

La función punitiva del Derecho Penal*

Por Miguel Alberto Trejo Escobar

1. INTRODUCCIÓN

Estas breves líneas se refieren al análisis de la función punitiva del Derecho Penal, la cual aparece vinculada y depende de la función que se le asigne a las principales consecuencias jurídicas del hecho punible: *penas* Art. 44 CP y *medidas de seguridad* Art. 93 CP, medios más característicos de la intervención punitiva estatal; pero, el análisis es parcial, pues está limitado únicamente al examen de los aspectos básicos de la pena, tales como: el concepto, origen, justificación, naturaleza, sentidos, todo ello en concordancia con lo regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico. El tema se caracteriza por una teorización de los puntos de vista filosóficos que consideran al Derecho Penal como un instrumento al servicio del *valor justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al *valor utilidad*. Desde una perspectiva

práctica, lo primero guarda una relación con la *moral*, mientras que lo segundo se vincula más con la *política social*.

2. CONCEPTO

La pena considerada como la sanción tradicional del delito, hoy en día, sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. Su concepto lo podemos abordar distinguiendo dos alcances posibles: uno *estricto* y otro *amplio*. El sentido *estricto* se infiere de la ley, basta deducir de algunas disposiciones de índole penal que: «*La pena es una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, prevista por la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo*».

Al realizar el desglose de ese concepto podemos observar que se caracteriza por la concurrencia de cuatro notas, a saber: (1ª) la pena

* La exposición es una síntesis del Capítulo I "Aspectos Básicos de la Pena", de mi obra *Teorías de la Pena: la función punitiva del Estado*, que en 2006 presenté como proyecto de investigación jurídica a la Escuela de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador.

priva o restringe derechos y bienes jurídicos, pues supone que se coarten de manera legítima derechos personales, por ejemplo: la libertad, con la pena de prisión (Art. 47 CP); el patrimonio, con la pena de multa (Art. 52 CP); los derechos de ciudadano, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta (Art. 58 N.º 1 CP); la suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad estén o no reglamentadas, con la pena accesoria de inhabilitación especial (Art. 59 N.º 1 CP), etc.; (2ª) la pena supone la existencia previa de un hecho punible (*nulla poena sine lege*), por tanto, sólo debe imponerse a causa de una infracción de una ley penal: *previsión legal de la conducta punible* (Art. 1 CP), que puede consistir en un delito o falta (especies del hecho punible, Art. 18 Inc. 1º CP); (3ª) la pena es el trasunto del ejercicio del Derecho Penal y de la autoridad jurisdiccional; por ello, debe ser impuesta por autoridades legalmente constituidas: Jueces de Sentencia y controlada por Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (Art. 62 Inc. 2º y 47 Inc. 2º CP; y 6 y 37 L. Pen.); y, (4ª) debe imponerse a la persona que inexcusablemente aparezca como responsable penalmente de un hecho punible (Art. 32 CP): a título de autor (directo, mediato o coautor, Arts. 33 y 34 CP) o de partícipe (instigador o cómplice, Arts. 35 y 36 CP).

La pena en sentido estricto se trata de una privación o restricción de bienes jurídicos y de derechos que alcanza al autor o partícipe con motivo de su participación criminal y en la medida del hecho punible cometido (Arts. 65, 66 y 68 CP). Pero, la pena no es la única consecuencia jurídica que se deriva de un hecho punible, aunque sí es la más importante. No es la única porque existen otras consecuencias, tales como: a) las *medidas de seguridad*, que pueden ser: de internación, de tratamiento médico ambulatorio y de vigilancia (Art. 93 y Sgts. CP); b) las *consecuencias civiles del delito*, por ejemplo: la restitución de las cosas, la reparación del daño, la indemnización a la víctima y las costas procesales (Art. 114 y Sgts. CP); y, c) las *consecuencias accesorias*, verbigracia: la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas con motivo del hecho; así como, el comiso de los objetos o instrumentos para cometer el delito (Art. 126 y Sgts. CP). Por consiguiente, cuando se alude a la totalidad de las consecuencias jurídicas que dimanen de un delito, entonces, teóricamente se habla de la *pena en sentido amplio*. Si bien está claro que las principales consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal moderno son las penas y las medidas de seguridad, desde una perspectiva amplia la pena abarca todas las consecuencias jurídico-

penales del hecho. Salvo, desde luego, las medidas de seguridad que se originan de la comisión de un ilícito o injusto penal atribuido a un sujeto inimputable (Art. 27 N.º 4 y 93 CP).

3. ORIGEN

En la génesis de la pena gravitan tres concepciones, tales son: la *iusprivatista*, la *teológica* y la *pública*. El origen de la pena aparece en la época en la que la *venganza privada* (concepción *iusprivatista* del Derecho Penal) se presenta como la primera forma de reacción por la comisión de un hecho punible. La venganza privada es, pues, la primigenia forma punitiva que se conoce; y en atención al sujeto que tomaba la iniciativa se bifurca en *venganza privada* y *venganza de la sangre*. Así, cuando la reacción era de la víctima, se habla de venganza privada; cuando era de los parientes, de venganza de la sangre. El paso del tiempo dio origen a una tercera forma: la *venganza colectiva*, reacción punitiva que pone ya no al individuo a título personal ni a la familia a que procure la venganza, sino a la tribu a que pertenece la víctima. La segunda concepción entrecruzaba la venganza privada con los actos simbólicos divinos para aplacar la ira de los Dioses ofendidos por el delito (concepción *teológica* o de la venganza divina del Derecho Penal). Las manifestaciones punitivas de los antiguos pueblos, y

aún la de algunos en la actualidad, aparecen mezcladas con aspectos religiosos, la justicia punitiva se ejercitaba en el nombre de Dios, representando una *justicia teocrática*. Conforme a ella la finalidad de la pena era: evitar los rigores de la venganza divina.

Finalmente, cuando aparece el Estado y este se apropia de la reacción punitiva monopolizándola nace la concepción *pública* del Derecho Penal, lo cual da origen a la pena pública. A partir de esta concepción la pena se ha convertido en uno de los medios de poder estatal más importantes. Al punto que en nuestro Derecho cuando se abusa de ese poder se pierde el sentido lógico de las normas punitivas y se llega al absurdo, verbigracia, el homicidio simple (Art. 128 CP) está sancionado con una pena de prisión de diez a veinte años, misma calidad y cantidad de pena está prevista para la proposición y conspiración de un secuestro (Art. 149-A CP), con el primero se protege la vida con el segundo la libertad, para la imposición de la pena al primero se exige la consumación para el segundo, ni siquiera un acto de ejecución o tentativa.

4. JUSTIFICACIÓN

A la pena se le otorga una triple justificación, a saber: la justificación jurídico-política; la justificación

psico-sociológica; y, la justificación ético-individual.

La justificación jurídico-política reside en su *necesidad para mantener el Orden Jurídico*, entendido como condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad. La pena, como expresión de la coacción jurídica, forma parte de toda comunidad basada en normas jurídicas. De lo contrario, el poder del Estado se aniquilaría por sí mismo, si no tuviera fuerza suficiente para sancionar las infracciones jurídicas más intolerables; pues, sin la pena el Ordenamiento Jurídico dejaría de ser coactivo y rebajado a una simple recomendación no vinculante. Si no hubiese pena la convivencia humana social sería imposible.

La justificación psico-sociológica está en que la pena es, además, *necesaria para satisfacer la sed de justicia de la comunidad*. Una

convivencia humana pacífica sería imposible, si el Estado se limitara simplemente a defenderse de los delitos cuya comisión fuera inminente y pretendiera, tanto de la víctima como de la generalidad, que aceptaran el delito cometido y vivieran con el delincuente como si no hubiera pasado nada. Las consecuencias de una tal actitud llevarían a que cada uno se tomara la justicia por su propia mano y, por consiguiente, al regreso de la venganza privada. "Mano blanca", "Escuadrones de la Muerte" y "Sombra Negra", son muestras de ello en nuestro entorno.

La justificación ético-individual se asienta en que la pena también es *necesaria en consideración al delincuente mismo*. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia fundamental de la persona como ente moral. Posibilitar la expiación como



actividad moral autónoma, aunque la mayoría de los delincuentes no lo hagan, es, por tanto, una tarea legítima del Estado.

Pero, más allá de esas justificaciones, es evidente que la pena se justifica en aquellos eventos en los cuales el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas menos radicales.

5. NATURALEZA

La pena es un *juicio de desvalor ético-social de carácter público* que recae sobre el delincuente por haber cometido un hecho punible. La pena tiene un acento negativo y por ello siempre la esencia de un mal. El mal que toda pena supone consiste en una injerencia en la esfera jurídica del condenado que afecta, según hemos dicho, bienes jurídicos, por ejemplo, la *libertad*, con la pena de prisión, Art. 47 CP, el arresto de fin de semana, Art. 49 CP o el arresto domiciliario, Art. 50 CP; el *patrimonio*, con la pena de multa, Arts. 51 y Sgts. CP; *derechos* de la persona, con las inhabilitaciones, Art. 46 CP. Negarle el carácter de mal a la pena equivaldría a ignorar el concepto mismo de pena. Hasta el momento no ha podido ningún Estado renunciar a la pena como imposición de un mal para garantizar el Orden Jurídico. En un Estado de

Derecho, en el que los ciudadanos también participan en el poder estatal, la coacción jurídica sólo puede existir por la vía de la pena, porque sólo ella se dirige a las personas como «*entes racionales*». Pero, las penas tienen que ser necesarias y proporcionales al desvalor de la acción y del resultado.

6. SENTIDOS

Aquí se trata de saber el significado que puede y debe tener el acto de castigar frente al condenado y a la sociedad. Las ideas básicas del sentido de la pena son dos: a) la *retribución* (Teorías Absolutas), cuyo punto de referencia es la *culpabilidad*; y, b) la *prevención* (Teorías Relativas), cuyo punto de referencia es la *peligrosidad*. Sin embargo, la mixtificación de las dos ideas básicas no sólo es posible, sino que ha originado un tercer significado *mixto* que, por lo demás, goza en la actualidad de gran aceptación en la doctrina.

El *sentido tradicional* de la pena es la idea de la *retribución*: una reacción cargada de fuertes connotaciones emotivas y puramente negativa hacia el delito. Con esta idea *-retribución-* se mira al pasado (al delito ya cometido) y se procura conseguir con la imposición de la pena una reparación de la infracción realizada. Con este sentido se prescinde totalmente de la idea del

fin que se busca con la pena. Su sentido retributivo radica en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y determina el sentido de la pena.

Pero, hoy en día, el concepto de retribución ha cambiado. Retribución quiere decir que la pena sea *proporcional* al delito. La retribución, por lo tanto, no tiene nada que ver con la venganza, es un principio proporcional (Art. 5 CP). De acuerdo con esa idea, el delito cometido es *causa y medida* de la pena (Art. 63 CP). Ahora bien, la idea de retribución se apoya en tres presupuestos: a) El primero es que la facultad del Estado de dar al culpable con la pena aquello que se merece, sólo se justifica, si se reconoce la *superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente* y, por consiguiente, la necesidad social de la pena (Arts. 246 Inc. 2º y 14 Cn); b) El segundo es que exista *culpabilidad* y que ésta pueda ser *graduada* de acuerdo con su gravedad (Arts. 12 Inc. 1º Cn, 4 y 5 CP); y, c) En tercer lugar *concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena* de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad (Art. 63 CP).

El sentido tradicional de la idea de prevención pone interés en la *peligrosidad* del autor y la *disposición* criminal latente en la comunidad. El delincuente no recibe lo que merece

por su culpabilidad, sino lo que necesita para su resocialización. Según la idea de prevención, la pena es un medio para prevenir futuros delitos (Art. 27 Inc. 3.º Cn). Con la idea *—prevención—* se mira al futuro (al peligro de que se cometan nuevos delitos por el mismo delincuente o por otros) y se pretende intervenir sobre el delincuente *—de manera especial—* y sobre la comunidad *—en forma general—* para evitar futuros hechos punibles. La prevención parte también de tres supuestos: a) El primero es la posibilidad de poder hacer, con la suficiente seguridad, *un pronóstico del comportamiento humano futuro*; b) El segundo es que *la pena se adecue a la peligrosidad* con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable el resultado preventivo; y, c) El tercero es que a través de los elementos de intimidación que hay en la pena y especialmente a través de la labor socio-pedagógica durante la ejecución de la misma, puede ser combatida eficazmente *la tendencia a la criminalidad* que hay no sólo en los jóvenes, sino también en los adultos.

Desde el punto de vista de la prevención, *la eficacia de la pena puede ser doble*: a) Cuando el resultado de la prevención incide en la totalidad de los ciudadanos, se habla de *prevención general*. A través de la conminación penal abstracta contenida en la ley y de la condena concreta del culpable, que demuestra que el Estado pretende aplicar en serio la

amenaza penal, debe impedirse la comisión de delitos y conseguirse esa aversión moral hacia él. No puede decirse que todo hecho punible cometido demuestre la ineficacia de la prevención general del Derecho Penal, pues, si no se castigaran los delitos, se cometerían, sin duda, muchos más de los que se cometen; y, b) Mientras que la prevención general aspira a prevenir el delito en la comunidad, la *prevención especial* se dirige al condenado mismo, que, a través de la lección que recibe con la pena, debe ser apartado de futuros yerros y educado para que se adapte a la comunidad. Si la pena privativa de libertad llega a ejecutarse, su cumplimiento debe estar inspirado por la imagen rectora de la *resocialización*.

Tras el sentido retributivo y preventivo de la pena existe una postura intermedia que pretende unir ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales. Por tal motivo ha sido denominada como *teoría mixta o de la unión*. En este sentido, la pena sirve para evitar acciones punibles en el futuro a través de la justa retribución de la infracción cometida en el pasado. Retribución y prevención no son, pues, desde este punto de vista, polos opuestos irreconciliables. Es posible una unificación de manera

que la pena no se agote en sí misma, sino que comine y aplique con el fin de proteger a la sociedad de futuros delitos. La pena, bajo el sentido mixto, es más bien un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes fines en cada uno de los momentos en que aparece. Así: a) El momento de la *amenaza* penal, cuando el legislador prohíbe la conducta amenazándola con una pena en abstracto, aquí es decisiva la idea de prevención general, pues la amenaza recae en todos los miembros de la comunidad para que se abstengan de cometer la conducta prohibida; b) El momento de su *aplicación*, cuando a pesar de esa amenaza se comete el hecho prohibido, entonces al autor se le aplica la pena prevista por ese hecho, pero de manera concreta, predomina aquí, en este momento, la idea de retribución; y, c) Por último, el momento de la *ejecución*, es decir, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, por lo que en este momento debe perseguirse la readaptación del delincuente.

7. LA PENA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Lo que hasta aquí se ha dicho de la pena hay que confrontarlo con lo estipulado en los cuerpos legales que la regulan en nuestro Derecho *—la Constitución, la Ley Penitenciaria*

y el mismo Código Penal—, para aproximarnos a la comprensión de la función y fin que se le asigna a la misma en nuestro Orden Jurídico. En el Código Penal se echa de menos una referencia expresa a los fines de la pena, no ocurre lo mismo en la Constitución y Ley Penitenciaria, en el inciso 3° del Art. 27 Cn, dice: *“El Estado organizará los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formales hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”*.

En la Ley Penitenciaria hay dos referencias, el Art. 2 dispone: *“Finalidad de la ejecución. La ejecución de la pena deberá proporcionar al condenado condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad”*; a su vez, en el Inc. 1° del Art. 3 se dice: *“Función de las instituciones penitenciarias. Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente Ley, tienen por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos...”*.

Tomando como premisas esas disposiciones y las que en el contexto de este estudio hemos citado, es posible colegir que el concepto de la pena de la teoría mixta es concordante con el concepto de pena acogido por el

Derecho Penal Salvadoreño vigente, por las razones siguientes:

En primer lugar, en el Código Penal, catálogo por excelencia del aspecto preventivo general, se conmina de manera abstracta y general, y dentro de un espacio de juego entre un mínimo y un máximo indicado en cada tipo penal de la Parte Especial, la pena que se asigna a cada conducta que se pretende evitar. Ahora bien, aun cuando la prevención general no se menciona expresamente en el Código, ésta es deducible del Ordenamiento Jurídico punitivo, en el cual está implícito que el efecto intimidatorio de la pena es un fin evidente de la misma desde el punto de vista preventivo general;

En segundo lugar, por cuanto el Art. 5 Inc. 1° CP, al regular el principio de necesidad, determina, entre otros, que las penas sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado, y en el Art. 63 Inc. 1° CP, se hace de la culpabilidad el fundamento proporcional en la determinación de la pena que deba imponerse al autor de un hecho punible;

En tercer lugar, porque en los Arts. 85 N.º 2 y 86 CP, que regulan, en general, la libertad condicional, se exige expresamente, entre otros requisitos, la consideración de los efectos resocializadores que ha producido la pena durante su

cumplimiento, tales como haber observado buena conducta o haber desarrollado actividades laborales, culturales, ocupacionales, etc. que favorezcan la *«reinserción social»*, con lo cual se determina lo que cabe esperar para la vida futura del delincuente en la sociedad.

En cuarto lugar, no puede ignorarse que el Código Penal, en coherencia con el postulado constitucional resocializador (Art. 27 Inc. 3° Cn), contiene una tendencia predominante hacia los efectos preventivos de la pena. En efecto, la tendencia hacia la prevención, concretamente hacia la prevención especial ha sido consecuente con criterios político-criminales contemporáneos y diseminados en el Código en varias de sus disposiciones. Así, por ejemplo: a) la pena privativa de libertad unitaria (Art. 47); b) la limitación a no ejecutar y, en su caso, reemplazar las penas cortas privativas de libertad (Arts. 74 y 75), pues éstas desde el punto de vista educacional son ineficaces y perjudiciales para el condenado; c) la genérica agravación en caso de reincidencia (Art. 30 número 16); d) la generosa configuración de la suspensión condicional —ordinaria y extraordinaria— de la pena (Arts. 77, 78 y 84), cuya finalidad no es la de dejar, por razones de prevención general o especial, sin reacción estatal un delito cometido, sino la de no aplicar la pena al delincuente para evitarle el mal que ésta lleva implícito, mientras que se mantiene con intensidad suficiente la

eficacia preventiva general que suponen la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de la condena, a las que se acompañan determinadas obligaciones; e) la libertad condicional –regular o anticipada– (Arts. 85 y 86); f) la inclusión del perdón judicial (Arts. 82 y 372); y, g) por último, la existencia de un catálogo de penas distintas a la pena de prisión, por ejemplo: arresto de fin de semana (Art. 49); arresto domiciliario (Art. 50); multa y modificación de la misma (Arts. 51, 53 y 54); prestación de trabajos de utilidad pública (Art. 55); amonestación previa al perdón judicial en los juicios por faltas (Art. 372), etc.

Queda constatada así la idea básica del sistema de Justicia Penal salvadoreño es una relación equilibrada entre prevención general, retribución de la culpabilidad y prevención especial, en atención a una función distinta en cada fase de realización del poder punitivo del Estado. En la fase legislativa, a nivel de conminación penal, tiene una función preventiva general; en la fase judicial, esto es, en el momento de la aplicación y determinación de la pena a imponer al autor de un hecho punible, esa función preventiva general se limita con el criterio retributivo basado en la culpabilidad; y en la fase de ejecución se pretende, junto a la confirmación de la intimidación general que supone el cum-

plimiento efectivo de la pena con que se amenaza en el tipo penal, la intimidación particular y el aseguramiento del condenado de su resocialización.

8. CONCLUSIÓN

La pena es una privación de bienes jurídicos y de derechos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo. El que tenga que estar prevista en la ley, y el que su imposición se efectúe por la jurisdicción competente, no son sino garantías derivadas del Estado de Derecho en cuyo marco debe ser considerada. La justificación (por qué se castiga) y sentido de la pena (para qué se castiga), es una cuestión que desde la antigüedad ha merecido diferentes respuestas que se han sistematizado en tres grupos: las *teorías absolutas*, que consideran únicamente el delito cometido como parámetro retributivo (*punitur, quia peccatum est = se pena porque se ha delinquido*), las *teorías relativas*, que miran en la imposición de una pena la finalidad de prevenir delitos futuros (*punitur ne peccetur = se pena para que no se delinca*) y las *teorías mixtas*, que combinan y armonizan la antinomia entre pena no dirigida al fin (principio de justicia) y pena con miras al fin (principio de utilidad). La prevención general entendida como intimidación,

prevención general negativa, pretende intimidar a aquellos sujetos que están dispuestos a cometer delitos. Sin embargo, existen personas con tendencia a la criminalidad que poco o nada les afecta la “*intimidación*” como tampoco la magnitud de la pena, a éstos les afecta el “*riesgo de ser atrapados*”. De esto se concluye que no es la “*inflación punitiva*”, ni los planes “*mano dura*”, ni las leyes especiales, ni los “*jueces blindados*”, lo que atemorizará al delincuente, sino una intensificación y efectiva capacidad de la investigación policial y la subsecuente y profesional persecución penal por parte de la Fiscalía lo que puede tener éxito en la prevención general. Esto por una razón elemental: la policía tiene asignada la tarea amplia y compleja de garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad, que se asocia a la prevención de crímenes; pero, cuando éstos ocurren debe cumplir con su responsabilidad ante la comunidad, investigando de inmediato el incidente específico bajo la dirección de la Fiscalía General de la República, a fin de que ésta pueda llevar a quien lo cometió ante un Tribunal, para que responda de su comportamiento (Arts. 159 Inc. 3º y 193 Nº 3º Cn). Es que las eficientes investigaciones, descubrimiento y arresto de los criminales, sirve como preventivo de otros crímenes.