

## ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LAS PENAS

Ulises SCHMILL

SUMARIO: I. *Posibles concepciones de una teoría sobre las penas.* II. *Teorías para racionalizar las penas.* III. *Kelsen y las interiorizaciones semánticas.*

### I. POSIBLES CONCEPCIONES DE UNA TEORÍA SOBRE LAS PENAS

Podemos distinguir cuatro posibles concepciones determinantes de una teoría sobre las penas, a saber: descriptiva, sociológica, legitimadora y filosófica de las penas.

La primera, la concepción *descriptiva* de las penas tiene por objeto determinar el concepto de la pena dentro de un ordenamiento jurídico positivo, exponiendo el sentido y la connotación de las palabras usadas en las normas jurídicas y la extensión de los actos que las ejecutan. Se trata de una labor propia de la jurisprudencia dogmática de un derecho positivo en particular.

La segunda, la concepción *sociológica* de las penas, analiza los problemas relativos a las fuentes reales de las normas, *i.e.*, a las causas o razones por las que el legislador ha promulgado normas que determinan ciertas penas y los efectos que producen, individual y colectivamente, la imposición de las mismas. Es una teoría empírica y con carácter causal relativa a la conducta legisladora de las penas y a los efectos de su aplicación.

La tercera, la concepción *legitimadora* o valorativa de las penas, consiste en argumentos que legitiman su legislación y aplicación, entendiendo por “legitimar” la exposición de razonamientos para conseguir la aceptación por diversas personas del contenido de las normas sancionadoras y su aplicación a casos concretos.<sup>1</sup> Se trata de una labor valorativa en sentido positivo, estando dentro de lo que Hart denomina “punto de vista inter-

<sup>1</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

no”.<sup>2</sup> Esto va acompañado, generalmente, de posturas críticas respecto de las normas positivas y, en ocasiones, posturas de *lege ferenda*.

La cuarta, la concepción *filosófica* de las penas, tiene por objeto sacar a la luz los conceptos implícitos o presupuestos por los creadores y aplicadores de las penas, que han determinado su legislación y ejecución, siempre y cuando no sean conceptos legitimadores de las penas.

## II. TEORÍAS PARA RACIONALIZAR LAS PENAS

Puede decirse de manera esquemática, que existen dos teorías fundamentales que se han presentado para racionalizar las penas y, con ello, en varias ocasiones, para justificarlas. Estas son: 1. La teoría retributiva y 2. La teoría utilitarista.

En Occidente tenemos la fortuna de contar con un texto extraordinario en el que, por vez primera, por medio del relato de un acontecimiento histórico, se ilustra de manera paradigmática las dos teorías sobre las penas que se han mencionado. Muchas veces resulta conveniente ilustrar con imágenes intuitivas algunos de los conceptos, para adquirir claridad sobre ellos. Esto es lo que haremos a continuación. En su gran obra *La guerra del Peloponeso*, Tucídides relata con minuciosidad la rebelión de la ciudad de Mitilene, la más grande de la isla de Lesbos, minuciosidad debida, con toda probabilidad, a la importancia conceptual del debate que se presentó en la asamblea ateniense al revisar una sentencia que dicha asamblea había dictado en contra de toda la población de Mitilene, que de ejecutarse podría considerarse uno de los primeros casos de lo que en tiempos modernos se denomina “genocidio”. Para comprender la importancia del debate sobre Mitilene es conveniente relatar brevemente algunos antecedentes históricos.

La rebelión de Mitilene en contra de Atenas tuvo lugar en el año 428 a. C., en el cuarto año posterior al del inicio de la guerra entre Atenas y Esparta. Atenas era la potencia hegemónica en la Confederación de Delos, a la que transformó en un imperio marítimo. La finalidad fundamental de la Confederación era la protección de los griegos ante los posibles ataques de los persas. Atenas había sufrido varios reveses y calamidades,

<sup>2</sup> Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

no siendo la menor la muerte de Pericles (429 a. C.), se encontraba en el cuarto año de la guerra en lo que podríamos denominar una situación límite, debido fundamentalmente a las incursiones en el suelo ateniense del ejército espartano y a la peste que asoló a la población.

Mitilene, se rebeló contra Atenas en esos momentos de gran crisis, en connivencia con Esparta, la gran enemiga de Atenas, esperando obtener con ello la oportunidad de que la gran mayoría de las ciudades-Estado que formaban el imperio, produjeran la secesión del mismo, destruyéndolo. Es importante señalar que Mitilene gozaba de una situación privilegiada dentro del imperio ateniense, pues no estaba obligada a pagar tributo alguno, tenía su propia flota y era autónoma en lo que se refería a sus asuntos internos.

No voy a cansarlos relatando las incidencias de cómo los atenienses lograron sofocar esta rebelión, pero una vez que lo hicieron la asamblea ateniense votó una resolución en la que se ordenaba que se matara a toda la población masculina adulta de Mitilene y se vendieran como esclavos en el imperio a la totalidad de los infantes y de las mujeres, para lo cual despacharon una nave con el fin de que se comunicara esa decisión al comandante del ejército ateniense en Lesbos para de que se ejecutara.

La drasticidad de la pena impuesta a la población de Mitilene movió a los magistrados, a instancias de los embajadores mitilenios en Atenas y de sus partidarios, a convocar para el día siguiente otra asamblea cuyo objeto sería revisar la sentencia dictada.

El debate es relatado por Tucídides por medio de las intervenciones de dos personajes: Cleón, el más violento de los ciudadanos, sucesor de Pericles y Diódoto, un personaje, probablemente sofista, del que no se tienen mayores datos.

1. *Cleón representa a la posición retributiva y la justifica de la siguiente manera:*

a. Para que el argumento a favor de la sentencia sancionadora pudiera ser efectivo, debía presentar la situación límite en la que se encontraba Atenas, derivada de las incursiones espartanas en los campos atenienses, destruyendo su agricultura, y los horrores de la extensión de la peste dentro de las murallas que conectaban la ciudad de Atenas con el puerto del Pireo, es decir, debía presentar la situación límite en la que se encontraba

la víctima. Para ello, dice que el “imperio es una tiranía sobre gentes que urden intrigas y están dominadas contra su voluntad”, “...si cometéis un error en algo persuadidos por las palabras o cedéis a la compasión, no os viene al pensamiento de que esa blandura es peligrosa para vosotros mismos y no os vale el agradecimiento de aquéllos” (III, 37).

b. Igualmente debería describir al sujeto sancionado teñido con los colores más oscuros, señalando su maldad y malevolencia, aprovechando la situación de la víctima para consumir su conducta reprobable. Para ello, utiliza los conceptos de “insurrección”, en donde hay una causa justificada para rebelarse y el de “defección” en donde sólo hay agravantes para el victimario. Dice que tiene “conmiseración por los que se sublevaron por no poder soportar” el imperio y han padecido alguna violencia. Los mitilenios ...vivían con sus leyes propias y eran honrados más que nadie por nosotros, ¿qué han hecho unas gentes así más que una defección de nosotros y no una insurrección —pues la palabra insurrección se aplica a los que han padecido alguna violencia—, y que intentan perdernos alineándose junto a nuestros enemigos más encarnizados? (III, 39).

c. Debería demostrar que la pena impuesta se encontraba en una relación de proporcionalidad con la gravedad del acto sancionado. Dice: “Sean castigados ahora en proporción a su crimen” (III, 39).

Este es el principio de retribución. Que el castigo imponga al delincuente un sufrimiento igual al causado a su víctima. Ojo por ojo y diente por diente, como lo formula la Biblia. La retribución encuentra su fundamento en el principio de la igualdad, que es una manifestación del amor a sí mismo. Por ello, en la retribución el egoísmo expone su horrible cara: si  $x$  ha sufrido un daño por parte de  $y$ , entonces  $Y$  está, en ese respecto, en relación con  $x$ . El interés de  $x$  es que  $y$  sufra, por lo menos, lo mismo que él ha sufrido.

d. Un elemento de gran trascendencia introduce Cleón en su alegato, al decir: “pues no nos causaron daño sin querer, sino que conspiraron con plena conciencia, y sólo es perdonable lo involuntario” (III, 40).

La conducta del infractor ha sido entendida como el resultado de una deliberación consciente, con la finalidad de hacer daño al pueblo ateniese, cuando éste se encontraba en una situación penosa y dramática. El infractor pudo haberse conducido de otra manera, si no hubiera sido por su malevolencia o malignidad, por su ambición, que lo indujo a aprovecharse de una situación ventajosa para sus intereses. Su conducta es reprocha-

ble, pues no debió haber actuado como lo hizo, realizando el acto constitutivo del delito. Esto muestra que el concepto de la culpabilidad sirve y ha servido, en muchas ocasiones, para justificar al poderoso en la imposición de las penas graves e irreparables. Constituye el concepto fundamental de la ideología justificadora del poderoso por lo que respecta a su conducta coactiva. Con el juicio de la culpa entendida como reproche se introduce en la fundamentación justificadora de la pena, un elemento de carácter moral, con lo que se evita, de modo muy satisfactorio, todo conflicto entre el orden normativo del derecho y el de la moral, lo cual es muy tranquilizante anímicamente.

e. Si la conducta es el resultado de la operancia de los resortes de la voluntad o del querer libre, entonces no hay nada que mueva a la voluntad, nada que la condicione. Ella es libre y, por tanto, no hay causa que la determine. Por ello, puede decirse, bajo este supuesto, que el hombre al que se le juzga como delincuente, pudo haber actuado de otra manera, si su voluntad no estuviera manchada con la tinta de la malignidad. Entonces, sólo se comprende la conducta con el enunciado “quiso realizar la conducta”, poniendo como causa de ella el factor interno independiente de la libertad de la voluntad. Esto es postular la inexplicabilidad de la conducta, puesto que con ello se renuncia a investigar los acontecimientos presentes o pasados que han operado para que el hombre actualmente se conduzca como lo hace. Se niega y se considera imposible, en consecuencia, a la psicología como ciencia causal explicativa de la conducta, así como a la sociología y las demás ciencias que tienen por objeto la explicación causal de la conducta humana. La finalidad de la ficción de la libertad de la voluntad es la de justificar o legitimar al poderoso en su conducta sancionadora.

f. El concepto de la libertad de la voluntad es contradictorio, pues tendría que afirmarse que la pena no puede tener finalidad alguna en beneficio de la sociedad o de los otros hombres, pues se tendría que concluir que la pena sufrida por el delincuente no puede influir sobre su voluntad libre, contradiciendo la función misma de las normas jurídicas. Una voluntad libre es un acontecimiento separado de la cadena causal, un hueco en las determinaciones causales. Las tesis de la prevención, de la readaptación del delincuente, simplemente tendrían que desecharse por inútiles para determinar la conducta del hombre. Si se dijera que el pensamiento puede influir en la voluntad estaríamos jugando con una parafernalia más

compleja que la de la psicología de Freud, inventando, como dice Gilbert Ryle,<sup>3</sup> secundado por Skinner,<sup>4</sup> un complicado fantasma dentro de la máquina.

2. *En contraposición, Diódoto, hijo de Éucrates, afirma una posición utilitarista y empírica.*

a. En primer término, se pregunta cuáles son las causas que determinan la conducta y, por tanto, cuáles son los factores que producen la ineficacia del orden coactivo, a pesar del uso irrestricto de las más graves sanciones. Dice:

...sino que la pobreza inspirando audacia por efecto de la necesidad, la riqueza inspirando deseo de abusar y orgullo por efecto de la insolencia, y las circunstancias de la vida encendiendo las diferentes pasiones de los hombres según el vicio incurable e irresistible por el que cada uno es dominado, arrastran a los peligros. También causan siempre grandes daños la esperanza y el deseo; la primera viene delante y el segundo detrás; éste proyecta la empresa y ella hace acordarse de la benignidad de la fortuna; y aunque son cosas que no se ven, tienen más fuerza que los peligros manifiestos (III, 45).

Diódoto, en resumen, afirma que los infractores ejecutan las conductas delictivas para satisfacer sus necesidades de carácter biológico o social. La conducta se encuentra conformada por los resultados satisfactorios que se obtienen de su realización. Podemos decir que, como la aplicación de las penas no es consecuencia inmediata de la realización de la conducta delictiva, ésta se lleva a cabo con base en un deseo y una doble esperanza: el deseo de obtener algún bien o privarse de una necesidad, esperando obtener estas consecuencias, y la segunda esperanza de no tener que sufrir la imposición del sufrimiento connatural a las penas. Por ello, las leyes y los códigos tienen poca influencia en la conformación de la conducta. En el tráfico diario de la vida, en la que el hombre se comporta como una máquina que siempre tiende a obtener placer o evitar el dolor, es muy improbable que entren en operación las normas punitivas y su casi inexistente aplicación. La luz del deseo y de la doble espe-

3 Ryle, Gilbert, *The Concept of Mind*, Penguin Books, 1968.

4 Skinner, B. F., *Ciencia y conducta humana*, Barcelona, Fontanella, 1969.

ranza, ciega la mirada del sujeto a los improbables inconvenientes del posible castigo futuro. Los costos de cumplir con las normas, con objeto de evitar la aplicación de las sanciones, son superiores a los que se incurre para evitar que sea descubierto, aprehendido y sentenciado. El obligado por una norma tiene puesto su interés en el incumplimiento reforzante de la obligación

Todo esto supone que la conducta se encuentra determinada y condicionada por múltiples factores y elementos, uno de los cuales puede ser la aplicación de una pena y, por tanto, la conducta es explicable. Se está en una posición teórica completamente opuesta a la de Cleón, o del juez que no conoce las causas de la conducta del delincuente y, por tanto, afirma su culpa afirmando que pudo haber actuado de otra manera a como lo hizo, con base en la tesis de la libertad de la voluntad. Es la tesis de la comprensión o explicación frente a la tesis de la culpa e inexplicabilidad de la conducta.

b. En un párrafo muy elocuente, Tucídides introduce lo que he denominado “penas relativas” y “penas absolutas”:

Considerad que ahora, si una ciudad que hace defección se da cuenta de que no va a triunfar, puede llegar a un acuerdo de paz cuando aún puede pagar los gastos ocasionados y satisfacer el tributo en el futuro; pero en aquel otro caso, ¿quién creéis que va a dejar de hacer sus preparativos para la lucha mejor que ahora, y de resistir el asedio hasta el fin, si igual da entregarse pronto que tarde? ¿Y no es para nosotros un perjuicio el hacer gastos en el asedio por la imposibilidad de un acuerdo y, si conquistamos la ciudad por la fuerza, encontrárnosla destruida y vernos privados en el futuro de los ingresos procedentes de ella? (III, 46).

El punto de vista determinante es la utilidad del poderoso. Es posible y quizá plausible afirmar que sólo existe una teoría racional de justificación de la pena, que es de carácter utilitarista, con varias modalidades: el que mantiene una postura retributiva tiene también frente a sí la utilidad derivada de la satisfacción de ver al infractor sufrir las mismas penas y dolores que éste a infligido a su víctima. Pero hay otro tipo de utilidades, como la prevista por Diódoto, que no está basada en la utilidad vicaria de la venganza, profundamente satisfactoria, sino en el análisis de las consecuencias favorables que otro tipo de penas puede generar. Diódoto las describe y enfatiza los males de intransigencia que generan las penas absolutas, mientras que considera adecuadas las penas que no colocan al

victimario en una situación límite, en la medida que permiten la posibilidad de reparar el daño causado y convenir las conductas más favorables para la víctima o el Estado, representando a la colectividad. La pena absoluta es aquella que no permite al infractor reparar el daño y que lo colocan en una situación límite. Por situación límite entiendo la que restringe de tal manera la posibilidad de acción de un sujeto que lo determina a ejecutar conductas de tal naturaleza extremas que normalmente no realizaría, para escapar de dicha situación. Estos conceptos son relativos. Cuando se intenta aplicar una pena absoluta, el infractor tomará las medidas que sean necesarias para que dicha pena no le sea impuesta, medidas que pueden tener un costo altísimo y recurrirá a cuantos artificios encuentre o imagine para conseguir la ineficacia de la norma.

c. Esta posición no es contradictoria con el sentido del orden jurídico. Si se niega la libertad de la voluntad se abre el camino para comprender que las penas motivan la conducta. Todo el derecho positivo sería inútil, pues no podría tener influencia alguna en las motivaciones de los hombres las sanciones y las penas dispuestas por él. Dejaría de ser una técnica social para motivar la conducta humana.

No en vano ya Protágoras, el gran sofista, amigo de Pericles, había dicho en relación con la operancia causal de las penas:

Al castigar a los malhechores, nadie se fija en el hecho de que un hombre haya obrado mal en el pasado, ni lo castiga por ello, a menos que tome una venganza ciega e irracional como una bestia. No, un hombre racional no inflige un castigo por el crimen que ha cometido (a fin de cuentas no se puede destruir el pasado), sino con vistas al futuro, para impedir que, este mismo hombre o cualquier otro, por la consideración del castigo, pueda obrar mal de nuevo. Pero sostener tal opinión equivale a sostener que la virtud puede ser inculcada por la educación; en cualquier caso el castigo se inflige a efectos disuasorios (intimidación). (Platón. Protágoras: 324 b).

En el mismo sentido se expresa César Bonesano, marqués de Beccaria, muy probablemente copiando la tesis de Protágoras, pues llega a afirmar, en concordancia con éste, que el castigo no se impone por lo que se ha hecho, pues el pasado no puede cambiarse, sino con miras en el futuro. Dice así:

...el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido... ¿Se podrá abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos?, ¿los alaridos de un infeliz

revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

Una consecuencia importante es que las penas relativas son mejores que las penas absolutas, por varias razones: supone la negación del libre albedrío y, por tanto, se encuentra en armonía conceptual con la existencia de las sanciones motivadoras en el derecho; a) produce la reparación del daño causado, en la medida en que esto es posible, por medio de acuerdos y sanciones benéficas para el Estado y la comunidad, y b) las consecuencias que su imposición produce no son extremas ni irreparables.

### III. KELSEN Y LAS INTERIORIZACIONES SEMÁNTICAS

Como ejemplo de una concepción estrictamente filosófica sobre las penas, debemos mencionar la teoría de Kelsen, que se ha ocupado en desentrañar y sacar a la luz de consideraciones explícitas, los supuestos de una concepción de las penas como parte integrante de una teoría sobre las normas positivas.

El concepto de sanción figura en su concepción del derecho y la pena es una de las sanciones, no la única, pero sí muy importante por la gravedad que entraña para los intereses de las personas. Concibe al derecho como un conjunto de normas de carácter coactivo. El derecho es un orden coactivo de la conducta humana. En esta afirmación se encuentra contenido el producto más importante de su metodología. La frase es inocente, pero entraña un procedimiento conceptual que he encontrado en su teoría, procedimiento o metodología que nunca explicitó, pero que puede encontrarse contenida en todas sus afirmaciones.

En su libro *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*<sup>5</sup> critica el concepto de la norma jurídica como un imperativo. Todos los autores,

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, trad. de Wenceslao Roces., notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, México, Porrúa, 1987.

quizá con excepción de Bentham,<sup>6</sup> que no era conocido por Kelsen en el año de 1911 cuando fue publicado su libro, concebían al derecho formado por imperativos que establecían la conducta obligatoria, la cual tenía esta cualidad de obligatoriedad, en unos casos, por su legitimación moral, como hacían los *iusnaturalistas* y, en otros casos, por su relación extrínseca con el castigo que podría imponer el Estado. El imperativo del derecho se encontraba en relación con la coacción ejercida por el Estado para el caso de incumplimiento de la obligación, por violación del derecho. El Estado era concebido como una organización de poder encargada de sancionar las violaciones al derecho. No en balde se hablaba de “antijuridicidad”, de algo contrario al derecho, de una conducta violatoria del derecho, sancionada por el Estado con una pena.

Kelsen produce una revolución en el pensamiento jurídico cuando la sanción externa del Estado la introduce en el contenido de la norma jurídica, dando al traste con la concepción imperativista de las normas jurídicas. Las proposiciones jurídicas ya no revisten la forma de un imperativo, sino que tiene la estructura de un enunciado condicional en el que, en su consecuencia, se dispone el ejercicio de un acto coactivo y en su condición o antecedente, la descripción de la conducta antes llamada antijurídica o ilícita. Con ello, la norma jurídica contiene dentro de su contenido y estructura los elementos que determinan la motivación fundamental jurídica: la sanción estatal. Si la norma contiene en su consecuencia la sanción estatal es claro que el destinatario de la misma es el órgano del Estado encargado de la individualización de la sanción establecida de modo general en la ley y de su ejecución. Por tanto, el contenido esencial del derecho es la facultad del órgano del Estado de imponer y ejecutar actos coactivos contra tercera personas cuando han comprobado la realización de las conductas descritas en la condición de la proposición jurídica. Por tanto, las penas y las sanciones son partes del orden jurídico, son los elementos fundamentales de las normas, con arreglo a los cuales se dejan ordenar y concebir los demás elementos del derecho. No hay sanciones fuera de las normas jurídicas. Por lo tanto, el concepto de las sancio-

<sup>6</sup> Bentham, Jeremy, Hart, H. L. A. (edit.), *Of Laws in General*, The Athlone Press, 1970.

nes y las penas es el concepto central del derecho, determina el concepto del derecho.

Esto podrá ser insatisfactorio desde el punto de vista de una pretensión de fundamentación legitimadora de las penas, lo que Kelsen no hace. Pero permite la construcción de una teoría sobre el derecho libre de valoraciones y aspiraciones subjetivas.