

LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Carlos Alberto Gutierrez Huallpa*

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis de la Función de la Pena en el derecho penal actual y su repercusión en nuestra sociedad.

Para ello, en primer lugar realizaré un análisis teórico del tema; así como, de temas relacionados que nos servirán para hacer un análisis distinto de la función de la pena, para finalmente referirnos al tema en la actualidad.

1. FUNCIÓN DE LA PENA.

Antes de iniciar con el desarrollo del tema debemos de advertir que los distintos autores tratan el tema bajo distintos títulos, así algunos lo denominan también como fin de la pena; otros han tratado de distinguir entre el fin y la función de la pena; distinguiremos, en cambio entre función y fines de la pena, llamando función a la finalidad última e ideal para la pena que se impone y denominando fines a los objetivos empíricos e inmediatos a los que la pena, para cumplir su función, ha de hallarse dirigida; sin embargo, existe uniformidad al manifestar que el fin de la pena está íntimamente relacionado con el fin del Derecho Penal, en el presente trabajo entenderemos a la función de la pena como el sentido por el que se impone la pena.

1.1 Evolución histórica.-

Claus Roxin refiere que, desde la antigüedad se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales, la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial y la teoría de la prevención general⁽¹⁾.

1.2 La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación).

Esta teoría no encuentra en el sentido de la pena ningún tipo de fin socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal, merecidamente se retribuye, equilibra y expia la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla de una teoría absoluta por que el fin de la pena es independientemente desvinculado de su efecto social. Esta pena debe de ser justa, lo que significa que en su duración e intensidad debe existir una correspondencia con el hecho cometido, la teoría de la retribución está representada por el viejo principio del talión ojo por ojo diente por diente.

Kant fundamenta las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas, buscando hacerlas prevalecer sobre todas las interpretaciones utilitarias, mencionando que "tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que así mismo, lo hayan ordenado o hayan colaborado en él; tantos también tendrán que sufrir la pena de muerte"⁽²⁾.

Hegel por su parte en sus "Lineas Fundamentales de la Filosofía del Derecho" interpreta el delito como "negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación, como anulación del delito que de lo contrario tendría validez". A diferencia de Kant, Hegel reemplaza el principio del talión, irrealizable, por la idea de la equivalencia del delito y pena; sin embargo, está totalmente de acuerdo con Kant al no reconocerle a la pena metas preventivas como intimidación y corrección.

1.3. Teoría de la prevención general negativa.-

Se caracteriza por no preocuparse en la pena misma sino en el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con un mal. La doctrina mayoritariamente ubica a Feuerbach y a Paul Johann Anselm Von como los principales exponentes de esa teoría; este jurista alemán formuló en el siglo XIX su famosa teoría de la Coacción Psicológica, cuyo planteamiento esencial atribuía a la pena el sentido de una contra motivación negativa que se amparaba en el mal que podía acarrear para el delincuente la comisión de un delito.

Desde esta perspectiva, se ha de dar el convencimiento de que la infracción a la ley irá acompañada de un mal mayor a la abstención de llevar a cabo los impulsos hacia el delito, por lo que se hace necesario, de forma conjunta, una ley que amenace con dicho mal y que de darse el delito se ejecute el mal amenazado. La ley contiene la amenaza, el ejercicio de la ley otorga a la amenaza realidad, entonces, la imposición de la pena consiste en hacer efectiva la amenaza. Desde esta perspectiva, la pena en una sociedad organizada no puede tener otra finalidad que el mantenimiento de esa vida común organizada, lo cual sólo se puede lograr cumpliendo la pena una función de coacción psicológica.

Ahora bien, se critica a esta postura fundamentalmente desde dos perspectivas. La primera observa el hecho de que, la comisión de un delito que no tuvo en

* Abogado.

¹ ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte General". Segunda Edición, Editorial Civitas, 1998. Madrid - España pp. 81 y ss.

² KANT, "La Metafísica de las Costumbres" (1798).

cuenta la amenaza, significa que la amenaza no ha dado resultado, que no se ha alcanzado la disuasión de la acción, por lo que dicha amenaza resulta estéril respecto del autor.

Luego, ya no se puede hablar de prevención, pues ésta por definición tiene que preceder al delito y no, en cambio, sucederle; de lo que se colige que la prevención no puede dirigirse contra infracciones del ordenamiento jurídico ya realizadas, sino con relación a la futura efectividad real de la amenaza respecto de la intimidación de otros. Y si ello es así, el autor del hecho se mezcla entre los objetos del derecho de cosas. La Segunda crítica cuestiona la idea de coacción psicológica en el planeamiento de Feuerbach, ya que deja de lado el perjuicio social que acarrea el delito al poner el acento en la medición de la ventaja potencial del delincuente y trata de contrarrestar esta ventaja a través de la imposición de un mal. Como sostiene acertadamente Lesch, si los delitos pudieran suponer un cálculo, un balance en el sentido de Feuerbach, los tipos penales deberían ser formulados no atendiendo a los bienes jurídicos en juego ni a la importancia del delito, sino a la intensidad de los impulsos hacia el delito, luego se puede generar una gran desproporción entre el daño social y el quantum de la pena, si se antepone al daño social la Intensidad de los impulsos hacia el delito.

1.4 Teoría de la prevención general positiva.-

La teoría de la prevención general positiva o prevención general integradora se orienta a la prevención prospectiva de futuros delitos, a través de los efectos que se pueden lograr mediante el aprendizaje motivado de forma pedagógico - social que no está basado en el temor sino en la toma de conciencia. Desde este orden de ideas, la función de la pena radica en el reforzamiento de la conciencia colectiva o en el llamado "*ejercicio en el reconocimiento de la norma*". No se puede hablar de una única teoría de la prevención general positiva o integradora, pues existen varias vertientes, cuyo factor común son los elementos ético sociales.

La teoría de la prevención general positiva asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición para cumplir las normas, dicha misión se proyecta sobre el fuero interno de los ciudadanos; no obstante, este objetivo requiere de la aplicación de la pena, esto es, de su declaración simbólica de que las normas penales siguen vigentes para la colectividad. De ello se sostiene que la teoría de la prevención general positiva integradora es más que una teoría de la conminación penal abstracta, es una doctrina de la pena impuesta. Resulta peligroso que en aras de la prevención general positiva se pretenda la ampliación de la injerencia del Derecho penal a la esfera de la actitud interna del ciudadano. Ahora bien, no logra superarse la crítica acerca de que forma se lograría la motivación, si no es mediante la intimidación de la aplicación de la pena a un sujeto en concreto. En efecto, si una sociedad requiere de la motivación o del aprendizaje que acarrea consigo la imposición de la pena para neutralizar los instintos hacia

el delito de sus miembros, por qué, entonces, no se hace responder precisamente a esa sociedad.

1.5. Teoría de la prevención especial.-

El mayor representante de la teoría de la prevención especial es Frank von Liszt, cuya obra "*Programa de Marburgo*" (1882) - denominado ciertamente *Der Zweckgedanke im Strafrecht* - se encuentra enmarcada en el apogeo del naturalismo dentro de las ciencias penales. Desde la perspectiva de las ciencias naturales, la sociedad es vista en términos técnicos - causalistas, por lo que la regularidad del comportamiento humano basada en las leyes de la naturaleza permite que modificándose su entorno, sus costumbres y su educación, el hombre pueda ser mejorado. Para Von Liszt la función de la pena persigue la prevención especial por medio de la intimidación, entendida en un plano individual, la corrección y la inocuización.

Como un antecedente de Liszt, se encuentra Carrara, quien también es uno de los representantes de esta corriente, su pensamiento se orienta bajo la premisa que no hay que castigar, sino corregir, este autor habla del principio de la enmienda que tendría dos formas, una totalmente subjetiva e interior, otra objetiva y exterior, la primera significa llevar al condenado a rectificarse de las convicciones religiosas o políticas que le impulsaron a delinquir; la segunda conlleva el castigo del condenado con la esperanza de que en el futuro uniforme sus propias acciones externas al precepto de la ley.

La finalidad de la prevención especial se orienta según las tres categorías de delincuentes. Así se tiene al delincuente ocasional, para quien la pena ha de servir de inhibición frente a futuros delitos; el delincuente corregible, sobre el que debe buscarse corrección y resocialización; y el delincuente habitual incorregible, sobre el que se ha de buscar la inocuización.

La corriente prevencionista especial en la década de los años 60' y 70' tuvo su apogeo en Alemania desde la perspectiva de la "*resocialización*", orientada a la corrección de quien no se ha adaptado a la sociedad. La pena ha de servir como escarmiento o como camino para la readaptación social (resocialización) del delincuente, luego la prevención especial no puede operar como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena.

Se observa que la idea de corrección operaría respecto de los jóvenes en el marco de un derecho penal de jóvenes, pero no respecto de personas adultas, toda vez que difícilmente puede predicarse una "*corrección*" de personas adultas, por lo que quedaría respecto de ellas pura intimidación.

Respecto de la prevención especial cabe hablar también de una prevención especial negativa, en cuanto está orientada a la propia seguridad de la sociedad como un cometido legítimo del Estado, esto es, una protección y defensa de los miembros de la sociedad frente a peligros

causados por determinados sujetos. Esta perspectiva parte de la inocuidad para indicar que la finalidad de la pena es eliminar o neutralizar al reo. Ahora bien, esta tarea es misión propia de la política por lo que resultaría absolutamente ajena a los fines del Derecho penal, su inclusión en éste significa un quiebre de su propio sistema. En efecto, las medidas de prevención ante futuros peligros se orientan prospectivamente y no se apoyan en el hecho penal ni en algún daño efectivamente causado, lo cual colisiona con el principio del hecho y el principio de culpabilidad.

Se admite también la existencia de una prevención especial positiva orientada a la "resocialización" como fundamento y fin de la pena. Desde una perspectiva política, se cuestiona la legitimidad con que actúa el Estado para amoldar coactivamente a un sector de la sociedad a los principios y creencias de la mayoría en la medida que atenta contra la concepción liberal del hombre en cuanto ser libre y responsable, siendo sometido, por el contrario, al derecho de cosas y al control estatal, luego mientras mayor sea la intervención estatal en la regulación de la vida del hombre, mayor será la disminución de su propia responsabilidad que conduciría a su sustitución por una responsabilidad colectivo - estatal.

Las críticas a la prevención especial positiva también provienen de un nivel práctico. Se le critica de utópica, debido a que no existen los medios necesarios para su efectivización o no se han trazado verdaderos criterios de resocialización de los delincuentes, a la par que la sociedad no está preparada para la idea de resocialización. Por otro lado, se observa que en una sociedad en crisis difícilmente el preso podrá estar en mejores condiciones que el más pobre de los ciudadanos libres que vive en la miseria, la sociedad no puede permitir que las condiciones de las cárceles sean superiores que las condiciones de vida de un trabajador que ha respetado las normas, que quien ha quebrantado las normas sea mejor tratado que quien las respeta. Ello pone en evidencia, además, el hecho contradictorio de que se pretenda preparar al reo para la vida en libertad si precisamente se le priva de ella.

También la prevención especial positiva presenta reparos respecto del principio de culpabilidad, pues determinados delitos deberían quedar impunes en la medida en que hayan sucedido sólo una vez y se trata de un autor que se encuentra efectivamente socializado; mientras que alguien que ha cometido un delito mínimo podría ser objeto de una gran intervención si existe un síntoma de una perturbación de la personalidad; desde esta perspectiva, quien comete delitos de bagatela asiduamente debería ser privado de su libertad durante largo tiempo y recibir un tratamiento terapéutico; es evidente que el principio de culpabilidad no armoniza con el concepto de resocialización.

Asimismo, cabe formular a la prevención especial la misma observación planteada a toda corriente preventiva,

en la medida en que proyecta la intervención del Derecho penal orientada a la prevención de delitos cuando ya se ha producido el hecho delictivo, lo cual no es una efectiva prevención; luego, admitir la intervención del Derecho penal antes de la realización del comportamiento lesiona frontalmente el principio del hecho, por lo que queda en un mero enunciado la prevención especial en cuanto pretende evitar la lesión de bienes jurídicos mediante la resocialización; una verdadera prevención especial debería de orientarse en puridad a conductas que se desarrollan en una fase anterior a la descripción de los tipos penales (que no son recogidas por el Derecho penal), tales como drogadicción, desempleo, vagancia, suponiendo ya una intromisión del Estado en la vida de privada, lo contrario conduciría a un Derecho penal de autor que admita la intromisión del Estado sobre determinadas formas de vida.

Por último, cabe destacarse la perspectiva resocializadora, diferenciada de la prevención especial, orientada, de modo general, al reconocer que el Derecho penal tiene la función real de protección de la sociedad y, de modo particular, en sostener que el sistema de penas privativas de la libertad ha de disponer de los mecanismos necesarios para la obtención de una verdadera reinserción de los penados. La corriente resocializadora predica la protección de la sociedad a través de su incidencia en el sujeto que ya ha delinquido, tratando de evitar que éste pueda cometer más delitos en el futuro. La orientación principal de la corriente resocializadora es evitar la intimidación individual del delincuente, que atenta contra la dignidad de la persona humana, procurando ponerle a su alcance los medios que le capaciten para una vida futura en libertad en la sociedad.

La postura resocializadora ha sido observada por cuanto prescinde de toda proporcionalidad con el hecho cometido al momento de la sanción, tanto si se verifica en una condena excesivamente leve o una condena excesivamente grave; se mantiene la misma observación formulada contra la prevención especial en el sentido que resultaría imposible una resocialización en condiciones de falta de libertad, y, por último, se cuestiona la ilegitimidad de la intervención en cuanto la consiste en una injerencia en la esfera individual. Las dos últimas son las observaciones más aceptadas por la doctrina, pues se cuestiona el propio hecho de pretender resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que en sí es criminógena, con lo que la resocialización habría de empezar por la sociedad y no por el individuo; se cuestiona, asimismo, su carácter antiliberal pues, si se desea tener éxito, la intervención ha de dirigirse no sólo a la modificación del comportamiento, sino también a la actitud interna, perspectiva que colisiona con el reconocimiento de la autonomía de la personalidad.

1.6. Teorías de la unión.-

También conocidas como teorías de la unión nos ponen de manifiesto el fracaso teórico, político y filosófico de dar una explicación satisfactoria sobre el fin

de la pena. En su expresión fundamental la pena apuntaría a varios fines los cuales tienden una interrelación y complementación que se produce en el marco de un proceso dialéctico de límite y utilidad. Surge de esta manera una contradictoria vinculación entre retribución, prevención general y prevención especial la cual posee a su aparente comodidad expositiva, ha mantenido hasta ahora el insoluble problema científico e ideológico de las antinomias de los fines de la pena. Bacigalupo al estudiar las relaciones entre derecho penal y política criminal examinó críticamente y con detalle los implicantes efectos de las teorías mixtas señalando que *"las consecuencias de las teorías de la unificación sobre el sistema del derecho penal se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza las distintas partes que lo componen: presupuestos de la pena determinados por criterios propios de la teoría retributiva y ejecución penal dirigida a un tratamiento resocializador; límite de la pena en la culpabilidad del autor por un lado y exigencias del tratamiento por el otro; derecho penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso penal dominado por la comprobación de la culpabilidad"*.

También bajo la denominación de teoría de la unión se agrupan diversas posiciones retribucionistas, resocializadoras, preventivas, entre otras, que pretenden marcar una globalización de todas a efectos de superar las observaciones que a un nivel individual son objeto. Estas teorías resultan insuficientes para superar las críticas aisladas que reciben, ya que por el contrario arriban a una enorme inconsistencia al pretender compatibilizar lo que por naturaleza es incompatible.

Con una pretensión superadora dentro de estas teorías se erige la *teoría de la unión dialéctica*, la misma que se orienta a rescatar los aspectos positivos de cada una de las teorías de la pena, de tal suerte que queden fuera los puntos débiles a través de un sistema de *"complementación y limitación"*. Roxin admite que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, ya que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está su servicio. Desde este orden de ideas los fines de la pena lo constituyen los diferentes aspectos de la prevención general y la prevención especial. El trabajo de Roxin centra la problemática de la pena en las fases centrales de su existencia: el momento de la conminación penal, la medición de la pena y la ejecución, momentos que no pueden ser abordados desde la misma perspectiva, si no que cada uno de ellos requiere de una valoración diferente, en ello radica la valoración dialéctica de esta postura, por lo que cada momento presupone al anterior.

Así en el momento de la conminación legal se pone el acento en conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos o que sean opuestas a los fines públicos de prestación, ambos son presupuestos de la existencia en comunidad y de la organización del Estado social. De ello deriva Roxin que la función de la pena en el momento legislativo es la protección de los bienes jurídicos y de las

prestaciones públicas imprescindibles, luego, en dicho momento se ha de verificar la prevención general, ya que la conminación de los tipos penales es anterior al delito, por lo que resultan absolutamente ajenas la retribución y la prevención especial. Ahora bien, los límites de esa prevención general al momento de la tipificación de conductas viene limitada por los criterios de protección de bienes jurídicos y de prestaciones públicas imprescindibles.

En cuanto al momento de la imposición y medición de la pena se tiene que sirve de complemento a la conminación típica, luego la imposición de la pena por parte del juez sirve de confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta dada en la ley. Como límite de la medición de la pena el juez ha de tener presente la culpabilidad del autor, a ella ha de reducirse la prevención general expresada en la conminación penal, con ello se pretende eliminar las posibilidades de instrumentalización del sujeto; desde este orden de ideas, la función de la pena al momento de la imposición es la confirmación de la prevención general hasta el límite máximo de la culpabilidad.

Respecto de la fase de ejecución de la pena, ésta ha de servir a los dos momentos anteriores desde la perspectiva de la prevención especial, lo cual supone que la pena impuesta por la autoridad judicial en atención a criterios de prevención general limitados por las exigencias de culpabilidad, deberá ejecutarse de forma que tienda a la resocialización del delincuente.

En el caso de la teoría de la pena de Roxin, se utiliza el correctivo del principio, de culpabilidad, propio de las teorías de la retribución, para pretender introducir un límite a los fines de la pena y, de esta forma, darle viabilidad al planteamiento de la unión dialéctica.

No obstante, subsisten las contradicciones entre los fines preventivos y el principio de culpabilidad, pues resulta incompatible el punto de vista retrospectivo de la culpabilidad con el prospectivo de la prevención. En cuanto a la utilización de la culpabilidad como límite de los fines de la pena, se observa que ésta pierde su función originaria de fundamento de la pena para convertirse en un mero criterio delimitador que no puede ser explicado funcionalmente.

2. EL PRINCIPIO DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO.

El origen del principio de intervención mínima coincide con el nacimiento del liberalismo, doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la *"reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico, etc."*.

En el campo del derecho penal, imperaban leyes penales rígidas, que eran aplicadas en los más distintos

aspectos de la vida social. Consecuentemente, las penas tenían un carácter severo, que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales, incluso la pena de muerte. Finalmente, el Derecho penal era utilizado como forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal es Cesare Beccaria, que con su obra titulada *"De los delitos y de las penas"*, lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días.

El sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad y igualdad del ciudadano.

Este sistema responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde ésta ya no es vista como cosa, sino por el contrario se busca asegurar su libertad e igualdad.

El principio de intervención mínima formaba parte del rol de mecanismos propuestos por Beccaria para la institución de este sistema penal, de hecho, varias veces en su obra defiende la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias, afirmando que, es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. [...]. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables³.

Sustentaba que, si lo más importante era la prevención de los delitos, aumentar el rol de delitos era, también, elevar la probabilidad de que se cometiesen. Por lo expuesto, es posible afirmar que *"en Beccaria encontramos la primera expresión de lo que hoy llamamos 'principio de mínima intervención' del derecho penal"*.

2.1 El principio de intervención mínima en la actualidad.-

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que *"el Derecho penal sólo debe*

intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes". Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos.

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del derecho penal. Los que juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado.

2.2 La subsidiariedad del derecho penal.-

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, *"cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho"*.

De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al Derecho penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho penal debe ser considerado como la ultima ratio del sistema, lo que significa que, *"cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables"*.

El Derecho penal no puede ser considerado como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, como sustenta Bustos Ramírez, la norma penal debe ser considerada como *"un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social"*, donde el Derecho penal no sólo es la ultima, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

Ahora bien, aunque el Derecho penal sea el que prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del derecho penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; y cuando hayan fallado estos medios, sólo entonces se apela al Derecho Penal para sancionar el hecho.

³ BECCARIA, Cesare. *"De los delitos y de las penas"*, Madrid, Ed. Aguilar, 1976, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *"Introducción y traducción al castellano"*, p.180.

2.3 El carácter fragmentario del derecho penal.-

Binding afirma que, el Derecho penal tiene carácter fragmentario, empleándolo para distinguir entre las conductas que el legislador alemán ha convertido en descripciones de delito y aquellas que no han entrado en el Código penal.

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho Penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes.

La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho Penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el Derecho penal de bienes jurídicos (principio de protección de bienes jurídicos), que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia. Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreado la nulidad de esa norma, porque resultaría arbitraria.

Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta⁽⁴⁾.

3. LA POLÍTICA CRIMINAL.

Es la política estatal de control social y solución de conflictos dirigida hacia las acciones humanas consideradas más violentas y conflictivas en un país determinado, en tiempos de paz, su objetivo es la prevención del delito. Esta ciencia abarca y supera el estudio del derecho penal, el derecho procesal penal y el penitenciario.

Para Santiago Mir Puig la Política Criminal en un primer sentido, consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia, y que se refiere al conjunto de criterios empleados o que emplearen el tratamiento de la Criminalidad, no es una disciplina teórica sino una orientación práctica⁽⁵⁾.

Eugenio Raúl Zafaroni, menciona que la expresión Política Criminal se emplea desde el siglo XVIII en varios sentidos; con su difusión fue perdiendo contenido semántico. En general predomina un concepto que le asigna la función de establecer como debe configurarse la legislación y la jurisprudencia, para proveer una más eficaz protección de la sociedad⁽⁶⁾.

4. LAS VELOCIDADES DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal moderno y los cambios de perspectivas ocurridos en las sociedades postindustriales,

que se caracterizan, principalmente, por la globalización económica y por la integración supranacional, sugieren la construcción de un llamado "*Derecho penal de dos velocidades*".

Esta concepción plantea la coexistencia de dos Derechos Penales. El primero que consiste en una restricción de algunas de las garantías clásicas del Derecho Penal y procesal, que son reflejo de conquistas tras el periodo del liberalismo, y, que mejor representan el actual Estado Social y Democrático de Derecho; por otro lado, presenta sanciones menos gravosas a los hechos delictuosos, pena pecuniaria y restrictiva de derechos. Y el segundo, un Derecho penal con una postura garantista, preservando todas las garantías conquistadas tras el liberalismo; en cambio, los delitos regulados por ese "*segundo Derecho penal*", tenían sanciones más gravosas, es decir, pena privativa de libertad.

Todavía, Silva Sánchez cuestiona la existencia de una tercera velocidad del Derecho penal, caracterizada por "*una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*", pero en los casos en que es prevista la pena privativa de libertad. Esta tercera vía, así, guardaría relación con el llamado "*Derecho penal de enemigos*", difundido por Jakobs. Sus particularidades son:

- Amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir.
- Falta de una reducción de la pena proporcional, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas.
- Paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y, en concreto, la delincuencia económica, el terrorismo, pero también con alguna pérdida de contornos los delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas; así como, abovedando la delincuencia en general.
- Supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico.

El Derecho penal de enemigo, la tercera velocidad sólo puede ser utilizada en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, es decir, caracterizaría una especie de "*Derecho de guerra*" para los casos de emergencia.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ. "*Lecciones de derecho penal*", volumen I, Madrid, Ed. Trotta, 1997.

⁵ MIR PUIG, Santiago. "*Derecho Penal Parte General*" p. 59.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "*Derecho Penal Parte General*" EDIAR segunda edición 2002, p. 155.

A pesar de la propuesta de Silva Sánchez, considerar la validez del Derecho penal de velocidades es una afrenta a los fundamentos del Estado de Derecho. Principalmente, la tercera velocidad es la que más visiblemente quiebra el principio de igualdad, porque utiliza el Derecho Penal para sancionar "personas", y no "hechos". Además, incluso teniendo en cuenta que el Derecho penal de enemigo busca la intervención más rigurosa en delitos como el terrorismo y los económicos, no se justifica la quiebra de principios que son resultado de más de doscientos años de lucha por su efectividad. Su aplicación representaría, ciertamente, la vuelta al Derecho Penal de autor, que *"se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales"*. Así, a través del Derecho penal del autor la pena está vinculada a su personalidad, no importando que haya cometido un hecho, bastando que el autor sea lo que es para convertirse en el objeto de la sanción penal.

Eso significaría un verdadero retroceso, porque la tendencia predominante en los ordenamientos de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho es la vigencia del Derecho Penal del hecho, por el cual la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

5. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN LA ACTUALIDAD.

Nos basta escuchar los medios de comunicación para poder establecer que la población nacional busca utilizar el Derecho Penal o le asigna como fin, un carácter eminentemente retributivo, la solicitud de la población de las penas de cadena perpetua y de muerte, nos hace establecer que el desarrollo de las penas y la función de la pena, que se ha explicado en el presente trabajo, no es parte de nuestra realidad, el pensamiento de nuestra sociedad está aun enraizado en las teorías absolutas de la función de la pena; sin embargo nuestra legislación ha seguido la tendencia despenalizadora mundial eliminando las penas de muerte y la de cadena perpetua, buscando eliminar la pena privativa de libertad.

Esta diferencia entre el pensamiento de la sociedad y la regulación actual de la pena nos hace preguntarnos si nuestra legislación ¿está aislada de la realidad nacional? ¿no regula nuestra realidad? o ¿no es adecuada para nuestra realidad?; creo que nuestra legislación no puede estar ajena a la evolución de la pena y menos del Derecho Penal, sin embargo la innovación doctrinaria de la pena, para su aplicación debe ser adecuada a nuestra realidad, es decir se debe de implantar las teorías actuales a nuestra realidad; con la finalidad de que estas sean eficientes y solucionen las necesidades de la sociedad. Como referencia; si bien es cierto a nivel mundial se ha buscado eliminar la pena privativa de la libertad remplazándola por la pena de multa la que se apersona como la futura

columna vertebral de las penas; nuestra legislación ha seguido esta tendencia y esta expresamente considerado así, en la exposición de motivos de nuestro Código penal; sin embargo la pena de multa cuanto desarrollo puede tener en un país como el nuestro donde las propiedades muebles e inmueble son mayormente irregulares no existe una cultura de saneamiento propietario, donde es fácil ocultar caudales utilizando testafierros, y aun mas donde existe una álgida pobreza. En nuestra realidad la pena de multa no solo no es viable como en otros países sino que es fácilmente burlada, sólo basta mirar el porcentaje de reparaciones civiles pagadas en nuestro país, para ver que no es fácil ejecutar una reparación civil, entonces se debe de prever que la misma suerte corren las penas de multa.

En la actualidad, en nuestro país no se ha desarrollado adecuadamente la política criminal no se ha hecho un esfuerzo nacional para convocar, a los organismos integrantes del sistema penal nacional con la finalidad, en principio, de ubicar sus debilidades en el marco de política criminal y con este conocimiento plantear soluciones a estas debilidades y en forma programada buscar eliminar estas debilidades; buscando así un plan nacional de política criminal que busque combatir la delincuencia.

No es necesario llegar a criminalizar y sobrecriminalizar los delitos con la finalidad de combatir la criminalidad, es mejor elaborar un plan de política criminal con la finalidad de reducir la delincuencia, se debe comprometer a la mayoría de los organismos nacionales donde, desde la policía hasta el poder judicial pasando inclusive por las municipalidades, busquen en sus acciones priorizar o darle un sentido político criminal a sus decisiones; Iluminar adecuadamente los lugares propicios para la criminalidad ya es una acción de política criminal que logra que estos lugares ya no sean tan propicios para estos actos; eliminar lugares de expendio de bebidas alcohólicas que son centros de reunión de delincuentes es una decisión de política criminal. Las municipalidades deben de comprometerse a realizar este tipo de acciones para apoyar la lucha contra la criminalidad. Hacer sentir a la población que todo delito que se comete va a ser sancionado, es una decisión político criminal, pues al momento de motivarse, las personas para cometer o no un delito ya no consideraran, la probabilidad de no ser descubiertos o la posibilidad de poder evadir la sanción mediante actos de corrupción, como alicientes para cometer delitos, sino consideraran que si cometen un delito van a ser sancionados, logrando con esto que desistan de su intención delincencial.

El problema del sistema penal nacional, es tan complejo que su solución alberga a distintos organismos incluyendo las universidades como centros de formación, los medios de comunicación, como medios de difusión, concluyendo en los centros penitenciarios encargados de la función resocializadora de la pena; por lo tanto, es necesario un acuerdo nacional multisectorial, que busque elaborar un plan político criminal, implantar dicho plan y

controlar su evolución. No necesariamente creando un aparato burocrático sino simplemente una voluntad de colaboración multisectorial en la que mediante representantes se analicen estos temas, se elabore un plan respetando los caracteres de subsidiariedad y fragmentariedad, del Derecho penal y realizando acciones Político Criminales.

Para concluir debo manifestar que si bien se han elaborado distintas teorías sobre la función de la pena; considerando fines retributivos, preventivos y resociali-

zadores; Sin embargo, considero, que la función de la pena, fundamentalmente debe estar relacionada con la Política Criminal, pues su razón de ser, debe ser la lucha contra la criminalidad, convirtiéndose en un instrumento de disuasión, prevención y solo en casos extremos un instrumento de inocuización, aunque esto parezca contradictorio si pensamos que la función del derecho penal va a buscar eliminar uno de los contenidos del mismo derecho penal al buscar eliminar el delito, sin embargo creo que la vida adecuada en sociedad, debe ser el máximo fin del derecho penal.