitos penales se comporta, o podría comportarse, de manera tan racional. Dentro de este esquema, las condiciones sociales y ontogenéticas sobre las cuales la capacidad de elección racional podrían formarse no son tenidas en consideración (Kunz, 2001, p.199). Asimismo, la probabilidad de un comportamiento irracional aumenta proporcionalmente con la gravedad del crimen. La mayoría de los homicidios ocurren en contextos de conflictos y relaciones dramáticas, en donde los participantes se han involucrado en situaciones sin salida. La información relevante sobre otras posibilidades de conducta, menos costosas y por ende más útiles, necesarias para una elección racional, no están presentes en los autores de los ilícitos que se encuentran en situaciones tensas, pesadas y sin salida. Finalmente, el cálculo racional intenta justamente incluir el riesgo de la persecución penal al establecer la relación

costo-beneficio. Cuando la probabilidad de ser penado es pequeña, de acuerdo con la valoración que realiza el autor del ilícito (o cuando él cree haber tomado las precauciones adecuadas), el ilícito penal planeado puede parecerle mucho más ventajoso (Kunz, 2001, p.201 e s).

Por lo demás, el miedo y el horror no promueven ningún proceso de aprendizaje moral a través de un análisis constructivo del acto practicado. Por el contrario, provocan reacciones defensivas como aquellas en las que el prisionero niega la injusticia que generó y el sufrimiento de la víctima, o los neutraliza a través de supuestas justificaciones o disculpas (Skytes/Matza, 1974, p. 360 e s). El mero cumplimiento de una pena privativa de la libertad, con una actitud a la defensiva de este tipo, deja al prisionero solo con sus problemas cotidianos (problemas que creía resolver a través de su comportamiento desviado) sin resolver. Una vez puesto en libertad, estos vuelven a encontrarse con sus problemas y continúan resolviéndolos a través del comportamiento desviado aprendido e incorporado de modo estable, debido a la falta de comportamientos alternativos experimentados y practicados. Por otro lado, las penas privativas de la libertad cortas, los famosos “tirones de oreja,” con el pasar del tiempo, no dejan prácticamente ningún rastro duradero. En el mejor de los casos, tales penas apenas promueven la socialización en el medio criminal.

d) Prevención especial positiva

La pena debe provocar el arrepentimiento, la comprensión y la regeneración –o sea, un cambio de actitud que garantice por lo menos una adaptación externa al ordenamiento legal. La práctica delictiva indica naturalmente que tales efectos son improbables – aún cuando existan casos individuales en que tales resultados fueron verificados. La práctica sugiere, contrariamente, que en la prisión los potenciales prisioneros de buena voluntad son socializados en el crimen de un modo duradero: ellos internalizan los valores y actitudes criminales, forjando así su identidad delictiva. En vez de afrontar internamente su acto, los prisioneros terminan entonces en una situación de embrutecimiento e indiferencia, especialmente en casos de privación de la libertad prolongada.

Por esta razón dejó de esperarse cualquier efecto positivo de la pena en sí misma, y comenzó a esperarse dicho efecto positivo, apenas, de las medidas que acompañan y le dan forma a la privación de la libertad, de modo que el prisionero pueda reinsertarse en la comunidad para poder llevar una vida libre de penas, re-socializándose. De todas las justificaciones de la pena existentes, la re-socialización fue la que tuvo el destino más triste, en las últimas décadas. En ella se depositaban grandes expectativas, expresadas en la Ley de Ejecución Penal (Strafvollzugsgesetz) de 1977, la cual, en su segundo tomo orientaba a la ejecución de la pena privativa de la libertad a la re-socialización: “En la ejecución de la pena privativa de la libertad, el prisionero debe volverse capaz de aprender a desarrollar una vida libre de ilícitos penales, y a actuar de modo socialmente

responsable.” La protección de la sociedad aparece como objetivo secundario de la ejecución penal. Esto se corresponde con la política criminal del Estado de Bienestar, que buscaba –e intentaba corregir- las causas de la criminalidad, no afectando el libre arbitrio del autor de un ilícito, sino reparando sus déficits de socialización y los déficits de la estructura social. Esta política criminal tenía, por lo menos, una noción conforme a la cual la sociedad no estaba completamente exenta de culpa en lo que se refiere a la criminalidad. Desde entonces,, comenzó una práctica de escarnio populista sobre las políticas de re-socialización. Se comenzó a hacer referencia a las actitudes débiles frente a los autores de ilícitos penales, a los que se dejaba salir de la prisión como vencedores, para que pudieran continuar con sus abusos, estafas, robo de carteras, tráfico de drogas o pedofilia. De todos modos, en aquellos casos en que la criminalidad se refiere a organizaciones como la mafia o un grupo terrorista, la re-socialización igualmente no lograría producir efecto alguno. Algunas encuestas entre los estudiantes de derecho en los primeros semestres del curso comprueban este cambio de actitud existente en relación a la re-socialización (Streng, 2000, p.425 e s.). Más de una vez, la política ha contribuido a fomentar estas tendencias, por meras razones de búsqueda de poder. A requerimiento del Estado de Hessen, por ejemplo, el *Bundersrat* presentó en el Bundestag,³ el año pasado, un proyecto de modificación de la Ley de Ejecución Penal (Strafvollzugsgesetz) que elimina directamente aquella relación jerárquica entre la re-socialización y la protección de la colectividad, alegando que la demanda de re-socialización “no se corresponde actualmente con la realidad de la ejecución” y “no toma en cuenta realmente la demanda creciente por seguridad de la población”. Señaló también que la protección de la sociedad debe recibir “una valoración relativa adecuada” a través “de su reconocimiento como otro objetivo de la ejecución”(BTDrucks, 15/778.) Esto termina naturalmente en una inversión fáctica de la relación primaria. En caso de duda, la protección de la comunidad siempre prevalece sobre la re-socialización. Aún si no se concreta el proyecto de reforma, los Estados Federales aplican cada vez son más restrictivos en la aplicación de las medidas de re-socialización –cuando no las eliminan directamente.

La justificación política que opera en estos casos no da cuenta del hecho de que una re-socialización exitosa constituye el mejor modo de proteger la comunidad y tiene efectos a largo plazo. No se trata, meramente, de comprender al preso: aceptar sus necesidades es una condición para que el cambio en su actitud y comportamiento resulte duradero. De todas las opciones que tiene una sociedad para reaccionar a la criminalidad, la re-socialización exitosa es la única que se puede justificar racionalmente.

La re-socialización en sí misma dejó de ser una pena, y tal vez por esto permaneció hasta el día de hoy como una mera utopía. Las protestas y resistencias que genera son muy grandes. Una de las condiciones para la aplicación y éxito de la re-socialización es su carácter voluntario, y eso es, justamente, lo que falta cuando un delincuente se encuentra en prisión. Si la voluntariedad está ausente, si el delincuente resiste

³ N.T.: *Bundestag* es, conforme el Art. 77 de la Ley Fundamental alemana, el órgano central del poder legislativo federal de ese país. El *Bundersrat* es la asamblea de delegado de los Estados federados y actúa al lado de *Bundestag* en el proceso legislativo.

internamente las medidas de re-socialización o, en el mejor de los casos, sólo las acepta como parte de su cálculo estratégico para obtener los beneficios de la ejecución penal (i.e. la libertad anticipada), las medidas de re-socialización no alcanzan su objetivo. Puede ocurrir, por supuesto, que un preso actué de modo estratégico, pero resulte afectado realmente por los efectos positivos de las medidas de re-socialización, pero estos resultados no pueden ser previstos. Y, sobre todo, la re-socialización sólo puede resultar exitosa cuando las causas del comportamiento desviado están relacionadas realmente con los problemas de socialización del delincuente, y cuando las terapias y ofertas de ayuda sean adecuadas para eliminar esas causas o disminuir sus efectos delictivos. En cambio, cuando las causas se relacionan con una estructura social injusta, discriminatoria, creadora de desventajas, o con un sistema jurídico ilegítimo (por ejemplo, Leyes de Nuremberg, *Apartheid*) o cuyas normas impongan conductas no razonables, la re-socialización resultará meramente adiestramiento y disciplinamiento externo. Existen razones para suponer que en el marco de estructuras sociales razonablemente justas y sistemas jurídicos generalmente legítimos, la causa de algunas categorías de crímenes graves o de los altos índices de reincidencia en delitos de criminalidad mediana contra la propiedad y el patrimonio, se encuentra relacionada con déficits de socialización, especialmente en aquellas personas con personalidad narcisista (Lüderssen, 1984, p.103 e s). Sin embargo, la disposición de la sociedad a invertir dinero en socio-terapias costosas con las que tales déficits podrían ser superados o minimizados, se muestra muy reducida. La re-socialización no figura en la agenda sociopolítica de las futuras inversiones. Muchos se preguntan por qué es que el Estado debería gastar una porción tal del dinero de los contribuyentes a favor de los criminales.

e) Prevención general positiva

Las justificaciones tradicionales de la pena – referidas a su capacidad de intimidar a terceros o regenerar a los delincuentes – fue puesta en duda por Emile Durkheim en su libro sobre la división de trabajo de 1930. La pena “no sirve, o lo hace únicamente de modo secundario, para corregir al culpable o intimidar a posibles imitadores. Desde estos dos puntos de vista su eficacia es, con razón, dudosa y en todos caso módica” (Durkheim, 1977, p 149). Él investigó una sospecha que se instala sobre todo cuando alguien empieza a admirar la espantosa desproporción existente entre la real falta de efecto de la pena y la persistente demanda por ella. ¿Por qué tantas personas se aferran a la pena, aun cuando ella no cumple con los objetivos que pretende? Esto puede explicarse únicamente por el hecho de que la pena produce algún efecto, sobre todo en las personas que no están en riesgo de cometer algún ilícito penal, pero que creen en la pena. Según Durkheim, la pena tiene un efecto importante sobre la sociedad, sobre los terceros que en realidad no están envueltos en el acto, sino que respetan la ley. “Su verdadera tarea es mantener el consenso social en la medida que conserva la plena vitalidad la conciencia colectiva” (ídem). A través de la pena los buenos ciudadanos – que además comparten valores sociales – celebran sus convicciones axiológicas comunes en la medida en que, con base en un caso ejemplar, confirman y refuerzan entre sí que están todos juntos, del lado correcto, y que todavía vale la pena aferrarse a esos valores, mientras que quienes se comportan de modo desviado están en el lado

incorrecto. Es por esto que el crimen resulta necesario para la integración de la sociedad, ya que únicamente a través del miedo del teatro penal ella logra reactivar y reestabilizar constantemente su propia conciencia colectiva. Caso contrario, las normas y los valores comunes caerían en el olvido y se volverían frágiles, individualizados y privatizados mientras que su influencia se volvería cada vez más débil. Al final, la sociedad correría el riesgo de desintegrarse. Esto es válido especialmente para sociedades modernas organizadas por la división de trabajo. En estas sociedades, la solidaridad orgánica dominante se basa principalmente en las cooperaciones contractualmente convencionales. Las violaciones a la solidaridad orgánica se compensan principalmente a través del derecho civil, mediante la indemnización de los perjuicios producidos. De este modo, la sociedad limita el ámbito del derecho penal a favor del derecho civil pero corre el riesgo de desintegrarse si no se mantiene el núcleo de creencias axiológicas compartidas, en el cual se basa la conciencia colectiva. La sanción represiva del derecho penal (creada, en realidad, para la etapa pre-moderna de la solidaridad mecánica), reactiva constantemente, en casos dramáticos individuales, ese centro de valores internos a la sociedad.

Esta justificación de la pena, que tiene en miras sus efectos positivos sobre la sociedad, aparece en diversas variantes. Para la teoría de la prevención general positiva es similar al de las versiones modernas de la teoría retributiva: “respuesta a la negación de la norma a costa del autor del ilícito” (Jakobs, 1991, p.10). En oposición a la manifestación del autor del ilícito, en el sentido de que la violación de la norma es posible y la contra-norma es afirmada implícitamente con su actuar, es necesario que la norma original sea restablecida y su validez confirmada. Mientras tanto, y a diferencia de lo que ocurre en las teorías retributivas, la pena no aparece como un fin en sí mismo pero prevé objetivos positivos sobre la comunidad. La experiencia de la frustración de las expectativas normativas que la mayoría de la sociedad comparte puede avalar la creencia de terceros sobre la validez e inviolabilidad de las normas. Por eso es necesario que ocurra algo que elimine este aval. Los efectos producidos por la pena se distinguen por tres aspectos:

“[...] los destinatarios de la norma son todas las personas y no sólo algunas potencialmente autoras de ilícitos, ya que nadie puede sobrevivir sin integración social. En esta medida, la pena se aplica para *entrenar en la confianza a la norma*. Asimismo, la pena sobrecarga el comportamiento ilícito con costos, aumentando con esto la oportunidad de que tal conducta sea vista como un comportamiento alternativo inaceptable. En esta medida la pena se aplica para *entrenar directamente en la obediencia al derecho*. Como mínimo, se aprende con la pena la conexión existente entre el comportamiento y el deber de cargar con las consecuencias, por más que la norma sea violada a pesar de lo aprendido. De este modo se logra el *entrenamiento en la aceptación de las consecuencias*. Los tres efectos pueden ser sintetizados como el entrenamiento en el reconocimiento de la norma” (Jakobs, 19991, p. 14 e s. – énfasis agregado).

De este modo, la pena demuestra ser funcionalmente necesaria para la estabilidad del sistema normativo del que depende la capacidad de funcionamiento de las sociedades modernas.

La teoría de la prevención integrativa se orienta, sobre todo, por la idea de Durkheim conforme a la cual la obediencia se basa en convicciones axiológicas generalmente compartidas. La pena, en este caso, no implica entrenamiento en el reconocimiento de la norma, sino que resulta, sobre todo, un medio para la confirmación y refuerzo de los valores, normas e instituciones de una sociedad. Todos esos valores, en su conjunto, estabilizan directamente las actitudes de obediencia y a su vez son estabilizadas por otras formas de control social. La pena actúa únicamente como una instancia más de control social junto con las demás.

“El concepto se basa en la teoría del derecho penal: el sistema jurídico penal, como parte del control social, actúa a su modo para la formación cultural y la socialización de las personas, al lado de la escuela y las casas paternas, tienen en mira la confianza de la población en la estabilidad de las normas; el cultivo del derecho penal en la práctica, la relación recíproca con otros campos de control social tiene consecuencias para la validez de las normas sociales y su estabilidad” (Hassemer, 1990, p. 325).

El mérito de este concepto consiste en que, a diferencia de las demás teorías preventivas, consigue integrar las características del derecho penal del Estado de Derecho: la limitación, la restricción y la formalidad de la demanda general de la pena. El control social ocurre diariamente, en todos lados y de diversas formas. El derecho penal estabiliza la confianza en la validez de las normas en la medida en que transmite los valores del Estado de Derecho, de un derecho penal vinculado a los principios de dignidad humana, de formalidad y de *última ratio*. Por lo tanto, la pena transmite el mensaje de su limitación.

Como en las variables más modernas de la teoría de la prevención general positiva de la pena, entendida como la imposición de un mal que es ordenado y ejecutado por el Estado, la pena se reduce a un medio de comunicación. Por qué es que tales mensajes deben ser comunicados por medio de penas permanece como una cuestión abierta. Ese contenido proposicional podría ser comunicado por medio de otros actos performativos, como una condena en un proceso público, y formalizado de determinación de los hechos y la imputación. No se ha comprobado la existencia de un nexo *necesario* entre el mensaje enviado y la pena como medio de comunicación. Solamente si y en la medida en que los destinatarios de la norma *hayan aprendido* el lenguaje de la pena es que estos podrían comprender los mensajes transmitidos de esa forma. La teoría de la prevención general positiva simplemente incorpora la realidad de la pena, pero no es capaz de justificarla. Esto vale especialmente cuando se considera a la pena solamente como un medio, entre otros, para el reconocimiento de la norma. ¿Entonces por qué no buscar alternativas mejores y más eficaces? Según Hassemer, la pena y el derecho penal deben,

por medio de su formalización en el Estado de Derecho, “ser transmitidos socialmente como un patrón de trato humanitario adecuado a las normas” y, en esta medida, deben “basarse en la autonomía de los hombres” (Hessemer, 1990, p. 327). Ahora bien, los hombres autónomos que son capaces de hacer uso público de su razón no necesitan que se dirijan a ellos a través de las penas para notar que en una sociedad democrática y con Estado de Derecho deben manejarse con comportamientos que respeten la dignidad humana. Les basta con buenas razones.

Las razones y justificaciones presentadas en el discurso oficial y público sobre la pena no resisten, por lo tanto, un examen más detallado. Las alegadas relaciones de medio y fin entre las penas y sus efectos no son adecuadas, o resultan de imposible comprobación, u ocurre que pena es reducida a un medio de comunicación sin que se logre demostrar que los mensajes comunicados dependen necesariamente de la pena como tal. Naturalmente, también existe un discurso extra-oficial sobre la pena en el cual se presentan razones que sirven para justificar indirectamente la práctica penal.

Bibliografía

ALBERECH, Peter-Alexis (2003). *Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.

DUFF, Antony (1995). Penal communications: recent work in the philosophy of punishment. *Crime and Justice: an annual Review of Research*, p. 20 e s.

DURKHEIM, Emile (1977) [1930]. *Über die Teilung der sozialen Arbeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

EISENBERG, Ulrich (2000). *Kriminologie*. 4. ed. München: C.H. Beck.

EISENBERGER, Hans Magnus (1993). *Aussichten auf den Bürgerkrieg*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

FEINBERG, Joel (1994) [1970]. The expressive function of punishment. In: DUFF, R. Antony; GARLAND, David (Orgs.) *A reader on punishment*. Oxford: Oxford UP, p.73-89.

GUNTHER, Klaus (2002). Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. In: PRITWITZ, Cornelius et al. (Orgs.) *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, p. 205-219.

HAFFKE, Bernhard (1976). *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Aarau e Frankfurt am Main: Sauerlander.

HASSEMER, Winfried (1990). *Einführung in die Grundlagen de Strafrechts*. 2. ed. München: C.H. Beck.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1970) [1821]. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Organizado pro Eva Moldenhauer e Karl Markus Michel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, Obras, v.7.
- JAKOBS, Gunther (1991). *Strafrecht Allgemeinet Teil 2*. ed. Berlin: De Gruyter.
- (1992). *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. München: C.H. Beck.
- (2000). Kommentar. In: ESER, Albin et al. (Orgs.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C.H. Beck.
- KANT, Immanuel (1975) [1797]. *Metaphysik der Sitten*. Ester Teil: Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre. Organizado por Wilhelm Weischedel, Darmstadt. Obras, v.4.
- KUNZ, Karl-Ludwig (2001). *Kriminologie*. 3. ed. Bern/Stuttgart/Wien: Paul Haupt.
- LUNDERSSSEN, Klaus (1984). *Kriminologie*. Einführung in die Problematik von Kriminalität und Kriminalisierung. Baden-Baden: Nomos.
- (1995). *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- MONTADA, Leo (1998). Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation. In: OERTER, Rolf; MONTADA, Leo (Orgs.) *Entwicklungs-Psychologie*. 4. ed. Weinheim: Beltz, p. 862-894.
- NEIMAN, Susan (2004) [2002]. *Das Böse denken*. Traducción de Christiana Goldmann. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- PFEIFFER, Christian (2004). *Die Dämonisierung des Bösen*: Frankfurt Allgemeine Zeitung, 5 mar.
- ROXIN, Claus (1997). *Strafrechts Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C.H. Beck.
- SCHEERER, Sebastian (1978). Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien in Prozeß strafrechtlicher Normbildung. *Kriminologisches Journal*, año 10, p. 223-227.
- SCHORK, Stefanie (2004). *Ausgesprochen schuldig*. Diss. Jur. Frankfurt am Main.
- STRENG, Franz (2000). Die heranwachsende Juristengeneration und die Aufgabe des Strafrechts. *Bewahrungslife*, .n. 4., p. 422-435.
- (2003). Das Legitimationsdilemma sichernden Freiheitsentzug – Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung. In: DOLIN, Dieter (Org.) *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strefrecht*. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe z. Berlin: Duncker & Humblot, p. 611-642.
- SYKES, Gresham M.; MATZA, David (1974) [1957]. Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz. In: SACK, Fritz; KONIG, Rene (Orgs.) *Kriminalsoziologie*. Frankfurt am Main: Akademische Verlagsgessellschaft, p.360-371.
- TRONDLE, Hebert; FISCHER, Thomas (2003). *Strafgesetzbunch Kommentar*. 51. Ed. München: C.H. Beck.