

LA PENA: APUNTES DE UN JUSTIFICADOR

Javier Villa Stein (*)

El Derecho Penal, como instrumento de control social, es básicamente sancionador y protector de un universo específico de bienes jurídicos. Su intervención, desde la dogmática reciente, se limita a situaciones predeterminadas por el Estado y su política criminal.

Principios de subsidiariedad y fragmentariedad le dan al Derecho Penal un carácter esencial de *ultima ratio*, pues su activación sólo procede cuando es socialmente imprescindible e inevitable en tanto el ordenamiento legal restante no fue suficiente al orden social.

El Derecho Penal no puede existir legislativamente hablando, con independencia de la concepción del Estado y de la Sociedad, ni con los propósitos y lineamientos económicos sociales de dicho Estado, pues la política criminal responde o debe responder necesariamente a las necesidades del modelo político social so pena de resultar incomprensible y poco útil.

En el modelo liberal, el Derecho Penal cumple desde una perspectiva pragmática una función utilitaria de prevención general (Rousseau, Beccaria) o desde una lógica idealista el Derecho Penal persigue fines retributivos (Kant y Hegel). Desde paradigmas idealistas distintos, utilitaristas y retributivistas, defendieron la importancia *per se* de la pena, aunque para Kant la pena no podía cumplir propósito social utilitario por ser para esta corriente de pensamiento inadmisibles la instrumentalización del hombre en beneficio de la sociedad. Para Hegel la pena era la contingencia necesaria y racional de la conducta delictiva.

En el modelo estatal intervencionista —el Estado Social—, el derecho penal pretende exclusivamente luchar contra el delito como fenómeno criminal, social y objetivamente determinado. Se concibe entonces un derecho penal prevencionista y contaminado de la concepción hegemónica del estado social. El derecho penal deviene en un "arma del Estado esgrimida contra la sociedad trocándose la eficacia

(*) Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

de la pena en terror penal" (Mir Puig).

Tenemos entonces que mientras en el modelo liberal se busca defender a la sociedad del Estado, con el estado social, inversamente, se pretendería un derecho penal ofuscado en defender al Estado (y sus concepciones hegemónicas) de la sociedad, negando a ésta sus propias, ricas y dinámicas peculiaridades. El Estado Social hace de gendarme metejón y calificador supremo y único, utilizando como herramienta el derecho penal desdeñoso de las libertades individuales, "puramente formales", en supuesto "beneficio" de las libertades materiales e "histórico sociales".

Del esquema antipodal reseñado el derecho penal busca dialécticamente su equilibrio y su síntesis en un paradigma en el que converjan las aportaciones más valiosas de los modelos que le sirven de base. La búsqueda no es aislada ni de gabinete, va de la mano del desarrollo histórico de las sociedades; sus vacilaciones son expresión de innumerables recodos por los que pasa ese desarrollo y en consecuencia, en la lógica de su propia consistencia interna, su realización legislativa debe concordarse fundamentalmente con todo el sistema jurídico en general y en particular con el constitucional que estructura —o refleja— un modelo de Estado.

Las reformas penales en el mundo de las últimas décadas, son elocuentes testigo de lo que venimos de decir.

En España lo mismo que en Alemania, países cuyo elevado desarrollo dogmático y legislativo, han influido notablemente en el Derecho Penal vigente en el Perú de hoy, sirven de igual testimonio de como las ocurrencias históricas y políticas determinan o condicionan severamente un modelo o apetito jurídico determinado.

En efecto, la Dictadura de Primo de Rivera; la Guerra Civil Española de 1936, de la que deriva el totifranquismo primero y el aparato jurídico llamado Estado Social y Democrático de Derecho después, cuyo modelo punitivo y desarrollo dogmático ha puesto en tela de juicio la pena —torpe remedio la llama Quintero Olivares— al punto que se la ha mediatizado con diversos y variados artificios filosóficos o procesales. Dorado Montero y Antón Oneca se angustian por la utilidad de la pena; Silva Sánchez por su legitimación; Morillas Cueva por su humanización y todos acuden a proposiciones supuestamente científicas.

En Alemania, el totinazismo y la post-guerra aportan lo propio. El pasado atroz y abuso inmisericorde de poder determinan, sin duda alguna, un abordaje fóbico de la pena que la racionalidad germana no ha podido acaso manejar. Jescheck se ve obligado a decir: "Sin la pena el ordenamiento jurídico dejaría de ser un orden

coactivo y quedaría rebajado al nivel de una simple recordación no vinculante" ⁽¹⁾. Maurach en el mismo y desesperado tono sostiene "que una sociedad que quiera renunciar al poder punitivo, renunciaría a su propia existencia" ⁽²⁾. Gimbernat a su turno nos dice: "Entonces, en un derecho penal así concebido, la pena no es algo irracional sino racional. Es un recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres" ⁽³⁾.

Los autores del proyecto alternativo alemán consagran la célebre frase: "*Alternativ entwurf eines strafgesetzbuches, allgemeine teil*" ⁽⁴⁾, con lo que la complacencia estatal empieza a tener doctrina y donde se gesta la tesis del derecho penal como última *ratio*: La pena sólo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedir otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales" (Roxin), de donde surge en el modelo alemán, dos curiosas exigencias; a saber: que la conducta para merecer una contingencia punitiva estatal debe alcanzar índices de insoportabilidad para la comunidad que la padece y que, subsidiariamente exista en paralelo, debidamente montados para ser eficaces, otros sistemas jurídico y político criminales capaces de controlar el universo de conductas no insoportables, pero igualmente desadaptativas, que alteren la coexistencia pacífica de los ciudadanos. Este segundo presupuesto parte del hecho falso de que la criminología y las otras ciencias sociales vinculadas, que podrían socorrer con éxito un programa de control social alternativo, han alcanzado el desarrollo científico suficiente a la implementación de un sistema de control conductual o político-criminal efectivo, y al propio tiempo legítimo.

Los 14 profesores alemanes de derecho penal que publican en 1966 el proyecto alternativo y no obstante la influencia italiana y francesa en teoría de "defensa social", prescinden de la retribución contenida en la propuesta oficial de 1962, y apuntan por la prevención general y la integración social del penado (Roxin), no obstante el fracaso de esta concepción ocurrida en los países escandinavos y EE.UU.

⁽¹⁾ Cit. por PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Lima, Grijley, 1994, p. 107.

⁽²⁾ PEÑA CABRERA, *loc. cit.*

⁽³⁾ PEÑA CABRERA, *loc. cit.*

⁽⁴⁾ Amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres (Traducción de PEÑA CABRERA).

después de la segunda Guerra Mundial.

El código alemán definitivo promulgado en 1969 y que entra en vigencia en 1975 equidista entre el modelo clásico defensivo y el social preventivo. Se impuso el modelo resocializador. "El legislador alemán, después de largas discusiones, hasta llegó a acoger del proyecto alternativo el establecimiento socioterapéutico" ⁽⁵⁾.

En la actualidad sin embargo tanto en Alemania como en Europa Central, la tesis del tratamiento ha hecho crisis. EE.UU. y los países escandinavos como ha sido dicho, dejaron en el olvido el entusiasmo por el tratamiento. En Italia a partir de 1975, se varió sustancialmente la política criminal. En todo Europa "la idea de la resocialización ha sido postergada y en su reemplazo se ha iniciado el camino de una agudización del sistema penal" ⁽⁶⁾. "Curar en lugar de castigar, fue una consigna que angustió con éxito durante largo tiempo a las teorías clásicas de la pena e hizo que la ideología del tratamiento apareciera como una idea progresista con la que no se podía competir. Tendría éxito en tanto que se mantuviera en penumbra y pudiera demostrar que el "tratamiento" en la ejecución es algo absolutamente diferente que el tratamiento en el hospital" ⁽⁷⁾.

El derecho penal peruano tanto en su versión legislativa como en la dogmática, ha hecho suyo el afrente del derecho alemán y español reseñado; lo ha hecho suyo por extrapolación cultural más que por necesidad social, y lo ha hecho suyo sin tener en cuenta para nada los momentos históricos en que se contruye el modelo teórico y el aparato legislativo en los países de origen, y el hecho que, años después, ya caído el muro de Berlín; ya iniciada la globalización económica mundial; ya alcanzadas y llegados al Perú los logros científicos y tecnológicos; ya brotada la crisis de las ideologías, se vive en el Perú profundos cambios tras las catástrofe del modelo intervencionista, socializante y verbalista que postró al país irremediamente según reconocen hoy tirios y troyanos.

Zaffaroni, analizando nuestro proyecto de código penal de Abril de 1986, elaborado en el fragor de la debacle decía: "Supongo, que tiene que quedar clara la idea, de cuál es el objeto de redactar un nuevo código penal, en este momento de

⁽⁵⁾ ROXIN, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, Barcelona, PPP, 1992, p. 14.

⁽⁶⁾ ROXIN, *loc. cit.*

⁽⁷⁾ HASSEMER, Winfried, «La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 1, Lima, 1993, p. 482.

la historia peruana, del marco continental y mundial. Se me ocurre ...que el Perú tiene una Constitución (1979) de corte abiertamente social favorable a un cambio político de semejante naturaleza y, en consecuencia un instrumento jurídico que tenga tal riqueza de conceptos, precisa de una adecuación del derecho penal de fondo, es decir, del instrumento jurídico básico y configurador del sistema penal, a estos principios políticos, establecidos en la ley suprema".

En efecto, la altura moral y la talla intelectual de Zaffaroni, hizo lo suyo. Se siguió su consejo y el Código penal de 1991, recogió los supuestos lógicos de la Constitución de 1979, ya derogada por la de 1993 de sino diferente.

El modelo epistémico e ideológico que subyace en la derogada de 1979, se adopta, ya caído el muro de Berlín, o usando la fórmula zaffaroniana, habiendo variado "el momento de la historia peruana y el marco continental y mundial", en el Código penal peruano de 1991.

El Código penal peruano, siguiendo los consejos de Zaffaroni debiera tener "riqueza de conceptos", y probablemente los tiene, aun cuando por causa de dicha riqueza se haya construido un código conceptualizador sea o no útil a la finalidad del control social, a la tutela de los bienes jurídicos o a la solución de controversias, cuando es el caso que en este sentido apunte el derecho penal.

Sostenemos enfáticamente que cuando fracasa una reforma penal, o se agota, ello se debe a que sus contenidos conceptualizadores y normativos son de laboratorio y por ende divorciados de la dinámica histórica lo mismo que del poco conocimiento del hombre y de las sociedades. En Alemania, Brasil, Colombia, Costa Rica y España, el agotamiento de sus reformas poco tiene que ver con el presunto carácter reaccionario o retrógrados de las otras instancias operadoras del control penal.

Prado Saldarriaga nos dice: "Lamentablemente, las omisiones mencionadas determinan que las "reformas penales de papel", fracasen y cumplan la paradójica función de rebustecer el *statu quo*. En efecto, nuestras sociedades de pronto se ven envueltas en la contradicción de contar a la vez con leyes modernas pero con organizaciones anticuadas; con alternativas de cambio pero con operadores reaccionarios; con principios garantistas pero con praxis autoritarias. Todo lo cual, acaba por distorsionar o pervertir la aplicación de la nueva legislación" ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Lima, Alternativas, 1993, p. 2.

Yerra pues, Prado Saldarriaga, nuestro colega de cátedra en San Marcos, cuando advierte que el fracaso de la reforma se origina en la colisión entre las "leyes modernas" y las "organizaciones anticuadas", entre el estado garantista y la praxis autoritaria, etc., pasando por alto que, reforma o contrareforma, fracasará necesariamente y con tanto o más estruendo, y acaso con independencia de la antigüedad y autoritarismo de los operadores, cuanto más distancia guarde de la realidad social, de la misma realidad social a la que sólo se puede llegar por la observación atenta, con el sentido común, o con los métodos objetivos de las ciencias sociales a las que los conceptualizadores y los criminólogos críticos, reputan con desdén sectario, de "positivista". Nos dice el profesor alemán Claus Roxin, más actualizado sin duda que algunos de sus desorientados seguidores tercermundistas: "La política criminal está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte se basa como ciencia en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empírica y jurídica; por otra parte quiere como una forma de la política establecer determinadas ideas o intereses, trata como teoría de desarrollar una estrategia definitiva de la lucha en contra del delito. Pero la realización práctica es, como también sucede en la política a menudo, más dependiente de las realidades preestablecidas que de su conceptualización" ⁽⁹⁾.

Veamos algunos salmos: "La falla política del pensamiento positivista, ligada con su falla intelectual, consiste en su aceptación del *status quo*. No existe cuestionamiento alguno del orden establecido, del mismo modo que no se examinan las premisas científicas. La realidad oficial es la que el positivista emplea para operar con ella, y la que acepta y respalda. El positivista da por supuesta la ideología dominante que destaca la racionalidad burocrática, la tecnología moderna, la autoridad centralizada y el control científico. El pensamiento positivista, naturalmente, se presta favorablemente a la ideología oficial y a los intereses de la clase dominante" ⁽¹⁰⁾.

"El modelo científico en el que se inspira la ciencia del derecho penal en Alemania e Italia desde la última década del siglo pasado hasta los años treinta del corriente, dentro de las orientaciones que dominaron en este período a ambos países, se basa en la integración de la dogmática penal con las disciplinas antropológicas y sociológicas, las cuales constituyen las partes principales de la criminología 'oficial'".

⁽⁹⁾ ROXIN, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ QUINNEY, Richard, «Control del Crimen en la Sociedad Capitalista», en PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Aldus, 1988, p. 15.

de esa época. Se trata en este caso de la criminología positivista, la cual se caracteriza por partir de dos presupuestos teóricos: la tesis del delincuente considerado por completo diferente de los individuos 'normales', y el paradigma etiológico al que corresponde la concepción de la criminología como búsqueda de las causas y los factores de la criminalidad. A estos dos presupuestos corresponde la concepción de la función instrumental de la criminología con respecto al sistema penal y la política criminal oficial. Dentro de esa concepción, la criminología desempeña, además, respecto de la ciencia dogmática, la función auxiliar de suministrarse los conocimientos antropológicos y sociológicos necesarios para dar un fundamento ontológico y naturalista a la tarea de construcción conceptual y de sistematización que, partiendo de la ley penal positiva, lleva a cabo esa dogmática"⁽¹¹⁾.

En materia legislativa tenemos que nuestro Código penal, en su Art. 28 determina o clasifica los tipos de pena en: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derecho y multa. Las penas limitativas de derecho comprende la de prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, e inhabilitación que en la práctica no se han implantado por ilusorias y que no obstante su ineficacia se la califica de sistema fecundo ("La inclusión de las penas limitativas de derecho ha constituido la innovación mas fecunda del texto punitivo. El ideal de humanización de los sistemas penales enarbolado por el gran movimiento internacional del derecho penal"⁽¹²⁾). La cita tomada del maestro Peña Cabrera nos advierte de la disonancia entre la teoría y la realidad.

En cuanto a la pena privativa de libertad, ella en nuestro Código penal comprende obviamente la que afecta la libertad ambulatoria del condenado y va de los 2 días a 25 años (y recientemente condena perpetua) y tienen en la práctica un carácter declarativo, pues las de escasa duración, nunca se aplican ni se sustituyen por otras, y las de pena mediana —04 años v.g.— se mediatizan con la facultad jurisdiccional de suspensión de la ejecución de la pena (Art. 57) bajo el requisito de una pronósis social favorable y reglas de conducta (Art. 58) que no se verifica en caso alguno.

⁽¹¹⁾ BARATTA, Alessandro, «Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del modelo integral de la Ciencia Penal», en PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, cit., pp. 2-3.

⁽¹²⁾ PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 503.

De origen Franco-Belga, la suspensión de la pena viene a ser un perdón al delincuente, previniendo e impidiendo —subjetiva no contrastada—, con esta medida, que el agente cometa otro delito; el criterio práctico de la reparación del daño no existe aunque se declare en el texto legal. No hay investigación alguna que demuestre el pretendido carácter preventivo general o especial de este instituto, y acaso una investigación empírica demuestre el efecto contrario. Baste el ejemplo del libramiento indebido que el Art. 215 del código penal reprime con pena no menor de un año ni mayor de cuatro y que en los hechos resulta impune con lo que se atenta contra lo que precisamente se quiere impedir, a saber: la confianza y la buena fe en los negocios, bien jurídico de gran estima si se quiere velocidad suficiente y socialmente útil del tráfico patrimonial.

No es el caso pormenorizar sobre las diferentes modalidades punitivas que recoge la ley penal peruana, pues lo dicho hasta este punto es suficiente para advertir una incoherencia fundamental en todo el aparato jurídico penal pretendida y declarativamente desbastador (*última ratio*, mínima intervención), por una parte, y despenalizador y complaciente, por otra.

El derecho penal interviene, o debe intervenir en defecto de los otros mecanismos jurídicos y cuando lo hace se lo mediatiza de tal forma que se torna en ilusorio. La teoría de la prevención general positiva esbozada por el profesor español Santiago Mir Puig y que busca funcionar coherentemente con las exigencias garantistas del estado social y democrático de derecho, inspiró al legislador nacional quien con esta inspiración creyó resolver el conflicto entre la finalidad retributiva de la pena y la preventiva.

Podríamos decir, prestándonos de una fórmula metodológica de las ciencias sociales, que el Código penal peruano adolece de inconsistencia interna que se origina en las evidentes vacilaciones que se reflejan en los sucesivos proyectos que lo antecedieron. En efecto, los proyectos de 1985 y 1986, optan, por inspiración del código colombiano de 1980, por la tesis de la unión de Claus Roxin, que busca dialécticamente, compatibilizar las finalidades retributivas, preventivas, protectoras y resocializadoras de la pena; el proyecto de 1989 opta por la fórmula de la prevención general, inspirado en el Art. 111 del proyecto que el Partido comunista español presenta como alternativo al oficial de 1980, a las cortes españolas. El proyecto de 1989 a su turno deviene en contradictorio con el modelo individualista de la constitución de 1979, al que se pretendía adecuar. "Al respecto, es de recordar que en nuestro país la Constitución del 79 colocó al hombre por encima del grupo

social" ⁽¹³⁾.

El proyecto de Julio de 1990, opta por la fórmula mixta de prevención general y especial.

En Enero de 1991, aparece otro proyecto de código penal con un contenido de prevención general positivo y al propio tiempo con uno que hace suyo la teoría de la unión que inspiraron los proyectos del 85 y 86 ya citados.

En el texto final de 1991, omite la finalidad retributiva, aunque en su exposición de motivos se mantenga. El punto es, en todo caso, que el código vigente de 1991, adopta con buen criterio la teoría de la unión de Roxin, pero esta adopción enriquecida con exigencia de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad. En materia penitenciaria la Constitución de 1993 (Art. 139, numeral 22), opta por la resocialización.

Es el caso mencionar que la inconsistencia de la que damos cuenta alcanza al orden jurídico penal cuando se opta por una teoría —la de la unión— y se incumplen en la praxis sus postulados. "Las teorías de la unión se forman en la ciencia del derecho penal especialmente en torno a dos ideas sistemáticas: La vinculación de las teorías de la pena con los estudios de proceso penal y su vinculación con las clases de delitos. Así por ejemplo se puede incluir en la instrucción del proceso penal el efecto intimidatorio de la prevención general; en el juicio oral la finalidad de una justa decisión retributiva, en la ejecución de la pena, las tareas resocializadoras" ⁽¹⁴⁾.

En el derecho nacional la Constitución, el título preliminar (Arts. I, II, IV, VII, IX) del Código penal, la dogmática reciente, la política criminal, la jurisprudencia y la ejecución penal adoptan fórmulas antitéticas que se neutralizan entre sí, al punto de hacer del derecho penal un instrumento ineficaz del control social, un reflejo más de la crisis institucional y social, una muestra adicional, en suma, de la crisis de las ideologías que se confrontan solapadamente en cada texto jurídico. El derecho penal como instrumento de control social es, y así iniciamos este artículo, sancionador y protector de un universo específico de bienes jurídicos y no necesita ser mediatizado con fetiches.

⁽¹³⁾ PRADO SALDARRIAGA, *Comentarios al Código Penal de 1991*, p. 11.

⁽¹⁴⁾ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1994, p. 349.

La pena primariamente es un castigo y, como tal, una contingencia aversiva a una conducta desadaptativa, para eliminarla en su protagonista (prevención especial negativa) y para eliminarla vicaria u observacionalmente en los demás (prevención

general). Un maquillaje que la desnaturalice no sólo le resta funcionalidad, sino termina fomentando —o reforzando— la criminalidad cuando no la vendetta.

Sólo en la medida en que el derecho penal —*última ratio*— cuando interviene resulta devastador, es cuando tienen sentido todos sus mecanismos de alerta temprana o de precaución: Principio de legalidad, bien jurídico real, mínima intervención, humanidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, y proporcionalidad. Sólo en la medida en que su carácter punitivo es inevitable y severo, es que tiene caso la teoría de la imputación objetiva, la prescripción de la responsabilidad objetiva y las novísimas teorías del error.

La protección del tráfico patrimonial, del comercio exterior, la economía, por mencionar desarrollos sociales importantes tienen que ser protegidos de la criminalidad organizada, del tráfico de estupefacientes y de toda una gama de perturbadores, por un derecho penal moderno efectivo y útil antes que conceptual e intensivamente teórico. La supremacía ética en la que debe militar el Estado al respetar escrupulosamente la dignidad humana, los derechos del ciudadano, el debido proceso y el principio de culpabilidad no debe ni tiene que confundirse con inmovilismo estatal frente a la criminalidad en cualquiera de sus formas.

La pena que debe ser útil y necesaria al orden social, pues esa es su justificación, cuando pasa por el cedazo garantista de la culpabilidad y del debido proceso, no cabe más alternativa que aplicarse sin titubeos. No creemos que exista contradicción entre la prohibición de vulnerar la dignidad y la optimización de la utilidad de la pena como sostiene Jakobs; no puede haber contradicción entre la conminación preventivo general con la idea de retribución sentencial, ni la idea de prevención especial con la ejecución, pues de ser así se promovería el desorden social. "La concepción dominante, de modo casi general, es que sólo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico" ⁽¹⁵⁾. Pero, añadimos nosotros cuando se está en la hipótesis de tener que imponerla, hay que hacerlo.

Las ciencias sociales en general, y en particular la psicología experimental conductista de las últimas décadas apuntan en este sentido. Thorndike, Estes,

⁽¹⁵⁾ ROXIN, Claus, *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 211.

Solomón, Azrin y Holz, Yates, han estudiado experimentalmente la naturaleza funcional del castigo para el control de la conducta humana y sus hallazgos dan señas inequívocas de su utilidad para el control de las conductas inadaptativas. Los estudios citados están aún en su fase experimental pero deben cuando menos servir de advertencia a las prédicas abolicionistas y timoratas, si no queremos convertir al derecho penal en un placebo jurídico.