

LA SANCIÓN PENAL: VISIÓN CRÍTICA

EVA ALEJANDRA VALLES SALAYANDÍA*

*“El hombre es la medida de todas las cosas,
de las que son en cuanto que son y de las
que no son en cuanto que no son”*

PROTÁGORAS

Resumen

El Derecho penal encuentra sustento en el despojo de la venganza privada a los particulares por parte del Estado, por lo que las teorías de las penas de nuestros días carecen de base filosófica o epistemológica.

Las sanciones que aplica en forma implacable el crimen organizado no se rigen por los principios de equivalencia y proporcionalidad, y sin embargo, coexisten con las sanciones penales que aplica el Estado, que no previenen delitos, ni readaptan delincuentes.

El Derecho penal mínimo aboga por reducir los tipos penales en los códigos, de tal suerte, que sólo queden comprendidas las conductas que efectivamente vulneren en forma grave a la sociedad.

Penal right finds sustenance in the despoliation of the private revenge to the individuals on the part of the State, reason why the theories of the pains of our days has a lack of philosophical or epistemological bases.

Sanctions that apply in implacable form the organized crime not prevail by principles of equivalence and proportionality, nevertheless, coexist with penal sanctions that apply the State, which do not prevent crimes, nor readapt delinquent.

The minimum penal right pleads to reduce the penal types in the codes, due to that, they are only included the conducts that indeed harm in a serious form the society.

* Licenciada en Derecho con especialidad en delitos fiscales y operaciones con recursos ilícitos.

1. El castigo: germen del Derecho penal

Es un lugar común determinar el nacimiento del Derecho penal en la abolición de la venganza privada, y la asunción de ésta por el Estado, bajo cualquiera de las teorías contractuales o utilitaristas que permean, más o menos intensas, hasta nuestro tiempo.

Sin embargo, el despojo de la venganza privada a los particulares por parte del Estado, no puede fecharse en un punto exacto de la historia de la humanidad, más aun, hoy día existe en forma regular el ejercicio de dicha venganza, baste recordar la gran cantidad de violencia no institucionalizada que caracteriza nuestras sociedades; es decir, actualmente co-existen al menos dos formas de solución de conflictos: la primera, la violencia institucionalizada, que a través de los órganos de control social, como la policía, órganos jurisdiccionales, ministerio público y centros penitenciarios, administran dicha violencia sublimándola bajo el ideal de justicia; por otra parte existe otro medio de solución de conflictos, cuya generalización sobrepasa en mucho la violencia institucionalizada, me refiero a la moderna venganza privada, cuyo número y regularidad se desconoce, pero se intuye que es más común de lo que se piensa, así Foucault dice:

Así en el antiguo sistema, el cuerpo de los condenados pasaba a ser la cosa del rey, sobre la cual el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder. Ahora, habrá de ser un bien social, objeto de una apropiación colectiva y útil.¹

Es así que resulta erróneo señalar como antecedente del moderno Derecho penal, el momento en que el Estado asumió el monopolio de la violencia, ya que dicha situación es una *utopía*, es decir, no existe, ni existió tal lugar, lo que verdaderamente existió fue el desconocimiento de la venganza privada por parte del Estado como un medio de solución de conflictos entre los súbditos, apropiándose el “derecho”, sin sustento filosófico o ético alguno, de aplicar sanciones a quienes transgredieran las disposiciones emitidas por el soberano.

En este sentido, las teorías de las penas que encuentran sustento hoy día, carecen de base filosófica o epistemológica para explicar y sustentar de forma racional, el por qué el Estado tiene el derecho de castigar. Por lo que la elaboración ex-post, de la teoría retributiva o de las teorías preventivas de la pena resultan discursos justificantes, ya que la pena por sí, no tiene función específica alguna.

De ahí el gran fracaso del derecho penal, cuyos tratadistas más destacados nos han dicho, hasta construir una teoría convincente de que el

¹ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo Veinte editores, colección nueva criminología, vigésimo novena edición, México, 1999.

derecho penal tiene una función de protección a los bienes jurídicos más valiosos de la sociedad, que es la *última ratio* con que cuenta el Estado para salvaguardar la paz social, por lo que al no cumplir nunca con dichos objetivos, por la naturaleza propia del derecho penal, los penalistas nos hemos convertido en un gremio donde sobreabunda la ingenuidad.

Efectivamente, lo que hoy conocemos como derecho penal nació sobrevaluado, se le atribuyeron muchas bienaventuranzas, se dijo que la sanción penal podía cumplir una función psicológica en el colectivo social, que era la negación de la negación al orden jurídico, que inhibía a los ciudadanos a cometer futuros delitos, que la aplicación de la sanción a una persona determinada lo conminaba a no volver a cometer otro ilícito, y por último, los funcionalistas, nos aseguraron hace unos años que las sanciones penales tenían la finalidad de incentivar en la comunidad los valores más importantes sobre la que sustenta.²

Nada más alejado de la realidad, la sanción penal institucionalizada, es decir, lo que hoy conocemos como pena, o consecuencia jurídica de la comisión del delito, nació dissociada de fines utilitaristas, más aun la sanción penal que más frecuentemente se aplica en las sociedades modernas, la prisión, no cumple con la función de readaptación social por la cual, al menos en el discurso, se nos dijo que fue creada.

En este contexto, es que nuestro primer punto a dilucidar sería ¿cuál es el antecedente de lo que hoy conocemos como pena?, y en seguida ¿cómo fue que el soberano se atribuyó la facultad de imponer sanciones penales?

La sanción penal tiene su antecedente en el concepto de castigo que imperaba en las sociedades antiguas, el cual era aplicado por el soberano a sus súbditos, como consecuencia de la transgresión a alguna de las disposiciones disciplinarias impuestas por el mismo soberano.

Dichos castigos se hacían consistir en laceraciones y tormentos físicos de toda índole, el cuerpo del condenado servía como purgatorio de las faltas cometidas, la finalidad del tormento era sólo uno, expiar las conductas que atentaban contra el monarca. Jamás en la historia antigua se le concedió al castigo una finalidad preventiva o retributiva del orden jurídico. El castigo, a pesar de lo sostenido por algunos tratadistas, era proporcional a la ofensa causada.

² La teoría de la “prevención general positiva” sostenida por Jakobs adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito, lo que permite tomar distancia de los serios reparos que, desde la perspectiva del respeto a la idea del estado de derecho, merecen las concepciones preventivas de perfil clásico. Ver en Righi, *Teoría de la pena*, Depalma, 2001.

Pero paralelamente a la aplicación del castigo, existía otro medio de solución de conflictos, la mal llamada “venganza privada”, la cual era accionada por los particulares cuando las ofensas eran en contra de sus bienes y no en contra del soberano, en este caso se tenía la facultad de aplicar una sanción equivalente y proporcional al daño causado, hay que dejar claro que dicho medio no era una venganza, sino una herramienta de solución de conflictos.

Tenía sus reglas de aplicación claras: la equivalencia, se refería a que la naturaleza del castigo que se le aplicaría al infractor fuera similar al daño causado; y la proporcionalidad, tenía que ver con que el grado del castigo fuera similar al realizado, de ahí que no es acertado lo dicho por algunos en cuanto que “la venganza privada” fuera irracional, y que el apotegma “Ojo por ojo, diente por diente” haya sido un producto del barbarismo, ya que aún éste era aplicado bajo los anteriores criterios, y que en el caso hipotético de que una persona tuerta le quitara el ojo a otra persona, ésta última no tenía el derecho de quitarle el único ojo con que contaba el tuerto, ya que de así hacerlo le quitaría no sólo un órgano, sino un sentido vital como es la vista, por lo que en consecuencia tenía derecho a despojarlo de cualquier otro órgano.

Platicado de esta forma pareciera que la aplicación de la “venganza privada” fuera efectivamente producto del barbarismo y que en la actualidad la aplicación de las sanciones penales fuera resultado de la evolución de la protección a los derechos humanos y el abono de los principios iluministas.

Lo cual, no necesariamente es cierto, ya que debemos considerar que actualmente existe, aunque se niegue en el discurso oficial, el método de solución de conflictos entre particulares, mismo que no se encuentra regulado por norma alguna, y que resulta más violento que la aplicación de la Ley del Talió en la antigüedad. Me refiero a las múltiples ejecuciones realizadas por el crimen organizado, el cual tiene sus propias sanciones no escritas para los infractores a sus normas, y que los castigos que aplican no se rigen, como en la antigüedad, por los principios de equivalencia y proporcionalidad, y que sin embargo, *coexisten* con las sanciones penales que aplica el Estado, las cuales de acuerdo a la cifra negra de la criminalidad sólo se aplican, en el mejor de los casos, al cinco por ciento de los infractores.

En este sentido, es necesario hacer mención, que de acuerdo a estudios sociológicos modernos la violencia no institucionalizada en la forma de castigo por infracción de normas no escritas (como en el caso de la delincuencia organizada), resulta más motivadora que incluso la conminación de la imposición de la sanción penal por trasgresión a las normas jurídicas, ello debido principalmente a que la delincuencia organizada castiga

en forma implacable a los transgresores de sus normas que los medios institucionales de control social, es decir, las normas no escritas de la delincuencia organizada y sus respectivas sanciones motivan más y mejor al cumplimiento de su propio código a las personas sujetas a dichas disposiciones, que las sanciones penales establecidas en nuestros códigos.

De lo anterior quedan claras dos situaciones que no debemos perder de vista: la primera, es que paralelamente a la conminación de la aplicación de una sanción penal por parte del Estado, coexisten diversos medios de control no institucionalizados que igualmente aplican sanciones a los transgresores de sus normas no escritas, por lo que la abolición de la venganza privada es una falacia; la segunda conclusión, es que la pena institucionalizada (es decir la que se aplica como resultado de una transgresión a una disposición jurídica de índole penal) no tiene *per se* una función específica fuera de la de castigar, y consecuentemente las sanciones penales no previenen delitos, ni readaptan delincuentes.

2. Fines declarados de la sanción penal

En la transición de la aplicación del castigo por los particulares al desconocimiento de la misma, y su ulterior aplicación por parte del Estado moderno, se le atribuyeron a la pena diversos fines, entre los más comunes encontramos la retribución y la prevención de conductas antisociales.

Los fines declarados de la pena, sirvieron para justificar por qué el Estado tenía el derecho de aplicar sanciones penales a quienes infringían en forma “grave”, de acuerdo a sus parámetros, los bienes jurídicos y de convivencia de la sociedad.

Guiados por el *Iluminismo Francés*, se dijo que la sanción penal no tenía como finalidad castigar a los delincuentes, ya que de acuerdo a las teorías contractualistas el Estado sólo era el depositario de la suma de libertades individuales de la comunidad, y por ello no podía castigar a uno de sus miembros al infringir alguna norma, pero sí debida mantener incólume el orden jurídico por lo cual la aplicación de la pena tenía como fin retribuir a la sociedad por el daño causado.

La mencionada teoría de la retribución tenía un alto grado de abstracción al no dilucidar cómo se retribuía a la sociedad aplicando una sanción penal al delincuente, es decir, no existía una conexión lógica entre el delito cometido y la sanción impuesta, ya que la aplicación de ésta no tenía una concretización material en beneficio de la colectividad.

Para salvar dicha falla estructural el Estado se vio en la necesidad de recurrir a la filosofía que permeaba en los albores del siglo XVIII, así echó

mano de las teorías que dieron origen al *Idealismo Alemán*, aplicando la escuela creada por Kant y Hegel, y justificó la teoría retributiva de la pena en la estabilización del orden jurídico.

Así se dijo que si el delito es la negación del orden jurídico, la pena es la negación del delito, y por tanto es la estabilización de dicho orden; en este sentido es que la teoría retribucionista sostiene que la pena es la negación de la negación lo que equivale a la afirmación del orden jurídico, y que la retribución de la que habla es idealista, es decir, es sólo conceptual.

Antes de seguir adelante en la reconstrucción de las teorías de la pena conviene hacer un alto para tratar, al menos en forma escueta, sobre la pena más generalizada en las sociedades modernas, me refiero a la pena de prisión.

La pena de privación de la libertad deambulatoria se convirtió allá por el siglo XVII, en una sanción que de acuerdo al discurso oficial resultaba idónea para la aplicación en las nacientes sociedades industrializadas, nació como una sanción de índole burguesa y su finalidad con el transcurso del tiempo se ha olvidado no sólo por el colectivo social, sino lo más preocupante, es el olvido al que se le ha sometido por los abogados y los sociólogos.

Anterior al siglo XVII, se tienen registros de la existencia de centros de reclusión, sin embargo, la naturaleza de esa excipiente prisión es totalmente diferente a la que conocemos hoy en día, ya que la función que cumplía en las sociedades antiguas era la de una especie de centro de espera en la que se tenía a los infractores para que una vez que se determinara su castigo y se le aplicara, se le dejara en libertad, es decir, algo similar a lo que hoy conocemos como prisión preventiva, por lo que podemos aseverar que la prisión no existía como un castigo por sí.

Es hasta el siglo XVII, cuando se convierte a la prisión en una pena, y ello orientado no por fines humanísticos o científicos como lo sostiene el discurso oficial, sino por fines económicos y de ahí que la prisión como pena, es un invento netamente burgués.

En efecto, el ascenso de la burguesía al poder político y la consecuente revolución industrial acaecida un siglo antes, demandaba una gran cantidad de mano de obra barata que trabajara en las nacientes fábricas de la Europa Occidental. Esa mano de obra barata se va a encontrar en los centros de reclusión, y es por ello, que se crea la prisión como una pena generalizada, imponiéndoles a los reclusos no sólo la limitación a su libertad deambulatoria, sino la obligación del trabajo barato para poder sobrevivir en el cautiverio; así las clases bajas se convierten en el objetivo de la criminalización y de la estigmatización de los órganos de control social

institucionalizados, en este sentido se puede afirmar que los primigenios centros de reclusión fueron los que sostuvieron la naciente industrialización de los Estados modernos y su nueva clase social burguesa la cual amasó su fortuna con el dolor de los convictos.

Pero entrado los ideales de la Revolución Francesa, los Estados modernos no desaparecieron a la prisión como su pena favorita, más aún la perfeccionaron y crearon diversos discursos para justificar su permanencia, entonces se dijo que la prisión cumplía diversos fines como el de readaptación social, es decir, se creó una teoría de por qué una persona delinque, y se dijo que los delincuentes son inadaptados sociales, y que por ello, la prisión tiene como función capacitar a la persona en su aspecto laboral, intelectual y emocional para hacerlo funcional una vez que se reintegre a la sociedad.

Nótese que dicho fin es meramente justificante del fin latente que permea detrás del verdadero motivo de la creación de la pena de prisión, y el cual fue proveer de mano de obra barata a la naciente industria, y no readaptar a los delincuentes.

Lo más asombroso de lo anterior es que tres siglos después se tiene como un lugar común por la mayoría de la población, la idea de que la prisión readapta delincuentes e incluso en la mayoría de las leyes de ejecución de sanciones penales en nuestro país se establecen los llamados comités técnicos interdisciplinarios, que están conformados por un médico, por un psicólogo, un maestro, el director del penal, el jefe de custodios, un trabajador social, entre otras personas, y cuya función es determinar, si alguno de los infractores tienen derecho a los beneficios de la libertad anticipada al considerar que han sido readaptados.

Alimentado por lo anterior, es que la sociedad percibe, y con razón, que la prisión no cumple con el fin de readaptación social que el discurso oficial ha repetido hasta la saciedad, no cumple ni cumplirá, ya que como se ha mencionado no fue creada para ese alto fin, sino para otros más mundanos, por lo que la pena de prisión sólo puede cumplir un fin, el castigo a través de la limitación de diversas libertades.

Era importante tratar el tema de la pena de prisión para dilucidar sobre las llamadas teorías relativas de la pena en las cuáles el Estado moderno ha basado su sistema penitenciario.

Para esta corriente de pensamiento, la pena tiene un doble objetivo: por una parte la llamada prevención general negativa, que consiste en que la punibilidad, es decir, el establecimiento de una sanción penal por la infracción a una norma jurídica, tiene un efecto disuasivo en la colectividad, de forma tal que la amenaza de imponerle al transgresor una pena, hace

que la sociedad no cometa delito alguno ya que de hacerlo se concretizaría la amenaza que se encuentra establecida en los códigos penales con el carácter de pena.³

Por otra parte, la prevención especial tiene que ver con que una vez que algún miembro de la colectividad ha transgredido una norma penal y se le ha impuesto una sanción, ésta tiene como finalidad hacer que el sujeto no vuelva a delinquir, ya que de hacerlo se le conmina con imponérsele una nueva sanción penal.

Estás corrientes relativistas de la pena han demostrado su ineficacia práctica, y sin embargo, se encuentran apuntaladas como dogma dentro de los discursos oficiales del orbe.

Su ineficacia deviene en forma principal en que los medios de control social institucionalizados, en general, y los encargados de administrar justicia penal, en particular, entiéndase por esto policía, ministerio público y jueces, son ineficaces para punir todos los delitos que se cometen en una sociedad; y son ineficaces no porque no trabajen o que no tengan conocimientos, sino porque es materialmente imposible reprimir todas las conductas antisociales, es decir, el sistema penal actual no está diseñado para ello, se necesitaría, literalmente, la compañía de un policía por cada ciudadano para cuidar que no se cometieran conductas típicas.

Lo anterior se ha traducido, obviamente, en impunidad de grandes magnitudes, de tal forma que estudios modernos han ubicado la cifra negra de la criminalidad en el 95%, es decir, por cada 100 delitos que se cometen sólo 5 se hacen del conocimiento de las autoridades, y de esos 5 sólo en 3 casos se aplica una sanción penal.

Así un delincuente potencial tiene una probabilidad del 95% de que cometiendo un delito no sea llevado ante las autoridades, lo cual obviamente alienta la comisión de conductas típicas, de ahí que las teorías relativas de las penas sean falaces, ya que la amenaza penal no motiva al colectivo social para que se ajuste al marco normativo, pues al existir un elevado nivel de probabilidad de que el delito quede impune favorece la comisión de hechos delictuosos. Al respecto Foucault apunta:

Se comete un crimen porque procura ventajas. Si se vinculara a la idea de crimen la idea de una desventaja un poco mayor, cesaría de ser deseable. Para que el castigo produzca el efecto que se debe esperar

³ Para las teorías relativas la pena es una medida práctica para impedir la comisión de delitos. El hecho punible es sólo una condición de la pena, no su fundamento (*punitur, non quia peccatum est, sed ne peccetur*). Estas teorías están capacitadas para explicar la necesidad estatal y el modo de obrar de la pena, pero para justificarla ni para diferenciarla de otras medidas sociales de protección. Véase Welzel, Hans, *Derecho penal Alemán*, cuarta edición castellana, Chile, 1997.

*de él basta que el daño que causa exceda el beneficio que el culpable ha obtenido del crimen.*⁴

3. El abandono de las penas

Bajo el anterior panorama se han elaborado toda serie de mecanismos de Política Criminal para combatir y prevenir conductas delictivas.

Las medidas de política criminal más socorridas han sido el aumento de las sanciones penales, la elaboración de nuevos tipos penales, la creación de leyes de excepción para el combate a la delincuencia organizada, la limitación de las garantías individuales y procesales de los indiciados, entre otras.

Sin embargo, y no obstante de la implementación de dichas medidas no se ha disminuido el número de ilícitos cometidos, por lo que el Estado ha encontrado a otro nuevo culpable, llamado “pobreza”.

Efectivamente, en la mayoría de los discursos oficiales se dice que la falta de oportunidades y la marginación son el germen de la delincuencia, lo cual no necesariamente es cierto, ya que asumir por verdadera dicha premisa, sería tanto como aseverar que sólo la clase social menos favorecida económicamente es la que delinque, lo cual está alejado de la realidad si consideramos que la mayoría de los tipos penales que contienen nuestros códigos describen conductas dirigidas a reprimir a dichos estrato de la sociedad, es decir, la elaboración de los tipos penales tiene de origen un destinatario: los pobres.⁵

Baste revisar el catálogo de delitos considerados como graves en los códigos de procedimientos penales en las entidades federativas, y del propio Código Federal para advertir que el Derecho penal no es igualitario, y que la función latente, mas no declarada del mismo, es el control social de los segmentos más desprotegidos de la colectividad, en este sentido es que se afirma que el derecho penal es un derecho de clase.

De ahí que las “modernas” tendencias de la Criminología crítica, y de su política criminal, llamada derecho penal mínimo, han sostenido una premisa fundamental de la que se debe partir para elaborar un nuevo sistema de derecho penal, premisa que se traduce en que el delito se debe entender como una construcción social de la realidad.

⁴ Foucault, Michel, *Ibid.*

⁵ “La historia del sistema punitivo —escribe Rusche— es más que la historia de un pretendido desarrollo autónomo de algunas instituciones jurídicas. Es la historia de las relaciones entre las “dos naciones”, como las llamaba Disraeli, que componen los pueblos: los ricos y los pobres”. Véase Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*, Siglo veintiuno editores, sexta edición, México, 2000.

Ello significa que el delito no tiene una existencia ontológica, es decir, no existe en el mundo real algo que se llame delito, por lo cual su existencia es meramente conceptual, en este sentido bajo la filosofía Kantiana, es que el concepto crea al objeto, y no al revés.

Por lo que la elaboración de más descripciones típicas, es decir, la inclusión de más delitos en nuestros códigos penales tiene como consecuencia directa el aumento de la cifra delictiva, por ejemplo, anteriormente no existían los llamados delitos electorales, ya que las faltas en que se incurrían en el desarrollo de los procesos electorales se sancionaban por el derecho administrativo, con la inclusión de dichos tipos penales, es obvio, que se aumenta la estadística de delincuentes, no porque sean más frecuentes que antaño la comisión de conductas en contra de la democracia, sino porque con la elaboración del concepto “delincuente electoral” se crea el objeto.

Es por ello, que contrario al discurso oficial, el derecho penal mínimo aboga por reducir los tipos penales en los códigos de tal suerte que sólo queden comprendidas las conductas que efectivamente vulneren en forma grave a la sociedad.

De igual forma, a través de los estudios de crítica criminológica se llega a la conclusión de que el establecimiento de la pena de prisión, como consecuencia generalizada de la comisión del delito, ha llegado a su fin y que se deben crear nuevas formas de sancionar penalmente a los delincuentes, despojando a la pena de prisión de cualquier fin utilitarista, y aceptado que la aplicación de la misma es un castigo por el delito cometido, y que la readaptación social del delincuente es un discurso ya agotado, debido a que el infractor de la norma penal no es un inadaptado social, sino una persona con libre albedrío, que toma la decisión de realizar una conducta antisocial, por lo que se le debe imponer un castigo.

Ahora bien, la base sobre la que descansa el espíritu del artículo 18 constitucional es la reinserción del sentenciado a la sociedad, sin embargo con las penas excesivas que manejan las leyes reglamentarias, no cumple el citado fin, por ejemplo, una persona que es sentenciada a 70 años de prisión difícilmente será resocializada, ya que para cumplir con el postulado, la pena mayor debería de ser como máximo 20 años (cumplida desde luego en su totalidad y sin beneficios), donde se manejaran actividades de trabajo a los sentenciados, para que en todo caso el día que obtuvieran su libertad tengan un oficio.

Así de esta forma, es que todos debemos propugnar por la elaboración de medidas de política criminal ajustadas a estudios serios, y no la creación discursos que apoyen el aumento de las penas de prisión y la estigmatización de las clases bajas de la sociedad.