

LA PREVENCIÓN, COMO FIN DE LA PENA Y DEL ESTADO

Por: María Fernanda Delgado Sánchez

Partir del concepto de pena, ya no como un mal necesario para retribuir la culpabilidad de un individuo que comete un injusto penal¹, sino como la expresión del poder punitivo del estado, ante la comisión de una conducta delictiva², supone la necesidad de buscar su justificación (derecho penal). Este es el propósito de las teorías sobre los fines de la pena: encontrar su legitimación.

A este respecto resulta importante precisar que las teorías sobre los fines de la pena se sintetizan en teorías absolutas, relativas y mixtas. En primer lugar, las teorías **absolutas**, también llamadas retributivas, tuvieron su auge con los postulados de Kant y Hegel. En ellas, la función de la pena se agota en la realización de la justicia; la pena es simplemente un mal que se impone por la comisión de una conducta delictiva³.

En segundo lugar, las teorías **relativas** se refieren a la **prevención general** (negativa o positiva) y **especial**. La prevención general, en su aspecto negativo, considera que el fin de la pena es intimidar a los potenciales delincuentes pues, al imponer una sanción a un individuo, se busca disuadir a todos aquellos que se inclinan cometer delitos⁴. En su aspecto positivo, según Jakobs⁵ la pena busca la estabilización de la norma lesionada, con lo cual los individuos de una sociedad pueden esperar que las normas vigentes sean respetadas por los demás⁶. Ahora bien, la prevención especial atribuye a la pena el fin de evitar que un individuo en particular reincida en un comportamiento delictivo, en virtud de un tratamiento que, para su caso, ha sido efectivo y adecuadamente cumplido.

En tercer lugar, frente a la imposibilidad de aceptar, exclusivamente, las teorías absolutas o relativas, surgen las teorías mixtas, que buscan unificar los mencionados fines de la pena bajo un único concepto. En efecto, para los autores y defensores de estas teorías mixtas, “la esencia de la pena radica en la retribución, con la cual se buscan fines de prevención general y prevención especial.”⁷

A esta discusión no ha sido ajena nuestra legislación penal, la cual ha optado por el camino de las teorías mixtas⁸. El código penal colombiano, en su artículo 4, establece que son cinco las funciones de la pena, así: prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Asimismo, la corte constitucional ha señalado que cada una de estas funciones corresponde a un momento diferente de la actuación del

¹ RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa. Teoría de los fines de la pena. En: BERNAL CUÉLLAR, Jaime, *et al.* *Lecciones de derecho penal. Parte general 3ª edición*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 27

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C328/16 (22, junio, 2016). M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2016.

³ RUIZ LÓPEZ. Op. cit., p. 30-32

⁴ Sentencia C328/16. Op. cit.

⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 20.

⁶ Sentencia C328/16. Op. cit.

⁷ RUIZ LÓPEZ. Op. cit., p. 36-37

⁸ *Ibíd.*, p. 42

estado frente al delito. La prevención general corresponde al momento legislativo, es decir a la actividad del legislador para producir las normas; la función retributiva se activa al ponerse en marcha el aparato judicial para imponer una pena, cumpliendo así el propósito del proceso penal; la función resocializadora o de reinserción social le corresponde al momento del tratamiento penitenciario que, si bien se presenta bajo la forma de un castigo o la supresión de un derecho como la libertad, tiene como principal finalidad la de propiciar un cambio en el sujeto condenado, para su cabal reintegro a la sociedad una vez finalizado el tratamiento penitenciario.

Frente a este panorama que nos ofrece la dogmática penal y la normatividad colombiana, es oportuno detenerse en el planteamiento propuesto por Michael Pawlik⁹ en su libro “Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad”. En efecto, en cuanto a la retribución como función de la pena, Pawlik invoca a Hegel cuando afirma que, así como la acción delictiva constituye una negación de la norma, la acción punitiva constituye una negación de esa acción contraria a la norma, lo que trae como consecuencia la negación del estado de felicidad que garantiza el obrar conforme a derecho. Por eso, el delincuente se ve privado de su libertad o de su bienestar, en aras de retribuir a la sociedad el mal que ha causado. Este planteamiento de retribuir el mal con otro mal, de generar más dolor en la sociedad como reparación al dolor, ha sido rechazado por absurdo e irracional como se puede ver en los planteamientos de Schopenhauer¹⁰. Por ello, Pawlik impone atribuir un valor simbólico a esta doble negación, para rescatar el sentido de la punición. Dicho valor simbólico consiste en que, cuando el infractor destruye simbólicamente el precepto, el estado destruye simbólicamente su capacidad de desconocer el orden jurídico. Más allá del dolor está el valor simbólico de la sanción. Por eso, no es estrictamente necesario que se cumpla efectivamente la pena, como ocurre, por ejemplo, cuando se conceden los subrogados penales. Este simbolismo de doble vía se convierte en una tensión de fuerzas que está llamada a operar en favor del estado. En otras palabras, la fuerza del estado, al negar la acción del delincuente, debe ser mayor, de manera que sea efectiva para generar un resultado, en términos de coerción y advertencia (prevención), para disuadir al futuro infractor.

En resumen, para Pawlik, la pena sólo tiene un fin: la retribución. El punto está en el contenido que el autor da al concepto de retribución: frente a la negación de la norma por parte de un infractor, el estado confirma esa norma al imponerle una sanción, con lo cual le está negando validez a su conducta y, de paso, termina negándole o restringiéndole también ciertos derechos individuales, como la libertad o algunos derechos patrimoniales. Ahora bien, el equilibrio entre la acción del estado y la acción del infractor está en la identidad entre la norma y la sanción, de manera que no haya una extralimitación en el poder punitivo del estado, ni una sanción desproporcionada para el delincuente. Este es el alcance que el autor da a su tesis, desde el título mismo del libro. En definitiva, lo que esto implica es que la única manera de legitimar la pena es por medio de esa identidad, entre lo que quiso reprimir el legislador y lo que se logra con la imposición de la sanción, siempre y cuando ésta sea justa, proporcional y estrictamente apegada a la norma.

⁹ PAWLIK, Michael. Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. 107 p.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 60-61.

Ahora bien, en cuanto a la teoría de la prevención y a la propuesta de Pawlik de descartarla, cobra importancia el texto “Teorías de la pena” de Tatjana Hörnle que, aunque aborda una postura diferente a la de Pawlik, ambos se complementan en un punto específico. En primer lugar, Hörnle¹¹ se plantea el problema de la legitimidad de las normas penales y el sentido de las condenas emitidas por los jueces, frente a las teorías absolutas, la prevención de delitos futuros y las teorías expresivas de la pena. Así, formula diversas objeciones a dichas teorías y, en particular, pone de presente la problemática de los elevados costos que conlleva el sistema criminal y penitenciario, de cara a los exiguos beneficios que reporta en términos de verdaderas retribución, prevención y resocialización. En esta dirección cabe destacar la paradoja que representa el empleo de grandes presupuestos para todo el aparato criminal del estado, frente a los que se destinan a la educación, que es el ámbito natural en donde debe darse la auténtica prevención. A todo esto, la autora propone como una alternativa más inteligente la de utilizar menos recursos en todo el sistema penal y muchos más recursos en la educación y, especialmente, en la atención a la primera infancia, como quiera que es el momento de toda la vida humana en el que mayores logros se pueden obtener, en términos de autodisciplina, autocontrol y verdadera prevención frente al delito.¹²

En este mismo aspecto, la ponderación costo-beneficio, Pawlik considera que, si el derecho penal a través de la prevención busca hacer una especie de amenaza, debe estar en condiciones de poder cumplirla y, precisamente por ello, la prevención resulta utópica y absurda, en la medida en que no es posible un sistema de vigilancia total, que haga efectiva dicha amenaza. Dicho de otra manera, la amenaza no alcanza a cubrir todos los eventos sociales a los que debería llegar, y el estado “acabaría literalmente ahogado en su sed de vigilancia”¹³. Como consecuencia de esto, el autor plantea que, para llegar a unos costos razonables para el estado, es necesario lograr un alto nivel de autodisciplina y autocontrol de los ciudadanos. De esta manera, lo que se busca es que, para ellos, las normas sean algo evidente, algo que cumplen por su propia voluntad y decisión, por su propio motor interior, lo que en últimas alude al imperativo categórico de Kant. Es decir, se pretende que los ciudadanos desarrollen un nivel autónomo de conciencia y de moralidad, que haga innecesario el control social, mediante la coerción y la fuerza del estado. En palabras de Hegel, este vendría a ser el **patriotismo**, como expresión de una voluntad general de acogimiento al ordenamiento jurídico.¹⁴

En mi concepto y a manera de conclusión, muchos han sido los intentos teóricos y prácticos para diseñar un ordenamiento jurídico integral y un sistema de control social efectivo. Todas las teorías, todos los diseños, planes de prevención y políticas públicas de resocialización terminan construyendo sistemas de castigo y venganza que, si bien satisfacen los anhelos de una sociedad, dolida por las conductas criminales de muchos de sus miembros, no logran obtener los mejores resultados, para solucionar los conflictos y reinsertar a los individuos en el tejido social. Precisamente por ello son muy acertadas las precisiones que estos dos autores hacen sobre los costos del sistema estatal al afrontar la problemática delincriminal, frente a los pocos beneficios que estos esfuerzos reportan, tanto para la sociedad como para los

¹¹ HÖRNLE, Tatjana. Teorías de la pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 65 p.

¹² *Ibíd.*, p. 28

¹³ PAWLIK. *Op. cit.*, p. 47

¹⁴ *Ibíd.*, p. 48-49

individuos. Son muchos los crímenes que se cometen y ni siquiera son denunciados; son muchos los delitos que se investigan, con un gran desgaste del aparato judicial y se quedan en la impunidad por diversas causas; son muchos los condenados que van a los centros penitenciarios y salen de allí, después de un largo tiempo, en peores condiciones personales y con un potencial de reincidencia mayor. Razón tienen estos autores pues para llamar la atención sobre los costos, no solamente económicos, sino también sociales y de todo orden, de un sistema de represión basado en la retribución y en una supuesta prevención que al final no logra una verdadera resocialización.

Esto nos lleva directamente al tema de la educación. No en vano Pawlik menciona en sus reflexiones a Rousseau, a Kant y a Hegel, quienes desarrollan cada uno a su manera una concepción integral del hombre y de su quehacer, en torno a valores que tienen mucho que ver con la educación y formación del ser humano desde los primeros años de su vida. ¿Por qué esperar a que se produzcan las conductas contrarias a derecho, para entrar a restablecer el orden quebrantado y a prevenir la ocurrencia de nuevas conductas, cuando podemos, desde los primeros años de la infancia, educar a los individuos para que asimilen las normas de convivencia, como códigos de autodisciplina y sepan conducir su conducta, con autodeterminación, por los caminos de la rectitud y el respeto por los derechos ajenos? Este es el verdadero desafío de una intervención estatal para lograr la armonía social y la paz entre los ciudadanos. En suma, puede aceptarse que la prevención sea un fin de la pena, siempre y cuando se tenga claro que, ante todo, es un fin del estado.

Si este tema es de su interés, esperamos contar con su participación en el curso internacional virtual “fundamentos y principios del derecho penal contemporáneo” que se desarrollará entre noviembre y diciembre de 2022, en donde uno de los ejes temáticos será teoría de los fines de la pena. Asimismo, lo invitamos a conocer nuestras publicaciones, “Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad” de Michael Pawlik, traducido por Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila; y Teorías de la pena” de Tatjana Hörnle, traducido por Nuria Pastor Muñoz.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C328/16 (22, junio, 2016). M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2016.

HÖRNLE, Tatjana. Teorías de la pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 65 p.

JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. 1112 p.

PAWLIK, Michael. Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. 107 p.

RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa. Teoría de los fines de la pena. En: BERNAL CUÉLLAR, Jaime, *et al. Lecciones de derecho penal. Parte general 3ª edición*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. 670 p.