

Apuntes de Derecho Penal

Apuntes elaborados por Andrés Valenzuela Donoso

Nota: Estos apuntes fueron redactados como simples guías para la realización de las clases y por tanto no resultan suficientes como bibliografía del curso, los que además pueden tener ciertos errores referenciales.

Teoría de la Pena y la Reacción Estatal

1.- Reacción Estatal.

La forma en la cual el Estado reacciona ante los hechos que revisten caracteres de delito, seleccionados en virtud del derecho penal subjetivo, en el régimen chileno es la **pena penal** y las **medidas de seguridad y corrección**.

Es por ello que se dice que el sistema penal chileno, como muchos otros, es de DOBLE VÍA, esto es, de penas para el culpable y medidas de seguridad para aquel que si bien no es imputable, es susceptible de resocialización. En principio el Código Penal poco y nada señala respecto de las medidas de seguridad. Sin embargo, el CPP actual contiene un título completo relativo a las medidas de seguridad con lo que se potencia este sistema de reacción de doble vía.

Sin embargo, principalmente por motivos presupuestarios, la aplicación de medidas de seguridad no es muy utilizada. Eso, sumado a ciertas críticas debido a la etiquetamiento de sujetos como peligrosos y a la aplicación obviando el principio de culpabilidad y de proporcionalidad, no siendo en principio susceptible de más limitación que la peligrosidad del sujeto, ha hecho que la principal forma de reacción del Estado ante los hechos delictivos sigue siendo la pena penal.

2.- Concepto de Pena.

"La Pena Penal es un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos a que la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado." Enrique Cury

-Es un mal: La consecuencia que sufre el afectado por la pena es algo malo. Sin embargo, este mal, dependiendo de la teoría que se tenga de la pena puede ser a la vez beneficioso para el reo o no.

-Privación o disminución de un bien jurídico: El mal a que se refiere la pena penal consiste en la disminución o merma de un bien jurídico determinado. No siempre es el mismo bien jurídico el que se afecta. En algunos casos

puede ser la libertad ambulatoria, en otros el patrimonio y en casos excepcionálísimos, la vida misma (excepcionálísimos casos de pena de muerte).

-Se imponen a quien comete culpablemente un injusto cuya comisión lleva como amenaza la pena: La imposición de este mal que afecta bienes jurídicos es solo procedente respecto de quienes sean culpables del hecho y no solo en un sentido de causalidad normativa sino que, además, sean culpables en el sentido de ser susceptibles de reproche penal (imputables, concientes de la antijuridicidad de la conducta y que no se haya visto impedido de actuar de forma diversa)

-Finalidad: fortalecer el respeto de los bienes jurídicos y evitar en lo posible la proliferación de tales hechos. A discutir cuando se vean los fines de la pena y sus concepciones.

-Imposición del mal en los límites de la libertad humana: se vincula con el principio de humanidad como límite al *ius puniendi* estatal. La pena penal no puede atentar contra los derechos humanos en su esencia ni ser denigrante en la calidad de sujeto de derechos que tiene el reo.

3.- Naturaleza y fin de la pena.-

No ha sido pacífico el debate respecto a la naturaleza y fin que debe tener la pena como reacción estatal a un hecho que revista caracteres de delito. Así, han surgido diversas teorías que intentan señalar la naturaleza que tiene la reacción penal del Estado al delito y la finalidad que esta habrá de cumplir.

La evolución histórica de esta problemática ha ido de la mano con una sencilla máxima relativa a la razón por la cual se impone el castigo implícito en la pena penal:

"Se castiga porque se ha pecado o se castiga para que no se peque?"

En virtud de esta interrogante surgieron dos grupos de vertientes intentando aclarar la naturaleza y fines de la pena:

-Teorías absolutas de la pena: Parten del supuesto de que la pena penal es una reacción contra el infractor debido a que infringió los preceptos normativos. Tiene un marcado fin de retribución. Se aplica la pena como castigo, como reacción por no haber adaptado la conducta a las normas legales. Se le sanciona porque pecó. La pena no tiene finalidades ulteriores y se justifica a sí misma.

-Teorías relativas: Estas en cambio parten del supuesto de que la pena tiene finalidad preventiva. Se castiga para que no se peque y por tanto su aplicación solo se justifica en virtud de este fin. Su finalidad es evitar la comisión posterior de delitos. A su vez, estas teorías relativas, atendidas sus finalidades propias, pueden subdividirse en dos grupos.

+Teorías relativas de prevención especial: Lo que buscan es evitar el

acaecimiento de nuevos delitos mediante el mejoramiento o resocialización del delincuente singularmente considerado.

+Teorías relativas de prevención general: Estas teorías buscan evitar nuevos hechos actuando sobre la sociedad toda, incluido por tanto el autor, mediante la amenaza de la pena y su ejecución la que debiera servir de desincentivo a los sujetos a cometer delitos en el futuro.

Actualmente, la dogmática jurídico penal ha tendido en cierta medida a abandonar el encasillamiento estricto en alguna de estas vertientes al momento de definir la finalidad de la pena dejando el lugar a teorías de índole *mixto* o *ecléctico* en donde la pena se concibe como una institución que cumple con las funciones atribuidas por las teorías absolutas y relativas de la pena.

Así, actualmente puede citarse a Claus Roxin quien señala que la pena cumple todas y cada una de las finalidades atribuidas por las vertientes mencionadas.

-La Pena tiene una naturaleza de prevención general al momento de ser establecida y determinada en su magnitud en el precepto legal por el legislador.

-La Pena tendrá una naturaleza retributiva al momento de ser aplicada por el juez al individuo que ha incurrido en una violación del ordenamiento jurídico.

-La Pena tendrá una naturaleza de prevención especial al momento de ser ejecutada respecto del reo intentando resocializarlo y buscará reeducarlo para no tenerlo de vuelta en el sistema de persecución penal.

3.1.- Teorías absolutas de la pena.

Como ya se señaló se construyen sobre la idea de que la pena es un castigo motivado por la actuación antijurídica del sujeto. Es un castigo por haber actuado contra la ley sin que tenga una finalidad ulterior que la de castigar la infracción. Es un castigo por el solo hecho de la infracción.

3.1.1.- La Retribución.

Dentro de las teorías absolutas, la más representativa es la de la retribución. Según esta, *la pena será el mal que se irroga al autor de un hecho injusto, en consideración a que éste puede serle reprochado por constituir una decisión contraria a los mandatos del derecho.*

El sujeto pudiendo actuar de acuerdo con el derecho ha decidido actuar contra éste y la pena es la consecuencia de este actuar rebelde.

Esta línea de pensamiento fue defendida principalmente por KANT y HEGEL pero también por ciertos pensadores católicos atendido a que esta finalidad de la pena penal que justifica su aplicación solo en la infracción misma a las normas se asemejaba al juicio divino sobre los pecados.

Para KANT la pena era un imperativo categórico justificado solamente en el hecho que el delincuente ha delinquido y no puede buscar un bien respecto del reo ni de la sociedad. Solo se justifica como castigo por la infracción. De ahí su ejemplo clásico que si una sociedad que habita una isla decidiese disolverse, habría que matar hasta al último asesino detenido en prisión pues no podría arriesgarse a dejar sin castigo su delito so riesgo de convertirse todos los ciudadanos en cómplices de este hecho por dejarlo sin su castigo. KANT finalmente terminó defendiendo la ley del talión.

HEGEL, por su parte, justifica la sanción penal ante el delito señalando que es la "voluntad general" plasmada en la ley imponiéndose a la "voluntad individual" del delincuente que se ha rebelado a ésta mediante la infracción. Parte de la base de una libertad de actuar tan absoluta por parte de los individuos que de hecho la pena "honra" al delincuente como ser racional que libremente opto por oponerse al mandato legal.

Ahora, tanto KANT como HEGEL surgieron como pensadores en un momento histórico determinado que no debe intentar compararse con las tendencias actuales porque obviamente quedarán descontextualizadas.

La teoría retribucionista es objeto de múltiples críticas:

1º Parte del supuesto, indemostrable y probablemente impracticable, de que el hombre se autodetermina y es libre de actuar. La libertad del hombre, al punto necesario para que la retribución sea al menos viable, es algo muy difícil de encontrar en la vida real.

2º Se le critica al retribucionismo su excesivo carácter moralizante lo que se justifica por su origen religioso. Igualmente se critica el hecho de que la pena retributiva no tiene fin alguno y es necesario atribuirle algún objeto al hecho de castigar. Hegel tampoco es capaz de cumplir con esto pues el hecho de honrar al delincuente como ser racional con la imposición no parece del todo convincente como fin de la pena.

3º Existen problemas en su cuantificación como pena toda vez que resulta muy difícil medir que tan reprochable es una conducta rebelde a la ley ni tampoco se ve posible determinar qué grado de libertad tuvo el individuo que la realizó.

4º No es capaz de explicar por qué ciertos delitos culpables deben ser sancionados y otros no. Su aplicación implicaría el castigo de todos los delitos acaecidos pues actuar de otra forma implicaría considerar criterios de utilidad social en la pena, criterios por cierto completamente ajenos a la retribución.

3.1.2.- La Expiación

Otra de las teorías retribucionistas de la pena. Se construye sobre la idea de que *la pena debe servir para que el autor del delito comprenda el*

injusto realizado así como la finalidad de la misma para, luego de realizar esto, pueda reconciliarse con la sociedad.

Se vincula poderosamente con nociones de culpabilidad moralizante y redención. No cuenta actualmente con seguidores por serios problemas conceptuales: No se concibe que la pena haga que el delincuente comprenda lo injusto de su conducta y le permita reconciliarse con la sociedad si para éste la pena será o una consecuencia esperable de su actividad habitual o una reacción abiertamente injusta contra algo que el no considera injusto. Muy pocas veces podría darse el caso planteado por la expiación.

3.2.- Teorías Relativas de la Pena.

Parte de la idea de que la pena no se justifica en si misma como en la noción de castigo por el solo hecho de la infracción de la retribución sino que ésta solo se justifica si se la emplea como medio para evitar la proliferación futura de actos delictuales. Atendido el enfoque y el blanco al cual apunta la prevención se subclasifica en prevención especial y prevención general.

3.2.1.- Teoría de la prevención especial

Según esta noción de la pena, esta debe tener por finalidad evitar la comisión de nuevos delitos por el individuo particular que habrá de ser sancionado en virtud de la comisión de un delito y esta evitación se hace mediante la reeducación o resocialización, en su modalidad positiva, y por la anulación como fuente de riesgo, en su modalidad negativa, respecto del autor para que no delinca de nuevo. La pena ya no es castigo sino tratamiento.

Esta concepción de la pena se presenta como una opción mas humana y generosa, al menos en su modalidad positiva, que la concibe con una finalidad beneficiosa para el infractor que sería su readaptación pero igualmente es blanco de críticas.

-Parte de la base determinista de que el sujeto no es susceptible de castigo porque su actuar delictual obedece a la presencia de factores externos que es necesario corregir con la pena. Y así, la teoría de la prevención especial se movería tan a tientas como la retribución que supone la libertad del hombre para actuar y podría llevar a consecuencias mas dañinas para el propio reo a través de intromisiones forzosas en la vida del infractor de ley.

-Esta teoría nunca ha sabido explicar el tratamiento a dar respecto de los casos en donde la posibilidad de reiteración es prácticamente nula (mujer sin antecedentes penales ni conductas que impliquen criminalización, de vida tranquila y carecer afable asesina a su marido quien la maltrató durante años en contexto de violencia intrafamiliar). En estos casos no sería necesario resocializar nada porque la persona es completamente "normal" siendo que tuvo solamente un arranque de furor temporal.

Igualmente falla con el caso de los delitos irrepetibles (el "lanza" campeón de los cien metros planos en la Alameda que producto de un atropello en

San Antonio queda tetrapléjico. ¿Qué resocialización sería necesaria para un lanza que quedó en silla de ruedas y no podrá volver a cometer el tipo de delito que lo caracterizaba?)

-Se critica que una pena resocializadora es absolutamente indeterminada en su extensión: para sanar a alguien es necesario tratarlo durante "un tiempo" no siendo posible establecer con exactitud cuánto.

-Se critica igualmente la prevención especial desde un punto de vista político pues abre la puerta a que puedan producirse bajo su justificación una serie de abusos por parte del poder imperante. Esto porque puede ocurrir que exista un individuo inmerso en un grupo humano perfectamente socializado pero que este grupo no comparta los valores axiologicamente aceptados por la sociedad, o más bien, por el grupo dominador de turno en ese momento determinado. Así las cosas, la pena puede servir para "resocializar" a ciertos individuos que si bien están perfectamente socializados, no comparten el catálogo de valores que se propugna como oficial desde el poder político. En el fondo, podría transformar al aparato penal en un arma para persecución de ciertos individuos indeseables para el grupo dominante.

-Por último, en su modalidad negativa, la sola anulación del sujeto como fuente de riesgo para evitar que vuelva a delinquir no parece ser un aporte relevante en el combate del fenómeno delincencial, además de resultar inhumano y, a la larga, inútil.

3.2.2.- Teoría de la Prevención General.

Igualmente le atribuye a la pena la finalidad de evitar la comisión de nuevos delitos pero no mediante la resocialización del autor en particular sino que actuando sobre la comunidad toda en su conjunto. En esta teoría existe dos subclasificaciones.

3.2.2.1.- Teoría de la Prevención General Negativa.

Noción clásica de la prevención general. La pena penal a través de su amenaza y ejecución tiene por objeto disuadir a los integrantes de la sociedad de cometer delitos.

FEUERBACH concebía a la pena penal como un contramotivo de índole psicológico que buscaba inhibir a los ciudadanos cualquier impulso delictivo a través de la "amenaza penal".

Esta teoría, tal como las otras, no está exenta de críticas:

-De un punto de vista práctico se le imputa el fracaso rotundo a lo largo de la historia de la pena como un elemento disuasivo de la comisión de delitos. LAS PENAS EN GENERAL NO DISUADEN AL DELINCUENTE DE DELINQUIR. De hecho, no sin un dejo de ironía se dice que la pena solo atemoriza a quienes tampoco delinquirían si no existiera pena alguna. Sin embargo, los sujetos a quienes va dirigida la amenaza no se amedrentan con ella toda vez que o esperan "librarse" confiados en su talento y habilidad o la conciben como un "riesgo inherente a su profesión". La

pena, por tanto, históricamente ha demostrado que, por alta que sea, no disuade a los individuos de delinquir.

-Una noción de pena como elemento de amedrentamiento a la sociedad llevaría a un aumento monumental de éstas en pos de la necesidad de disuasión obedeciendo a una dinámica de círculo vicioso: como las penas no amedrentan y los delitos no bajan, se estiman muy bajas y se suben, pero como sigue estando estable la tasa de delitos, se estima que no están cumpliendo su rol de disuasión y se continúan subiendo.

-El reparo más grande es que resulta inconcebible que un Estado que se encuentre al servicio de la persona humana utilice a un individuo como instrumento de intimidación respecto de sus pares.

3.2.2.2.- Teoría de la Prevención General Positiva.

Igualmente parte del supuesto que la pena tiene como finalidad dejar en claro un mensaje a toda la comunidad pero se diferencia de la modalidad Negativa en que aquí la pena y la sanción al sujeto tiene como finalidad la *afirmación y aseguramiento de las normas básicas reforzando la seriedad de sus mandatos.*

Lo que busca la pena penal entonces al aplicarse sobre un individuo es evitar que se repitan los hechos delictuales enviando un mensaje a la colectividad completa pero no en el sentido de amedrentarla con la potencial aplicación de un mal análogo al infractor en caso de que decidan imitar su conducta sino que el dejar en claro que la sanción se impone atendidos los importantes valores contenidos en los preceptos normativos reafirmando su valor y fuerza, de paso, educando al grupo social en la importancia del respeto a las leyes.

JAKOBS en este sentido plantea que la misión de la pena es el mantenimiento de las normas como modelos de orientación para los contactos sociales. O sea, la pena y su amenaza de sanción sobre el grupo social tiene por finalidad educarlo para que tome a la norma jurídica (donde está establecida la sanción) en su contenido prescriptivo como patrón de orientación de su comportamiento social. No es una mera amenaza de sanción arrojada a la sociedad, es una forma de educación. Una "marcada de territorio" que hace la ley a través de la sanción para retroalimentar su importancia.

CURY, en todo caso, critica en cierta forma la posición de JAKOBS atendido que partiendo de la base de que su argumentación se basa en el funcionalismo, la pena y su función terminarían obedeciendo máximas netamente utilitaristas en pos del correcto funcionamiento y estabilidad del sistema en donde el derecho penal resguarda la Constitución y la Sociedad. A diferencia de ROXIN, JAKOBS no incluye elementos valorativos de política criminal sino que central el derecho penal en la manutención de la sociedad concebida como un sistema funcional axiologicamente

vacío y susceptible de ser "rellenado" por las tendencias del gobierno que lo adopte.

Parece mas aceptable la prevención general positiva que la negativa atendido que no busca intimidar a la sociedad, lo cual podría hacer subir las penas de una manera brutal ante la ineficacia de la amenaza, sino que reafirmar la relevancia y preeminencia del mandato normativo contenido en la ley. Sin embargo se le puede formular críticas:

-Igualmente instrumentaliza al delincuente, ya no como el objeto del castigo ejemplificador pero igualmente como aquel utilizado para reafirmar el mandato normativo contenido en la ley.

3.3.- Teorías Unitarias de la Pena

Parten de la base que el debate respecto de las teorías de la pena ha arribado más que nada a concepciones desastrosas y no han permitido sacar demasiadas cosas en limpio.

Lo que se ha podido concluir es que la lucha encarnizada entre concepciones absolutas y relativas de la pena ha llegado a este punto principalmente por una falta de flexibilidad conceptual en las facciones en pugna.

Las Teorías Unitarias de la Pena buscan unificar las nociones de función de la pena penal que plantean las teorías absolutas y relativas atendido al momento a considerar en el proceso de su aplicación.

En virtud de lo anterior existen varias teorías en el marco de lo conocido como teorías unitarias de la pena.

CURY señala que para él, la pena deberá tener fundamentalmente una función de prevención general positiva pero con un cierto contenido de retribución pero jamás retribución pura porque la pena ha de cumplir algún fin. Igualmente rechaza la intimidación por el castigo atendido que el hombre es un fin en si mismo y no puede ser utilizado como un medio.

ROXIN, a juicio de quien redacta estos apuntes, el más acertado, señala que la pena penal puede unificar las tres funciones que postulan las teorías absolutas y relativas de la pena si se obedece de una forma conceptualmente algo mas flexible respecto de éstas. Así, la pena:

-Obedece a la función de prevención general tanto positiva como negativa al momento de establecerse la pena en el debate legislativo respectivo: Tanto por motivos de amenaza penal como para reafirmar la fuerza imperativa de los preceptos legales, la pena cumple esta función al momento de ser determinada y establecida por los órganos legislativos.

-Obedece a la función de retribución al momento de ser aplicada por el juzgador: Obedece a un castigo para el imputado condenado por el hecho de haber vulnerado los preceptos legales, solo que con el agregado de que además requiere la infracción o puesta en riesgo de ciertos bienes jurídicos considerados relevantes.

-Obedece a la función de prevención especial al momento de ser ejecutada: Al momento de ejecutarse la sanción, la pena penal debiera propender a satisfacer la función de prevención especial del condenado, en especial estableciendo mecanismos de reeducación que impidan volver a que el sujeto sea cliente del sistema. De hecho, incluso pueden plantearse salidas alternativas que eviten una condena pero que a la vez cumplan la finalidad de prevención especial como podrían ser, en el caso chileno, la Suspensión Condicional del Procedimiento. Sin embargo, hablando en términos duros y relativos a las sentencias privativas de libertad, esta función, al menos actualmente en Chile, no es ni remotamente satisfecha.