

**¿Para qué sirve castigar?:
La pena desde una crítica filosófica y teórica**

Henry Gabriel Escobar García
Henry_escobar@usmp.pe
Estudiante de 6° ciclo Derecho USMP
Miembro del CEDP
ORCID: 0009-0001-5426-8278



Centro de Estudios en Derecho Penal
Derecho USMP

Sumario:

- I. Introducción
- II. Sobre las concepciones críticas de la pena
- III. Fines de la pena
- IV. Reflexión respecto de la utilidad en el estudio de las teorías Toma de posición: ¿para qué sirve estudiar las teorías?:
- V. Recomendaciones
- VI. Conclusión
- VII. Referencias bibliográficas

Resumen

Este trabajo aborda el estudio crítico y sistemático sobre los fines de la pena desde una perspectiva filosófica, dogmática y funcional. Se estudia las principales teorías que han sido de fundamento para la justificación del castigo penal: Las teorías absolutas o retributivas, las relativas o preventivas, las mixtas y las expresivas, todas ellas con cada uno de sus particularidades. Además, se destaca la teoría de la unión planteada por el profesor Claus Roxin como modelo coherente en un Estado Constitucional de Derecho, al distribuir los propios fines de la pena en distintos momentos o etapas: prevención general al momento de legislar, prevención general y especial al sentenciar y prevención especial en la ejecución de la misma. Asimismo, se resalta la utilidad complementaria de la teoría expresiva como una justificación simbólica del castigo en el momento declarativo. El artículo fuera del debate filosófico que viene a ser útil para comprender variados conceptos sobre la pena, se constituye también una herramienta necesaria para evaluar la legitimidad y efectividad del

sistema penal contemporáneo, especialmente en situaciones donde la resocialización es deficiente.

Finalmente, se proponen recomendaciones orientadas a fortalecer una enseñanza crítica del Derecho penal, adoptar modelos plurifinalistas racionales y de esa forma fomentar el debate entre la filosofía jurídica y la dogmática penal.

Palabras clave: Pena – teorías – absolutas – relativas – mixtas – expresivas – finalidad – castigo – filosofía

I. Introducción

Es conocido que la ciencia del Derecho penal actúa como un tipo de control social evidentemente formal, de manera que lo hace imponiendo penas o las medidas de seguridad mediante los sistemas judiciales frente a aquellos sujetos que cometen una acción punible. Por ello, cabe en esta investigación el análisis sobre la pena y cómo esta es entendida en el ámbito dogmático.

La idea que se tiene sobre la pena, es que, es un mero castigo por una conducta negativa que pueden ser cometidas por los ciudadanos y ante esto se involucra la presencia del Estado (*iuspuniendi*). El estado ejerce un cierto tipo de control social en busca de la protección de bienes jurídicos de los cuales corresponden a cada uno de los ciudadanos y bien jurídicos del propio Estado como el orden constitucional. Por lo tanto, la pena siempre será una sanción (castigo) contra al sujeto que infringe leyes penales.

En cuando al estudio de la pena, conviene a esta investigación brindar sobre los conceptos de pena, desde una perspectiva filosófica hasta un concepto más aprobado por el Derecho Penal en la actualidad. Una vez explicada esto, también se brindará lo que los dogmáticos desde siglos anteriores se han dedicado al debate con el propósito de entender los respectivos fines de la pena, postulando teorías como las absolutas, relativas y las mixtas, cada una de ellas con distintos representases y con sus propios argumentos filosófico-jurídicos.

En este marco, resulta importante considerar las teorías expresivas respecto de la pena que entiende al castigo como la forma de comunicar, es decir, medio para transmitir un mensaje a la sociedad y afirmando valores mediante el reproche social. Aunque no siempre es incluida dentro de la clásica teorías, ofrece una mirada mejorada sobre el papel del Derecho Penal. Por tanto, este trabajo no solo busca exponer el desarrollo histórico y teórico de la pena, pues también busca generar una reflexión crítica sobre su aplicación real en las sociedades actuales, donde el castigo muchas veces parece alejarse de los fines que persigue.

II. Sobre las concepciones críticas de la pena

La pena es la sanción que se ejecuta por medio del Estado sobre una persona que ha cometido un delito, en sencillas palabras es una consecuencia jurídica de la infracción punible. Evidentemente para que se pueda sancionar tiene que haber un sujeto determinado que haya

realizado esa infracción o hecho punible, entonces, es pues la pena un efecto-castigo de la comisión de un delito. Al respecto Kant (2018, p. 171) señala que *“Nadie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido una acción punible, en efecto cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno, y es imposible querer ser castigado.”* Kant se refiere al castigo como la sanción que el hombre debe recibir porque las leyes lo dicen, pero es oportuno preguntarse: ¿el castigo será un mal?, aunque Kant no lo dice expresamente, afirma la imposibilidad de que alguien quisiera ser castigado; porque ¿quien quisiera ser castigado?, incluso el más justo se aferraría a no ser castigados. Esto refleja con claridad que el castigo es sin duda un mal, por tanto, la pena merecida o no es un mal. Que a pesar de que el hombre no quiera recibir debe aceptarlo solo cuando sea merecida.

Ahora bien, un sistema social el Estado será el encargado de castigar o sancionar cuando se haya cometido algún delito, a su vez será la encargada de la ejecución de acuerdo a la competencia de sus instituciones, esto con el propósito para que haya un orden en la sociedad, en dicho sentido, Beccaria (2020) refiere que:

Se requerirán motivos sensibles que bastasen para que el ánimo despótico de cada hombre desistiera de hundir de nuevo en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes.
p. 51

En una concepción crítica de la pena Binder (citado en Villavicencio 2019, p. 69) planteaba que, no es aceptable que el Estado utilice instrumentos violentos si no están dirigidos a lograr una unidad social. Si es así, la pena que brinda el Estado para los responsables de un delito debe tener algún límite, pues de lo contrario será un Estado despótico y eso no es aceptable para estos tiempos, por tanto, si la pena es un mal debe ser útil tanto para la persona quien recibe la pena como para la sociedad. En esa línea, se entiende a la pena como una noción de dolor o sufrimiento, porque justamente de allí el término de penar es padecer dolor. Aunque la pena pueda ser vista como un sufrimiento muy doloroso para el hombre una parte de los dogmáticos o doctrinarios se apegan a la frase de Hans Schultz *“La pena no es un problema metafísico ni una realización moral sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas”* (citado en Roxin, 1981, p. 98) quiere decir que a pesar de lo doloroso que son las penas, a su vez son útiles para corregir a las personas, porque en cualquier momento podrían cometer delitos ya sean dolosos o culposos.

Por otro lado, el reconocido Jurista Francesco Carnelutti (2023, p. 31) a diferencia de Schultz refiere que “si la pena, pues, no puede ser un mal, ¿habremos de considerarla un bien? Sin duda, puesto que el dolor es el medio de la redención. La vía por donde la pena viene a ser un bien, es el arrepentimiento.”² Es oportuno hacer una reflexión sobre lo dicho por Carnelutti, puesto que para él la pena siempre que brinde arrepentimiento será un bien, puesto que el sufrimiento (dolor) producirá el arrepentimiento, y se entiende que si uno se arrepiente deja de hacer lo que estaba haciendo (he allí el bien). Sin embargo, considero que la pena no solo produce un arrepentimiento, porque puede que algunos no se arrepientan de lo que hicieron y que simplemente dejen de cometer delitos por el momento que están siendo privados de su libertad o castigados por el Estado (opresión). Por tanto, la pena si bien puede producir arrepentimiento en casos específicos y en otros no, aun así, seguirá siendo necesario para castigar a los desviados y apartarlos de los no desviados, por cuanto los desviados son imperfectos ante su sociedad. Decir que la pena es un bien o un mal podría ser una postura discutible y muy reduccionista porque no agota la complejidad de su significado. En concreto su valor depende del contexto de la utilidad social; porque en una sociedad donde la criminalidad está presente se convertirá en una herramienta que seguirá aplicando por los sistemas penales cuando se hayan dañado gravemente bienes jurídicos.

En relación a ello, Ferralóji (2016, p. 27) postula un derecho penal mínimo en el que se cuestiona ¿qué castigar?, asimismo, para que un sistema judicial pueda resolver con eficiencia y respetando las garantías de las ofensas más graves que surgen de la criminalidad, es que se reduzca al mínimo y solo para los delitos más graves. Ese límite que se pone a la pena es que solo ciertos bienes jurídicos serán protegidos por el Derecho Penal, es decir si vamos a castigar no hay que castigar todo o cualquier cosa, porque si en toda afectación de bienes jurídicos buscamos proteger con el Derecho Penal lo que va suceder es que se termine legitimando y en efecto eso sería peligroso en un Estado de Derecho.

Ahora bien, la pena tiene una variedad de manifestación en cada país o Sociedad, si hacemos un análisis histórico podemos darnos cuenta que el sistema punitivo en el imperio incaico las penas eran atroces, como precisa Ramos (2019, p. 23) “*las penas impuestas en el incanato eran drásticas y de diversa índole, las penas de muerte (en diversas modalidades) era la más*

² El autor mantiene una postura sobre la pena considerando que es un bien, pues el efecto de esto es el arrepentimiento.

común. Así había una gran variedad de penas: que iban desde el incendio de sembríos, extracción de dientes (...).” En el incanato la pena más común era la pena de muerte, pero actualmente en Perú la Pena más común quizás es la pena privativa de libertad, y no hay una pena como extracción de dientes o incendio de sembríos, por lo tanto, podemos inferir que las penas responden a un espacio y costumbre de cada colectividad o Estado, pero siempre serán doloras, en cuanto a si son leves o graves ya corresponde al tipo de pena.

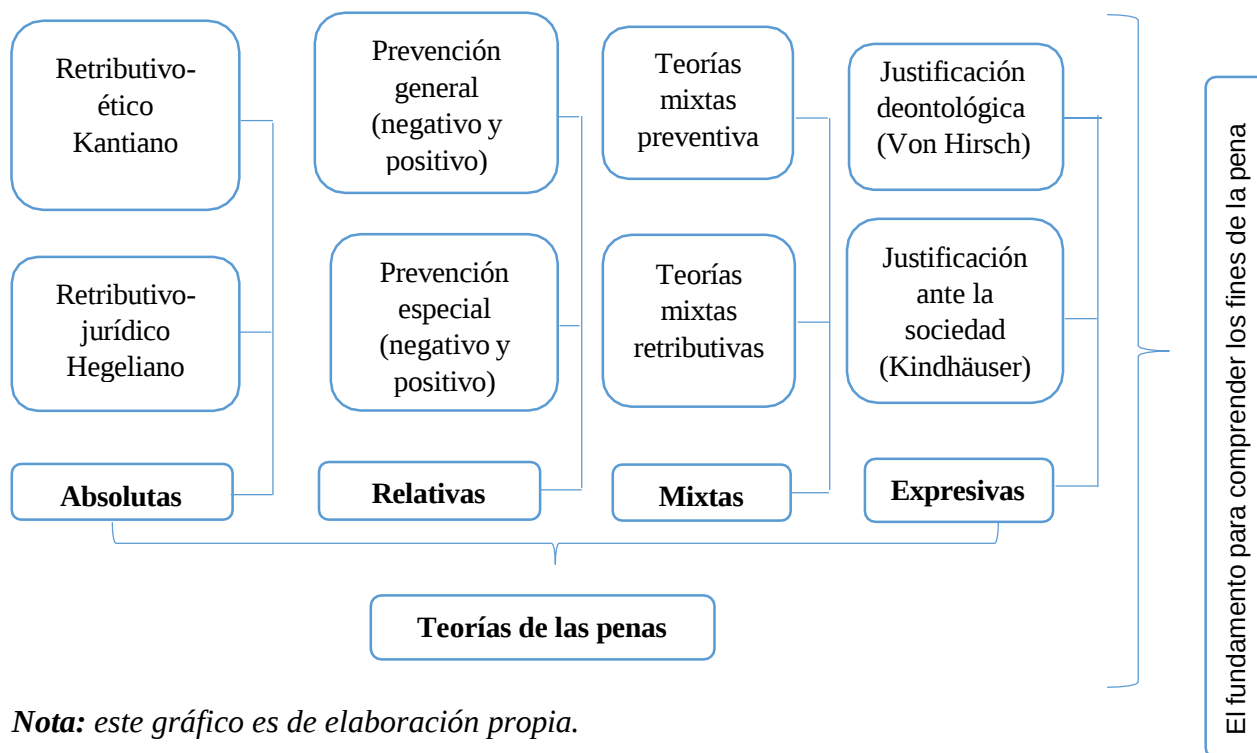
III. Fines de la pena

a. Teorías de la Pena

Dentro del basto mundo de la doctrina, es relevante mencionar que cuando se busca comprender el fin de la pena ha suscitado teorías, hay cierta discusión dogmática por parte de los juristas. En ese sentido, tenemos la dogmática penal nos brinda teorías: Absolutas o retributivas, relativas o preventivas, mixtas y expresivas, cada uno de ellos con sus respectivos doctrinarios que a lo largo de la historia la han brindado y adoptado como sus propias teorías, esto veremos más adelante.

Desde mi perspectiva las teorías de las penas sirven de **base o fundamento para comprender los fines de la pena**,³ aunque esos fines sean discrepados, o sea, el debate gira en torno de si la pena cumple algún fin y cuál es ese fin. Entonces, para llegar a una respuesta desde la dogmática penal, surgen varias teorías que antiguos autores han comenzado a plantearse. En ese sentido, considero relevante presentar un gráfico de elaboración propia sobre estas teorías para una mayor comprensión visual:

³ Se trata de una postura que aspira a delimitar con precisión que el estudio de todas las teorías busca contribuir una comprensión sistemática.



Nota: este gráfico es de elaboración propia.

i. Teorías absolutas o retributivas

Los que defienden esta teoría consideran a la pena como la compensación del daño ocasionado por el infractor, por ello el termino de retribuir, es decir, la pena retribuye la afectación que se ha cometido al realizar el delito. Por su parte, Muñoz Conde (2010) refiere que las teorías absolutas:

Atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena. p. 44

Se infiere que esta teoría fundamenta la pena entendida como retribución del delito cometido. No obstante, dentro de esta teoría aún hay otras visiones de algunos filósofos:

1. Retribución ética Kantiana

En la visión según Kant (2018, p. 166) la pena es considerada como retribución, pues, así como al sujeto debe tener una conducta basada en la razón y la libertad, por ello el *hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro*. Sin embargo, que sucede

cuando, por el contrario, su conducta quebranta las normas que conforman el orden ético, en ese caso, se debe aplicar la pena sobre ese sujeto, y esa pena cumple la función de compensación del daño causado por la conducta inapropiada. Kant (2018, p. 166) sostenía que la *“ley penal es un imperativo categórico.”*

En tal sentido, Kant (2018, p. 168, 169) va poner ejemplo de una isla: Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerarle como cómplice de esta violación pública de la justicia. Con ese ejemplo Kant quiere decir que, aunque no haya un Estado quien dirija la sociedad civil, es decir, aun cuando deje que existir una Estado organizado no se debería dejar con vida incluso el último asesino. Por eso, la postura de Kant (2018, p. 176) es firme al sostener que *“es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo.”*

2. Retribución Jurídica o Hegeliana

Al respecto de esta tesis, Mir Puig (2008, p. 78) se refería que *“es la fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel”*. Así también, Jakobs (1997, p. 23) considera que la pena es una retribución frente al delito, e *“interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación.”* Esto nos permite afirmar que la pena es el efecto o la consecuencia del conocido método dialéctico Hegeliano. Por su Parte, Mir Puig (2008, p. 78) explica cómo se aplica el método Hegeliano, y lo argumenta de la siguiente manera: *“la voluntad general (orden jurídico) es la «tesis», la negación de la misma por el delito es la «antítesis», y la negación de esta negación será la «síntesis», que tendrá lugar mediante el castigo del delito.”* Esto quiere decir que, la tesis será lo que dice la ley, el delito será la antítesis porque niega la ley o también podemos decir que la incumple, y la ejecución del castigo será la negación de la negación.

Si bien, el retribucionismo ya sea ético o jurídico, es decir, kantiano o hegeliano tiende a causar una impresión en las mentes de los ciudadanos, dicho de otra manera, impresión psicológico social, esto puede ser un punto a favor si es que los ciudadanos entienden en que no deben hacer más esos delitos, pero como señala Roxin (1997):

La teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente (...) la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. p. 84

b. Teoría relativa o preventiva

En esta teoría la pena a diferencia de la teoría retributiva si va cumplir una función que va prevenir delitos. Las "teorías relativas" dice Bacigalupo (1996, p. 13) *“procuran legitimar la pena mediante la obtención de o la tendencia a obtener un determinado fin. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena.”* Consideran que la pena cumple una función utilitaria pero que no se apoya en principios religiosos, morales o idealistas, sino en la necesidad de mantener ciertos bienes sociales. Por lo tanto, se sostiene un enfoque de los fines de la pena en cuanto a la prevención del delito dirigido a la colectividad en su conjunto (esto es prevención general), a su vez individualmente a un sujeto determinado (esto es prevención especial) y dentro de cada uno de ellos están las positivas y negativas respectivamente.

i. Prevención General

Consideran que la pena cumple un fin preventivo colectivo, es decir va dirigida a toda una sociedad y que a su vez es le asignan utilidad social. Ahora bien, como es de conocimiento que todas las teorías tienen sus principales exponentes, por ello Urbano, et al. (2011, p. 28) precisaba que *“Entre sus exponentes se destacan Beccaria, Bentham y Feuerbach. Este último, estableció las bases de la prevención general con su conocida teoría de la “coacción psicológica.”*

2.1.1 Prevención general positiva

Para esta postura la pena no se debe considerar como un medio de intimidación, por el contrario, van a abogar por una solución donde la pena debe ser considerada mediante un medio pedagógico y que la solución para prevenir delitos debe ser por un recurso educativo.

En esa línea, Zaffaroni et. al, (2007, p. 42) mencionan que la prevención general positiva, como su término mismo dice *“produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular).”*

Asimismo, Mir Puig (2008, p. 82) plantea que una forma de prevención general es *“mediante la afirmación positiva del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho.”* En tal sentido, esta teoría también se dirige a la sociedad, pero de forma positiva, esa forma positiva será que en los ciudadanos surja una confianza en el sistema penal o un respeto por el Derecho y de esa manera no podrán cometer delitos, por eso también se dice que se considera como un medio pedagógico, porque ya no intimidará como hacía la tesis de la teoría general negativa.

2.1.2 Prevención general negativa

Existe una finalidad hacia la sociedad, para lograr esa finalidad la pena será el medio de manera que cuando una persona sea sancionada este mismo será como una señal de coacción con el propósito de que la colectividad evite cometer delitos. Así también, esta teoría se sustenta en la *"teoría de la coacción psicológica"* de Feuerbach, que afirmaba que la pena es una amenaza que reten de alejar del delito a todos los posibles autores del mismo. (Cómo se citó en Zaffaroni, 1998, p. 85) Esta postura, como refiere Zaffaroni, et al. (2007, p 41) *“la pena está dirigida a disuadir a quienes no han delinquido, para que no lo hagan en el futuro, basándose en la intimidación que la pena produce sobre el que fue seleccionado.”* Por eso se habla de una coacción psicológica, porque el fin es que llegue a los demás que no han sido seleccionador por el derecho penal para que de esa manera estas personas que no han sido seleccionados no cometan delitos.

ii. Prevención Especial

En estas teorías la forma de prevención ya no va estar dirigida o sometida sobre una sociedad en su conjunto, sino sobre una persona en específico o individual, esta persona será el que ha cometido un delito, entonces la prevención será directamente con él a fin de que ya no cometa más hechos delictivos. En ese sentido, Mir Puig (2008, p. 84) señala que esta teoría *“tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinquido: la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir.”* En esa línea Muñoz Conde (2010, p. 48) menciona que en esta teoría *“ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su*

aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad.”

Ante ello también se dividen en una prevención especial negativa y positiva. Por su parte, Para Bustos Ramírez esta teoría de *“la prevención no debía dirigirse a la generalidad sino al individuo en particular.”* (citado en Espinal, s.f, p.5)

Por otro lado, Ferri (citado en Bacigalupo, 1996, p. 15) explica la idea de clasificar al delincuente se verá cambiada con esta teoría, puesto que, después de 1960 la prevención especial sufrió una transformación significativa en sus características fundamentales. Además, amplía la argumentación sobre las antiguas clasificaciones de delincuentes, fueron reemplazadas por enfoques pedagógico-sociales más avanzados. primero, se estableció un propósito uniforme para la pena basado en el concepto de resocialización. Segundo, se integraron perspectivas que destacan la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión de delitos, dejando atrás el casualismo antropológico y biológico de épocas pasadas, cuya falta de respaldo empírico lo hacía insostenible desde un punto de vista científico. Por último, se enfatizó la importancia de una ejecución penal centrada en la idea de tratamiento.

2.2.1 Prevención especial positiva

Esta teoría entiende a la pena como aquel instrumento que sirve para resocializar al sujeto que ha cometido el delito. En cuanto a esta posición, Rodríguez Delgado menciona que *“la prevención especial positiva asigna a la pena la función reeducadora, resocializadora e integradora del delincuente a la comunidad. Ubican al hombre no como un mero instrumento, sino como una finalidad.”* (citado en Villavicencio, 2019, p. 64). Por otro lado, Silvestroni (2004, p. 29) argumenta que *“la pena evita delitos modificando la personalidad del sujeto que los comete, transformándolo en un ser apto para la vida en sociedad.”* Por Consiguiente, *“La función de pena es, pues, para von Liszt la prevención especial, por medio de la intimidación (del delincuente, no de la colectividad), la corrección o resocialización, y la inocuización.”* (citado en Mir Puig, 2008, p. 85) Asimismo, Franz Von Liszt como uno de los representantes de esta teoría (también está Ferri y Ancel), ha considerado que el sujeto delincuente es el objeto principal del Derecho Penal y es la pena una institución que está dirigida para corrección, intimidación o aseguramiento (citado en Muñoz Conde, 2010, p. 48)

2.2.2 Prevención especial negativa

Los que defienden esta tesis mantienen la idea de que con la pena se mantendrá alejado al delincuente y esa sería la forma de prevenir que se sigan cometiendo delitos, pues si el sujeto está lejos o separado no es posible la comisión de otros delitos. Villavicencio (2019) nos aclara el panorama cuando afirma que esta teoría brinda a la pena una función de conservar alejado al delincuente de los demás y que de esa forma no habrá peligro en la sociedad. Es decir, si mantienes a los desviados lejos de los no desviados no existirá peligro en la sociedad. Por su parte, como expresaba Zaffaroni (2007, p. 48) *“Para la prevención especial negativa la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla, sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social.”* En esto se diferencia las dos tesis de la prevención especial, en que mientras la prevención especial positiva la pena cumple una función reeducadora e integradora, y por tanto ve al delincuente como una finalidad; No obstante, la prevención especial negativa la pena también se dirige al propio delincuente, pero no para reeducarlo o integrarlo, sino para el bien único de la sociedad. En consecuencia, siguiendo a Zaffaroni (2007, p. 48) *“En la realidad social, como las ideologías re fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria.”*

c. Teorías Mixtas

Es aquí donde se juntan las posturas anteriores para brindar una nueva perspectiva en la pena, como explicaba Villavicencio (2019) las teorías mixtas juntan de las teorías absolutas y preventivas ciertas características relevantes en la pena, por eso consideran a la pena como justa y útil. Las teorías de la unión han facilitado una solución intermedia entre posturas que parecían irreconciliables, algo común en los estudios de derecho penal. Por su parte, Urbano, et. al, (2011, p. 32) menciona que *“la esencia de la pena para los seguidores de las mismas radica en la retribución, buscando fines de prevención general y prevención especial.”* Asimismo, como bien señala Zugaldía *“Las llamadas teorías de la unión tratan de conciliar utilidad y justicia.”* (citado en Bustos y Hormazábal, 1997, p. 53)

i. Las teorías mixtas retributivas

Estas teorías fueron dominantes anteriormente, pues consideran que deberían ir juntas la retribución, prevención especial y prevención general, pero que la función dominante era el fin retributivo, de esa manera no dando importancia a los fines correctivos de la pena.

Sin embargo, Roxin (1997, p. 84) sostiene que esta teoría y la propia teoría retributiva se deberían rechazar, puesto que la finalidad del Derecho penal se fundamenta en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y para que esto sea efectivo no es aceptable una pena que abstenga de todos los fines sociales, de lo contrario perdería legitimación social.

En Alemania a inicios del siglo XX, se dará curso a la **teoría ecléctica de Merkel**. Sin embargo, como explica el profesor Mir Puig (2008) esta teoría tiene dos direcciones:

Por una parte, quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución. Ésta constituye una posición «conservadora», representada por el Proyecto ministerial alemán de 1962. Por otra parte, un sector «progresista» de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido. A diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución. p. 88

Además, como indica Villavicencio (2019) entre estas teorías unificadoras o plurifinalistas destacan:

La teoría diferenciadora de Schmidhäuser estudia la pena, partiendo de la distinción de las teorías de la pena, donde señala que la finalidad de la pena es la prevención general, pero ya no entendida como medio necesario de evitar todo delito, ya que resulta imposible, sino como búsqueda de impedir la ejecución del delito hasta donde sea posible, y así mantener la convivencia social. p. 66

ii. Las teorías mixtas preventivas

Esta teoría unifica solo las teorías preventivas, abandonando la teoría retributiva; en ese sentido, tenemos a la denominada teoría dialéctica de la unión elaborada por Roxin, en donde él renuncia a todo retribucionismo. Como explica Luis Bramont-Arias (2002, p. 104-106) la postura de Roxin en su teoría lo ubica en un orden secuencial. Primero es el momento de conminación legal en donde la pena protege bienes jurídicos mediante la prevención general.

Segundo es la etapa de la determinación judicial, aquí se refuerza la prevención general puesto que el juez al imponer la pena que corresponde al agente reafirma la amenaza que estaba con anterioridad; asimismo, la pena de ninguna manera puede rebasar el límite de la culpabilidad del autor, por eso Roxin sostiene que la culpabilidad no es útil para fundamentar el poder de penar, empero si para limitarla, en consecuencia, en ese ejercicio de determinar la pena del autor se utiliza la prevención especial. Tercero es el momento de la ejecución, en donde se aplica la resocialización y reincorporación del delincuente a la sociedad, de esa manera utiliza la prevención especial. En otras palabras, para el profesor Roxin en la ley penal estará presente la prevención general (primer momento), en la sentencia del juez dirigido al delincuente estará presente la prevención general y especial (segundo momento), y en la ejecución de la sentencia estará presente la prevención especial (tercer momento).⁴

d. Teorías expresivas

Las teorías expresivas de la pena es una tendencia que ha surgido en el mundo de la dogmática, estas son aquellas teorías que cuyo fundamento recaen en la justificación del castigo por parte del Estado como institución. En otras palabras, su fundamentación se encuentra al justificar que el poder que ejerce el Estado para castigar mediante las penas legítimas quieren decir algo más que el simple hecho de castigar. Surge la desaprobación como institución; esto es, ante la sociedad y ante el sujeto que cometió un hecho punible, en dicho sentido, Kindhäuser (citado en Gabriel Pérez, 2018, p. 17) respalda una línea en que la expresión de desaprobación es respecto de la responsabilidad y que, está justificada como institución ante la sociedad a efectos de establecer un orden social mediante ese sometimiento. Por otro lado, Von Hirsch (citado en Gabriel Pérez, 2018, p. 17) desde una perspectiva deontológica (centrada en el sujeto criminal) defiende la desaprobación como institución al sostener que a través de ese mecanismo el sujeto al quien se le castiga con la pena viene a ser considerada un agente moral.

Ahora bien, como se pudo comprender a mayor plenitud, nos percatamos que estas teorías tratan de explicar la razón del porque existe cierto sentido que el Estado castigue por las conductas ilícitas.

⁴ La postura del profesor Roxin resulta ser más racional, en tanto que logra conciliar las distintas teorías anteriores, rescatando cada una de sus aspectos más positivos y articulándolo de manera coherente a un Estado Constitucional de Derecho.

Por ello, Gabriel Pérez (2018, p. 16) sostiene que *“una teoría expresiva de la pena es, de hecho, la mejor posicionada para lograr una buena solución a este problema de la justificación deontológica de la pena como institución, especialmente si está estructurada desde una perspectiva discursiva.”*⁵

Es de relevancia mencionar que estas teorías expresivas diferencian de las teorías utilitaristas y retribucionistas clásicas, esta tiene un fin de expresar el reproche mediante las instituciones del Estado. Lo interesante es que estas teorías se separan en dos líneas, así lo menciona Ramón Beltrán (2019) Una que sostiene que el castigo trasmite, de alguna forma simbólica, la vigencia de la norma que ha sido transgredida y la otra que comprende que el mensaje (comunicación) de reprobación está dirigido a influir en ciertas personas como el propio infractor, víctima o comunidad. p. 161, 162 Así también, en el estudio introductorio de Caro John y Polaino-Orts (Jakobs 2015, p. 37, 67) caracterizan a Günther Jakobs como uno de los defensores después de Welzel (su maestro) que el derecho penal llega tarde y lo que en realidad logra es conservar la vigencia de la norma que el sujeto criminal ha infringido, por ello, hay una expresión en el sentido de que, aunque la conducta delictiva vulneró la norma ella continuará en su plena vigencia.

Si bien las teorías expresivas constituyen una corriente diferente a las demás teorías, puesto que, el fin esencial es justificar el castigo del Estado como institución; esto es, ya sea ante la sociedad o ante el propio sujeto criminal, pero siempre que sea como institución (ahí la posición de Kindhäuser y Von Hirsch cada uno con sus propios rasgos). Ahora bien, en mi modo de pensar, considero que, desde una perspectiva realista en cuanto a la función que tiene el Derecho Penal, resulta más razonable mantener y desarrollar las teorías expresivas, en tanto que estas reconozcan que el castigo del Estado no solo cumple fines prácticos, sino que brinda un mensaje de reproche social frente a un hecho delictivo; además sirve para bien a efectos de sostener un Estado democrático donde todo castigo sea justificado. Esa función expresiva no cancela o anula, sino que reafirma la necesidad de que el Estado castigue, pues de ninguna manera es aceptable que alguna sociedad pueda prescindir de sanciones que protejan derechos fundamentales. Por tanto, aunque existan o aparezcan nuevas tendencias que justifiquen aminorar el castigo penal por cuestión de la efectividad del propio sistema

⁵ Luego, Gabriel Pérez continúa una cuestión sobre los problemas y perspectivas que tiene la teoría expresiva, incluso haciendo una crítica a Von Hirsch sobre su postura deontológica.

estatal no podemos dejar de seguir confiando en que el núcleo o la esencia del Derecho Penal es el castigo.

IV. Reflexión respecto de la utilidad en el estudio de las teorías Toma de posición: ¿para qué sirve estudiar las teorías?:

Cuando se habla de teorías de las penas si el lector ha llegado hasta aquí habrá notado que en realidad es necesario para la discusión dogmática; considero que comprender las teorías de las penas es labor de todo quién desee ser académico en el Derecho penal, si no es mucho pedir todo abogado y sobre todo los jueces de los juzgados especializados en materia penal y los fiscales deben tener este conocimiento como base para comprender el ejercicio de sus funciones que son parte de su vida diaria; el de hacer una defensa corresponderá al abogado, el de acusar será del fiscal y el de administrar justicia del juez, por tanto, cuando ellos conozcan que las cárceles están llenos de reos que a veces el sistema resocializador no es eficaz para con ellos; entonces cabe preguntarnos si la pena aplicada para cada reo cumple algún fin en el sistema de justicia y en la sociedad. De una perspectiva realista, cuando vamos a cárceles saturadas de personas que no han sido resocializadas, o incluso peor que han sido marginadas aún más por el sistema penitenciario que tenemos, es menester preguntarnos sinceramente: ¿La pena que se impuso cumplió con algún fin legítimo? ¿Resocializó? ¿Disuadió? ¿Expresó algún reproche éticamente justificable? En este punto, el conocimiento de las teorías de la pena deja de ser solo conceptual y se convierte en una herramienta crítica para evaluar la legitimidad del castigo.

Ahora bien, desde una perspectiva filosófico, el estudio de estas teorías nos confronta a una de las preguntas más complejas del Derecho: ¿cuándo es moralmente aceptable que el Estado castigue? La pena, en su forma más cruda, es violencia institucionalizada y hay que aceptar ello, sin dudarlo; es por ello, que la pena solo puede justificarse si cumple una función compatible con la dignidad humana que defendía Kant, empero, es necesario aceptar que la pena también se vuelve necesaria en una sociedad. Entonces, cabe precisar que las teorías expresivas han adoptado una mirada relevante sobre el castigo en cuanto la manifestación simbólica del reproche social, fundamentando su valor comunicativo y que la pena expresa una desaprobación ética y refuerza el compromiso colectivo con determinadas normas básicas de convivencia.

Considero que entre todas las posturas revisadas, la teorías preventivas mixtas son la que mejor permiten articular una legítima en el marco del Estado Constitucional que nos encontramos; por eso, coincido con la posición de Roxin, quién no deja de sorprender cuando brinda su teoría de la unión o teoría dialéctica proponiendo una visión funcional y secuencial de la pena: prevención general en el momento legislativo, prevención general y especial en el momento de sentenciar, y prevención especial en la etapa de ejecución. Siendo esta postura coherente y concordante con el principio de la mínima intervención. Se distingue de las teorías retributivas pues no se pretende castigar en extremo, asimismo, de las teorías preventivas absolutas, Roxin plantea límites normativos y éticos en la intervención punitiva, específicamente mediante el principio de culpabilidad. En ese sentido, considero que la teoría expresiva de la pena también puede ser integrado de manera complementaria, esa función simbólica se manifiesta con más claridad en el momento de la sentencia, precisamente cuando el Estado formula un reproche público frente a una conducta que ha quebrantado normas esenciales para la convivencia social. Siendo aquello el cumplimiento de la función de expresar lo que socialmente se rechazó y así reafirmar valores o principios fundamentales del orden jurídico. Así, aunque no se conciba como finalidad autónoma del castigo, la teoría expresiva de cierta manera fortalece la legitimidad de la pena en su fase declarativa.

V. Recomendaciones

A partir del análisis brindado y la postura que he adoptado, se vuelve esencial mencionar tres recomendaciones puntuales: primero incorporar una enseñanza crítica y secuencial de las teorías de la pena en las facultades de Derecho, de manera que los estudiantes son solo memoricen modelos teóricos, sino que comprendan su utilidad práctica en los procesos penales. Esto refuerza el desarrollo reflexivo y coherente de la dogmática penal desde el punto de vista jurídico y filosófico. Segundo Adoptar en la práctica el modelo propuesto por el profesor Roxin, reconociendo que los fines de la pena deben distribuirse racionalmente según el momento. Tercero, considerar la teoría expresiva como un complemento simbólico en el momento de la sentencia, esto a través de la cual el Estado expresa un reproche público y reafirma principios constitucionales, sin caer en una utilización teórica o excesivamente punitivo. Cuarto y último, fomentar el diálogo entre la filosofía del derecho y la teoría dogmática que corresponde al Derecho Penal, para evitar que aquellas visiones meramente técnicas o positivas de la pena. Siendo de ejemplo las teorías expresivas, que cuyo

fundamento está en nociones filosóficas como la justicia comunicativa del castigo, las cuales enriquecen las teorías jurídicas de la pena tradicional.

VI. Conclusión

La pena es una consecuencia jurídica de la infracción cometida. Cabe allí la cuestión del significado de la pena, pues desde el punto filosófico, para algunos será un mal y para otros un bien. No obstante, la postura más sólida es cuando a pesar de ser un mal hay que utilizarlo. Esto deriva a otras cuestiones, debido a que no solo basta definirlo ya sea jurídica o filosóficamente, pues conviene cuestionarse si tiene alguna finalidad. Allí surgen algunas teorías, como las retributivas considerando que la pena busca compensar el daño causado, otras, como las preventivas, la ven como un medio para prevenir futuros delitos, las teorías mixtas intentan reconciliar estos enfoques, añadiendo objetivos preventivos a la base retributiva de la pena. A diferencia de todo lo anterior me parece útil agregar en este estudio a las teorías expresivas que tiene un fin comunicativo para la sociedad.

Estas discusiones reflejan la complejidad y diversidad de las visiones sobre el propósito y la función del sistema penal en la sociedad. En tal sentido, la pena como sanción sigue teniendo una retribución o al menos así debería serlo.

Estudiar las teorías de la pena no es mero ejercicio académico, sino una herramienta esencial para entender cómo y por qué el Estado castiga, cuáles son los fines que persigue al hacerlo y qué límites debe respetar. Sin embargo, ninguna teoría puede dar cuenta por sí sola, quiero decir que no solo una tiene la solución, sino que resulta importante y necesario que sean combinaciones de todos sus extractos más positivos y con ello hacer eficiente y efectivo el Derecho Penal, porque cada vez las personas pueden llegar a perder la credibilidad en esta ciencia del Derecho. Es por esa razón que de cierta manera y apegándome a la postura (teoría de la unión) del profesor Roxin, empero agregando en uno de los momentos la relevancia que tiene las teorías expresivas. En definitiva, conocer y debatir las teorías de la pena permite no solo interpretar mejor el Derecho penal vigente, sino además abre puertas a nuevos cuestionamientos y transformarlo, por ello el estudio de las teorías son el fundamento para comprender el fin de la pena y aterrizar en la realidad social para analizar si en verdad los órganos judiciales o instituciones aplican dentro de su competencia estos fines. En contextos donde las cárceles están llenas y los fines de resocialización están lejos de la realidad, el

estudio de estas teorías ayuda a identificar las contradicciones que puedan tener el sistema, entonces, asumiremos la labor de buscar un mejor diseño de políticas criminales y que estas sean justas sin vulnerar principios del Estado Constitucional de Derecho.

VII. Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Beccaria, C. (2020). *De los delitos y de las penas*. Lima, Perú : Palestra Editores.
- Beltrán, R. (2019). Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5(1), 145 - 190.
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima, México: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Bustos y Hormozábal. (1997). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. I). Madrid: Editorial Trotta.
- Carnelutti, F. (2023). *Como nace el Derecho*. Bogotá: Temis.
- Espinal, M. (s.f.). *ESTUDIO CRÍTICO SOBRE LAS TEORÍAS DE LA PENA*. Alerta Informativa.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teorías de la imputación* (segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2015). *El lado comunicativo y silencioso del Derecho Penal*. (primera ed.). Lima: Editores del Centro.
- Kant, I. (2018). *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Muñoz, G. (2010). *Derecho Penal Parte General* (octava ed.). Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- Pérez, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena Una justificación deontológica de la pena como institución . *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1- 43.
- Puig, M. (2008). *Derecho Penal Parte General* (octava ed.). Barcelona , España: Editorial Reppertor.
- Ramos, C. (2019). *Historia del Derecho Peruano*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial REUS S. A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Silvestroni, M. (2004). *Teoría Constitucional del Delito* (Vol. 1). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Urbano, R. B. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Colombia: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- Villavicencio, F. (2019). *Derecho Penal Parte General* . Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo I*. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Zaffaroni, S. A. (2007). *Manual de Derecho Penal parte general* (segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Comercial, Industrial y Financiera.