

COLEGIO MARYMOUNT

¿Existen razones que justifiquen que al mal del delito se le responda con otro mal como lo es la pena?

Proyecto de grado

María Teresa Alzate Gómez

María José Sotomayor Mogollón

Medellín, 2012

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. PREGUNTA	5
2. OBJETIVOS:.....	6
2.1 <i>Objetivo general</i>	6
2.2 <i>Objetivos específicos:</i>	6
3. MARCO TEÓRICO:.....	7
3.1. <i>¿Qué es el delito, qué es la pena y por qué ambos consisten en un mal?</i>	7
3.1.1. <i>El Delito</i>	7
3.1.2. <i>La pena:</i>	9
3.2. <i>Si y porque castigar, prohibir y juzgar (las ideologías penales)</i>	10
3.2.1. <i>Las doctrinas abolicionistas.</i>	10
3.2.2. <i>Dos perspectivas abolicionistas, la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria.</i>	11
3.2.3. <i>Las justificaciones retribucioncitas</i>	11
3.2.4. <i>Las justificaciones utilitaristas</i>	14
3.3 <i>Críticas frente a las doctrinas</i>	16
3.3.1. <i>Doctrinas Absolutas</i>	16
3.3.2. <i>Doctrinas Utilitaristas</i>	17
4. CONCLUSIONES.....	20
BIBLIOGRAFÍA	21

RESUMEN

En este trabajo de grado se explica por qué el delito y la pena se consideran un mal y por qué la sociedad a veces deja esta relación a un lado y ve *a priori* la pena como una respuesta justa y positiva a ciertos problemas sociales, sin tener en cuenta el análisis de las consecuencias negativas que también conlleva. Dado que la pena consiste en un mal, su uso debe estar justificado, razón por la cual en el trabajo explico las principales doctrinas que justifican la pena y las críticas que suelen formularseles. Concluyo y respondo mi pregunta de si existen en realidad o no razones que justifiquen que al mal del delito se le responda con otro mal como lo es la pena.

INTRODUCCIÓN

Para Beuchot, la dignidad de una persona "da al ser humano el derecho fundamental de realizar su finalidad, su destino. Es el derecho de alcanzar su propia esencia"¹; y alcanzar su propia esencia quiere decir que el ser humano tiene derecho a perfeccionar su propio ser en los órdenes que lo constituyen, entre ellos el intelectual, lo cual le permite: estudiar, reflexionar, observar, analizar y elegir lo que entienda mejor para él.

En este trabajo sobre la legitimidad o no del castigo como medio de control social, parto de la existencia de este derecho y por ello primero expondré y analizaré las principales doctrinas que se han expuesto para justificar la pena, con el fin de demostrar su debilidad como justificación moral de la pena, teniendo en cuenta la dignidad de toda persona, independientemente de que haya sido calificado como delincuente o no. Parto pues del principio de que toda persona por el sólo hecho de serlo merece un trato digno y respetuoso de sus derechos. A la vez, aunque ello, por lo general pase desapercibido, demostraré que la pena consiste en un mal, esto es, en algo tan grave y violento como el delito mismo.

¹ Referencia bibliográfica de la cita.
Filosofía-Historia-Letras. (31 de 10 de 2012). *Biblioteca*. Recuperado el 1995, de Biblioteca:
http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras41/notas1/sec_14.html

1. PREGUNTA

¿Existen razones que justifiquen que al mal del delito se le responda con otro mal como lo es la pena?

2. OBJETIVOS:

2.1 Objetivo general:

- Analizar cuales son las razones que se han dado para justificar que al mal del delito se responda con otro mal como lo es la pena en el ejercicio de la justicia en cualquier lugar del mundo.

2.2 Objetivos específicos:

- Demostrar porque la pena es otro mal al igual que el delito mediante el análisis de teorías del derecho penal.
- Explicar las diferentes doctrinas de justificación de la pena y señalar las falencias y críticas que a las mismas se les ha formulado.
- Concluir con algunas reflexiones personales sobre el tema de la justificación del castigo en un estado de derecho.

3. MARCO TEÓRICO:

3.1. ¿Qué es el delito, qué es la pena y por qué ambos consisten en un mal?

3.1.1. El Delito

Es importante comenzar aclarando que es la pena y que es delito y como realmente ambos conceptos son interpretados en la sociedad actual teniendo en cuenta una serie de características que el mismo ser humano desarrolla inconscientemente y por ello tal vez no analizamos que si bien se trata de conceptos muy diferentes, no lo es tanto la realidad en la que consisten, pues ambos, en mayor o menor grado, son formas de violencia ejercida sobre otro².

Por delito se entiende jurídicamente una conducta, acción u omisión, plasmada por la ley, antijurídica y culpable. Y, como todo concepto jurídico, presupone el respeto de los derechos constitucionalmente protegidos a una persona y de cuyo respeto depende la legitimidad de la declaración de responsabilidad penal.

Se podría decir que el delito es una etiqueta puesta por la sociedad a algo. No hay hechos que por naturaleza sean delito. Éste será solo válido una vez esté previsto en la ley, por exigencias del principio de legalidad, según el cual “No existe delito ni pena si no están previamente establecidos en la ley.”

² Debe aclararse que hay delitos que ni siquiera suponen una violencia directa contra otra persona (por ejemplo, el incesto y el tráfico de drogas, algunos delitos económicos; en otros, se trata de víctimas difusas o indeterminadas, como sucede en los delitos contra el medio ambiente. No obstante, toda pena supone algún grado de violencia o fuerza directa contra el condenado.

Pese a lo anterior, por lo general percibimos el delito como algo natural y común en una sociedad, como si tuviese una existencia previa y no fuera un acto de creación social y humana. En la realidad sólo existen hechos, los cuales no necesariamente son considerados un delito, así sea algo dañoso; o lo contrario, a veces hay hechos consagrados en la ley como delitos, que sin embargo no tienen la gravedad necesaria para considerarlos como tales³. Por ejemplo, si planteamos una situación en la cual alguien decide no pagarle el salario a su empleada y esta comienza a pasar necesidades como no tener con que comer, vivir, y satisfacer sus necesidades. Y por otro lado tenemos el caso de una persona que decide apoderarse de un hermoso salero que se encuentra en un restaurante. Aunque el primero de estos hechos parece sin duda más grave teniendo en cuenta las consecuencias que tiene para la víctima, jurídicamente sólo el segundo hecho se encuentra consagrado en la ley como delito. Por tanto, no perdamos nunca de vista que el delito es algo que exista como tal, sino una cualidad que se atribuye a ciertos comportamientos.

La criminalidad crea estereotipos, cuando nos hablan de delito solemos imaginarnos situaciones en las que hay una que suponen siempre víctima y un victimario (muertes, secuestros, hurtos con violencia, etc.) y son los medios de comunicación quiénes más influyen en que pase esto, porque suelen mostrar estos delitos y no otros propios de la llamada “delincuencia de cuello blanco” (delitos económicos y de personas poderosas); luego, la sociedad termina percibiendo y tratando como delitos sólo algunos actos y no otros (aunque para la ley todos sean delitos).

³Jurídicamente todo delito debería consistir en un hecho socialmente dañoso y grave, pero ello no siempre es así.

3.1.2. *La pena:*

La pena es la principal consecuencia jurídica del delito. La pena se aplica porque el sujeto es culpable. Se podría definir como una privación de bienes jurídicos previstos en la Ley que se impone por los órganos jurisdiccionales adecuados al responsable de un hecho delictivo.

La pena al igual que el delito consiste en un mal, ambas son un mal ya que restringen y limitan un derecho de una persona.

Como la pena es un mal y en esa medida no se podría diferenciar del delito mismo, es importante saber que para imponer una pena siempre debe estar justificada, ya que las penas limitan nuestros derechos y cuando se le va a crear un mal a alguien se debe justificar.

La pena se ha analizado a lo largo de la historia para saber cuáles son los fines que la justifican, pero en todo caso el punto de partida es que la pena consiste en algo malo, negativo, para el sujeto. , si bien pueden existir grados entre los males: la pena de muerte, la prisión, la multa o la inhabilidad para ejercer funciones públicas, etc., son males de distinta gravedad, pero males al fin y al cabo. Y precisamente porque la pena es siempre un mal, un Estado constitucional basado en el respeto a la dignidad humana no debería recurrir a este método ya que se entiende que es la última solución posible para resolver conflictos.

Existen varias teorías que justifican la aplicación de la pena y las cuales determinan que ésta sólo debe ser utilizada en casos específicos y como última opción. Esta investigación sobre las teorías justificadoras son sacadas principalmente de un libro escrito por Luigi Ferrajoli llamado “Derecho y razón, Teoría del garantismo penal.”

3.2. Si y porque castigar, prohibir y juzgar (las ideologías penales)

3.2.1. Las doctrinas abolicionistas.

El problema de la justificación de la pena y el poder que tiene una comunidad política de ejercitar una violencia programada es saber comprender en que se basa este poder y que derecho tiene un estado de castigar. Esta cuestión ha tenido históricamente dos respuestas: Una positiva y una negativa.

Las respuesta positivas son proporcionadas por las doctrinas llamadas Justificacioncitas, las cuales justifican la intervención punitiva y las razones de por que debe ser aplicada y su irrenunciable función moral y social.

La respuesta negativa son todo lo contrario, son las doctrinas llamadas Abolicionistas, las cuales no reconocen justificación alguna al derecho penal y luchan por su eliminación ya que consideran inferior las supuestas ventajas que este genera y considera la valorización y el respeto por la dignidad humana primordial. Siendo más precisos y mirando mas a fondo, las doctrinas abolicionistas son aquellas que no consideran legítimo el derecho penal y no admiten moralmente ningún fin que justifique los sufrimientos que la pena ocasiona.

La abolición sustituye la sanción punitiva por medios pedagógicos o instrumentos de control informal y social, por eso se dice que estas doctrinas son sustitucionalistas, las cuales proponen una sustitución de la forma penal por tratamientos pedagógicos o terapéuticos. Para los abolicionistas las penas privativas de la libertad deberían ser abolidas ya que estas son inútilmente aflictivas y en muchísimos aspectos dañinas.

El abolicionismo penal es el conjunto de varias teorías, doctrinas y actitudes ético-culturales que niegan cualquier clase de justificación

Las doctrinas abolicionistas más radicales y consecuentes son las que no solo no justifican las penas sino que ni siquiera las prohibiciones y juicios penales (deslegitiman incondicionalmente cualquier tipo de coerción (represión) o constricción penal o social). Estas doctrinas son marcadamente moralistas y solidarias, creyente del iusnaturalismo de una moral superior que debería regular directamente la futura sociedad.

3.2.2. Dos perspectivas abolicionistas, la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria.

Todas estas doctrinas abolicionistas tienen un doble efecto, los dos modelos de la sociedad que esta doctrina persigue son: una sociedad salvaje la cual carece de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte, y una sociedad disciplinaria, pacífica y totalizante, en donde los conflictos son resueltos y controlados o prevenidos mediante mecanismo ético-pedagógicos.

El punto de vista abolicionista se coloca de parte de quien sufre las consecuencias de las penas y no del lado del poder punitivo. Los abolicionistas arrojan sobre los justificacionistas "la carga de la justificación", es decir, que se debe hacer una justificación adecuada y convincente del derecho penal que muestre que las desventajas que esta requiere son inferiores a las ventajas que proporcionan. Que las penas que se aplican garanticen más consecuencias positivas que negativas.

3.2.3. Las justificaciones retribucionistas

Las doctrinas de justificación se dividen en dos categorías: las absolutas y las relativas. Las doctrinas absolutas conciben la pena como un fin en si mismo, es decir; como un castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito justificado por un valor íntimo, no es utilizada como un medio ni coste sino un deber meta jurídico (más allá del derecho)

que tiene solo en si mismo su fundamento. Nos referimos a retribución de la pena cuando mediante el castigo se quiere “reparar” el daño que se causó (ley del talión)

Las teorías relativas o utilitaristas por el contrario consideran y justifican la pena sólo como un fin útil de prevención de futuros delitos.

Estas dos doctrinas se dividen en subclases, las absolutas según su valor moral o jurídico aplicado a la retribución. Las relativas o utilitaristas se dividen en doctrinas de la prevención general: que entiende el mensaje de la pena referido a la generalidad de los asociados y la prevención especial: que entiende dicho mensaje referido únicamente al delincuente y sólo a este se le aplica un fin preventivo.

Estas prevenciones, a su vez, se dividen en positivas y negativas, según como se realice la prevención. La positiva es a través de la corrección del delincuente o de la integración de todos sus asociados, y la negativa mediante la neutralización del delincuente y la intimidación de la colectividad.

La diferencia entre justificaciones absolutas y relativas es que las absolutas no miran el futuro, se centran en lo que ya pasó, que es el delito ya cometido, y en la legitimidad (probar, justificar algo que haya calidad en las leyes) apriorística, no esta condicionada por fines extra punitivos. Las relativas están condicionada por el como prevenir y sí miran el futuro.

Las doctrinas absolutas se fundamentan en que es justo “devolver mal por mal”, es decir, la pena es retribución del delito cometido. y hay tres ideas elementales en este concepto: la venganza, la expiación y el reequilibrio entre pena y delito. Estos elementos surgieron por las teorías de Kant y Hegel. Kant decía que “la pena es una retribución ética que es

justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflinge”; y Hegel decía que “una retribución jurídica es justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado”.

Estas teorías son insostenibles, pese a que desde hace tiempo se cree la existencia de una unión entre culpa y castigo. Se trata de una supervivencia de antiguas creencias que generan una confusión entre derecho y naturaleza: 1) La idea de restauración del orden natural violado; 2) las religiosas; 3) del talión, o la negación del derecho de Hegel: la pena es la negación de la negación. Antiguamente era el hecho el cual se tenía en cuenta para la retribución ahora la retribución se aplica es en el hombre (el sujeto es el que debe ser retribuido).

Hay que tener en cuenta varios puntos insostenibles de estas doctrinas retributivas, comenzando porque “lo que está hecho no puede ser desecho” y no tiene sentido alguno que se retribuya algo o alguien que no tiene vuelta atrás.

También las doctrinas retributivas suelen confundir el fin de la pena (o sea, el por qué debe imponerse la pena) con las ocasiones en que se debe utilizarse, esto es, con la distribución de la pena, (es decir, el cuándo debe imponerse la pena). En realidad las doctrinas retributivas no pueden consistir en la reparación del daño, salvo de una forma meramente simbólica, pues solo calma un instinto de venganza; pero ello podría ser diferente para cada persona es diferente ya que no todos tenemos ese instinto de venganza.

Si el único fin de la pena fuese el canje de mal por mal (una especie de talión) o venganza, ciertamente esto no es suficiente para justificar los sufrimientos que se inflige con las penas, pues al menos en un ordenamiento que no se base en creencias supersticiosas.

3.2.4. Las justificaciones utilitaristas

Una vez descartado que la pena pueda justificarse mirando el pasado, como fin y valor en sí misma, sólo queda discutir los posibles justificaciones para fines a futuro. Las doctrinas utilitaristas consideran la pena como medio, más que como un fin, desde las de enmienda y defensa social a las de intimidación general, las de neutralización del delincuente y las de la integración del resto de los asociados.

El utilitarismo excluye las penas socialmente inútiles, la pena en esta doctrina debe perseguir utilidades futuras como la enmienda del reo y la prevención de los delitos mediante el ejemplo.

3.2.4.1. Ambivalencia del utilitarismo

Esta doctrina se basa en la idea de que el fin justifica los medios, algo que se considera anti-ético de un modelo de estado de derecho como un sistema de poder disciplinado y limitado.

Si el fin es únicamente la máxima seguridad social y evitar la repetición de futuros delitos, servirá para legitimar de un modo relativo a los máximos medios como: la pena de muerte, la tortura y medidas severas y violentas.

Si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males en un futuro entonces estarán justificados los medios mínimos y por consiguiente el mínimo de prohibiciones y el mínimo de penas.

Las cuatro finalidades preventivas indicadas por el utilitarismo: la enmienda o corrección del reo, su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios, la disuasión de los demás mediante el ejemplo del castigo y la integración disciplinar de unos y otros mediante la reafirmación penal de valores jurídicos lesionados. Las doctrinas utilitaristas se dividen según su destinatario, en especial y general, dependiendo a quien se dirija: si solo a la persona (delincuente) o a la generalidad de los asociados. Y todas estas pueden ser a su vez positivas o negativas.

3.2.4.2. La prevención especial: corrección o eliminación:

La prevención especial se dirige a quien ya delinquiró para que no lo vuelva a hacer; las dos finalidades son la positiva, que es la re-educación del reo, y la negativa, que pretende su eliminación o neutralización (todas las orientaciones miran tanto los delitos como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo.) Esto no tiene como fin sólo “prevenir delitos” sino también transformar las personalidades, con proyectos autoritarios de homologación o de neutralizar mediante técnicas de amputación y saneamiento social.

La prevención especial negativa simplemente va en contra de la dignidad humana, mientras la positiva, la resocialización, es irrealizable, porque se contradice, ya que encarcela (es decir, aísla de la sociedad) como medio para enseñar a vivir en sociedad.

3.2.4.3. La prevención general: integración o intimidación:

Se dirige a la sociedad para que los miembros de la sociedad no delincan. ¿Cómo? La prevención general positiva atribuye a las penas funciones de integración social a través de la promoción de conformismo de conductas, se considera el derecho penal como un

instrumento insustituible de orientación moral y de educación colectiva. Y la prevención general negativa entiende que el fin de la pena es intimidar a los miembros de la sociedad para disuadirlos de cometer delitos en el futuro.

La prevención general negativa si bien no confunden el derecho con la moral o con la naturaleza (pues no pretende la modificación de la personalidad del delincuente ni que los asociados asuman un determinado sistema de valores), puede conducir a la instrumentalización del ser humano mediante el ejemplo al imponer la pena y puede convertirlo en un chivo expiatorio. Para esta doctrina el "el fin justifica los medios", pudiendo dar lugar a una especie de terrorismo penal. No obstante, a la prevención general negativa cabe reconocerle algunos aspectos positivos, cuales son la fundamentación de los principios de legalidad y de culpabilidad: si la pena pretende disuadir a la colectividad de que no comentan delitos, los hechos que se quieren evitar deben estar previamente establecidos (legalidad). De igual manera, si la función del derecho penal es prevenir los delitos, el único modo de perseguirla racionalmente es prevenir y disuadir las acciones previsibles, no las imprevisibles, por dañinas que sean (culpabilidad).

3.3 Críticas frente a las doctrinas

3.3.1. Doctrinas Absolutas

- La pena en realidad no repara el mal del delito sino que añade otro mal.
- Parte de una discutible idea de justicia, pues la asocia a la idea de castigo y del sufrimiento ajeno.

- Reparar el derecho o retribuir el daño es algo SIMBOLICO no es la solución ya que esto calma el instinto de venganza y lo simbólico quiere decir que para cada persona es diferente porque no todo el mundo tiene ese instinto de venganza. No responde la pregunta, porque una cosa es ¿Cuándo castigar? Y otra ¿Por qué castigar?

3.3.2. *Doctrinas Utilitaristas*

3.3.2.1. Prevención General Positiva

- Utiliza al delincuente como medio (chivo expiatorio), y en tal sentido contradice el principio ético según el cual el ser humano es un fin en sí mismo.
- Puede llegar a convertir al delincuente en un “chivo expiatorio”, es decir, como alguien cuyos derechos pueden ser sacrificados con el fin de mantener la cohesión social. Se convierte en retributiva porque siempre se necesitara de la pena para integrar a la sociedad (circulo vicioso)

3.3.2.2. Prevención General Negativa

- Instrumentalización del ser humano, pues también lo utiliza como un medio para intimidar o disuadir a los demás para que no delincan.
- Entendida como ejemplarización al momento de la condena, puede conducir al terror judicial; y si se entiende al momento de la creación de la norma, igual puede conducir a un terrorismo penal legislativa;

esto es, que bien sea el juez o el legislador impongan o creen la pena no atención a la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor sino en función de los efectos que deseen lograr en la colectividad.

- Se pierde la proporcionalidad que debe existir entre delito y pena, ya que el criterio para imponer la pena no sería el de la gravedad del delito sino lo necesario para intimidar a los demás para que no comentan el mismo hecho. Por tanto, hechos muy graves pero con pocas posibilidades de que se repitan podrían conducir a penas inferiores a las de hechos de poca monta pero con más probabilidades de que se repitan en el futuro.
- Lo que los estudios empíricos demuestran es que lo previene la comisión de ciertas conductas no suele ser la gravedad de las sanciones sino la certeza de su aplicación.

3.3.2.3. Prevención Especial Negativa

- Va en contra de la dignidad humana, porque se orienta a la destrucción del ser humano o de sus derechos esenciales.

3.3.2.4. Prevención Especial Positiva:

- Parece irrealizable, al menos mientras el derecho penal utilice la pena de prisión, pues parece contradictorio pretender lograr que las personas aprendan a vivir en libertad sin delinquir privando a las

personas de su libertad. Lesiona la libertad moral de las personas al pretender cambiar a la fuerza (por medio de la pena) su manera de ser o de pensar.

- La experiencia de la humanidad demuestra que las cárceles no son lugares adecuados para la rehabilitación social de las personas.

4. CONCLUSIONES

- La pena es en un mal al igual que el delito ya que ambos consisten en la lesión o disminución de derechos fundamentales, razón por la cual la pena sólo es admisible si existen razones que la justifiquen.
- Después de analizar las críticas realizadas a las doctrinas que justifican la pena no hay ninguna que ofrezca suficientes razones para justificar el castigo porque frente a todas hay objeciones muy relevantes; por lo tanto, la pena se mantiene en la sociedad simple y llanamente como una amarga necesidad frente a situaciones límites en las cuales no disponemos de otro mecanismo de control, lo cual, sin embargo, no la hace legítima. Por ello, Las penas deberían quedar reducidas a los casos particularmente graves y en los cuales no existan mecanismos diferentes para resolverlos.
- El mundo a veces parece ser una balanza donde el principal fin es llegar a un equilibrio equitativo, en este caso entre delito y pena. Se piensa que a la violencia propia del delito se debe responder con más violencia, creyendo que así una será capaz de desvalorizar a la otra, pero, si realmente nuestro propósito es disminuir los porcentajes de criminalidad y violencia de un país, no parece recomendable ni coherente responder a la violencia con más violencia.
- La solución a los problemas de la criminalidad hoy en día se encuentran mas allá de la respuesta facilista que significa crear o aumentar penas, lo cual antes que solucionar parece agravar los problemas. Se requiere ir más allá e intentar construir respuestas a partir de la solución de los problemas reales de la gente.

BIBLIOGRAFÍA

Christie, N. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Oslo, Noruega: Editorial Routledge.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Filosofía-Historia-Letras. (31 de 10 de 2012). *Biblioteca*. Recuperado el 1995, de Biblioteca: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras41/notas1/sec_14.html

Hirschbiegel, O. (Dirección). (2001). *Das Experiment* [Película].

Huelva, U. d. (s.f.). *UHU*. Obtenido de UHU: www.uhu.es/delegacionderecho/

Mathissen, T. (Octubre de 1999). *Defensa pública*. Obtenido de La abolición ¿Un sueño imposible?: www.defensapublica.org.ar/revista/1999/10/doctrina.int/index.htm

Toro, W. F. (2012). ¿Nos repugna realmente la prision? *Diálogos de derecho y política* , 2-18.

Zaffaroni, E. R. *Manual del Derecho Penal*. Buenos Aires: Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.

