

# EL PODER REPRESIVO DEL ESTADO ¿SE JUSTIFICA LA EXISTENCIA DEL DERECHO PENAL?

Ricardo Manuel Rojas\*  
Doctor en Derecho  
Universidad de Buenos Aires  
Juez Federal de la República Argentina

*Ante situaciones de inseguridad ciudadana, como la que atraviesa nuestro país, frecuentemente se opta por la implementación de drásticas sanciones penales como la única manera de frenar el incremento de la delincuencia común y la violencia subversiva. Esta tendencia se ve reflejada en la aprobación de códigos penales cada vez más severos y en la indiscriminada penalización de conductas antes no tipificadas. Sin embargo, ni el incremento de las sanciones ni la creación de nuevos tipos penales han demostrado ser eficaces para disminuir una tasa de criminalidad que aumenta diariamente. Tal vez una de las razones del fracaso de las políticas que privilegian la sobrepenalización como manera de frenar la delincuencia, se encuentre en la escasa participación de las víctimas en el sistema penal, motivada por los escasos o nulos beneficios que les acarrearán la participación en los procesos de castigo a los delincuentes.*

*El autor del presente artículo, con la autoridad que le otorga su experiencia como Juez Federal de la República Argentina, sostiene que es momento de cambiar la naturaleza de la acción penal, poniendo a la víctima como titular de la acción y objeto de la tutela, en lugar del Estado. La reformulación del Derecho Penal daría lugar a procedimientos mixtos, basados en la demanda de las propias víctimas en busca de sanciones que constituyan una reparación de los daños ocasionados con el crimen. Las conclusiones de este artículo pueden resultar polémicas para muchos, pero, sin duda alguna, constituyen argumentos insoslayables en momentos en los que se cuestiona la eficacia y se discute el futuro del Derecho Penal.*

## INTRODUCCIÓN

Existe en estos tiempos un debate filosófico que tiene una fuerte influencia sobre la legislación interna de cada país, entre quienes sostienen que es necesaria una efectiva intervención del Estado para imponer pena a quienes violan derechos ajenos, y quienes, desde distintas vertientes y con diferentes conclusiones, cuestionan al sistema penal como forma de castigo.

El estudio del Derecho en las últimas décadas, especialmente en su vinculación con la economía y la ciencia política, generó un vuelco hacia el reconocimiento de formas espontáneas de elaboración del Derecho. A partir de los trabajos de Friedrich Hayek, reivindicando los principios del *common law* anglosajón y la idea de un orden jurídico elaborado espontáneamente desde las decisiones individuales de la gente, se ha hablado mucho de eliminar los códigos y leyes escritas que, en materias civiles y comerciales, regulan las relaciones personales. Sin embargo, siempre se ha dejado a salvo la necesidad de conservar la legislación penal.

Tomando como base estos estudios críticos sobre los peligros de la legislación positiva y de la intromisión del gobierno en áreas vinculadas con la intimidad de las personas, el siguiente trabajo tuvo su origen en una observación teórica y otra práctica. La teoría fue advertir esta suerte de esquizofrenia jurídica de quienes están a favor de limitar la proliferación legal en casi todas las áreas del Derecho, pero que siempre la han justificado en materia pe-

\* Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín.

nal, no obstante que, como manifestación del Derecho Público, la legislación en esta materia tiene como destinataria de su tutela al Estado y no a las víctimas.

La observación práctica se produjo a partir de los últimos años de ejercicio de la magistratura, juzgando hechos en los que, frecuentemente, las víctimas de delitos leves manifiestan no tener interés en que se aplique una pena al imputado, no obstante lo cual el Tribunal las impone de todos modos, en nombre de un derecho que no emana de las víctimas sino del propio Estado. A ello se suma la comprobación de que la cárcel se ha convertido en un castigo enorme e injustificado para muchas conductas, y que en nada contribuye a reparar el daño ocasionado a la víctima.

Esta falta de congruencia y la creciente indiferencia que los ciudadanos manifiestan respecto de las respuestas penales del Estado, me ha hecho pensar que posiblemente sea el momento de cambiar la naturaleza de la acción penal, poniendo a la víctima como titular de la acción y objeto de tutela, en lugar del Estado.

La finalidad de este trabajo es sentar las bases para una "privatización" de la acción contra crímenes cuya titularidad hoy monopoliza el Estado, y con relación a los cuales el sistema penal se muestra inoperante por dos razones: 1) Por la falta de interés de las víctimas y testigos en ofrecer pruebas respecto de un proceso que les acarrearía trastornos pero ningún beneficio concreto; 2) porque la prisión, como sanción fundamental en todos los sistemas penales occidentales se muestra inadecuada, excesiva, y frecuentemente injusta.

## 1. EL ORIGEN DEL DERECHO PENAL COMO MODO DE CANALIZAR LA VENGANZA PRIVADA.

La mayoría de los autores del siglo XIX han concluido en que el origen del Derecho Penal fue la venganza de sangre ejercida sin límites ni medida por una familia contra otra<sup>1</sup>.

Algunos autores de este siglo, como Soler, Jiménez de Asúa o Terán Lomas, cuestionaron dicha conclusión, sobre la base de los estudios sobre antropología y etnología que proliferaron a partir de los finales el

siglo pasado, en especial los de Frazer, Freud, Lévy-Bruhl o Malinowski, quienes dedujeron que en el hombre prehistórico no existía la comprensión del principio de causalidad, ni formas de razonamiento lógico, y que en consecuencia sólo puede encontrarse un rudimento de Derecho Penal en la era prehistórica, ejercida como respuesta automática frente a la violación de los tabúes, basado en un carácter religioso y expiatorio, de naturaleza social, objetivo y, por ende, extensivo al grupo familiar.

Según Hendler, los hallazgos más recientes en materia de investigación antropológica permitirán distinguir dos institutos del sistema punitivo anterior a la civilización que caracterizan uno y otro aspecto de su formación normativa. Por un lado, el contenido absurdo de las prohibiciones perfectamente reflejado en el nombre genérico empleado para designarlas, adoptado por extensión del vocablo polinesio "tabú" (o tapú). Por el otro, la índole verdaderamente salvaje de la represión llevada al extremo de perseguir a todos los miembros de la familia o el clan del transgresor, lo que vale la designación de venganza de sangre. Su imposición, desde luego, no dependería ni concedería ninguna atención a datos de carácter subjetivo. Se le debe entender derivada, automáticamente, de la objetiva verificación del daño ocasionado<sup>2</sup>.

Pero sin perjuicio de estas salvedades hechas respecto de las etapas más primitivas de su desarrollo mental, es casi unánime la coincidencia en que, una vez alcanzado un grado de madurez psicológica y lógica, el hombre comenzó a justificar el castigo en la venganza.

De este modo, puede concluirse que, de ciertas reacciones feroces, automáticas y cargadas de condimentos místicos, que constituyeron las primeras sanciones de naturaleza penal en los orígenes de la evolución humana, se pasó a una respuesta más personalizada, no automática, sino justificada en una venganza que tenía cierto grado de proporción y concordancia con el daño producido.

La primera institucionalización de esta venganza se llevó a cabo a través de la religión; de allí derivan la Ley del Talión y otras formas similares de justificar normativamente la retribución penal. Los distintos cultos canalizaron y sistematizaron el modo en que los crímenes serían castigados, de acuerdo con pro-

<sup>1</sup> Carrara, pag. 35; Cauveau y Hélie, 1872:1-2; Ortolan, 1878:1-22; Alimena, 1:96-97; Cuello Calón, 1951:1-54-55. Citados por Edmundo S. Hendler, 1991:101.

<sup>2</sup> E.S. Hendler, 1991:107

cedimientos y leyes objetivas, que en general eran aplicadas por sacerdotes.

El sistema talional supuso una moderación de la venganza, a la que se limitó en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: ojo por ojo, diente por diente, según la enunciación de la ley mosaica.<sup>3</sup>

El avance de la civilización en su intento por eliminar la subjetividad e irracionalidad de la venganza por mano propia, acabó por constituir al Estado, a través de la respuesta penal, con el propósito de evitar abusos e injusticias.

Pero la estabilización de la respuesta a la violencia que en los primeros tiempos se ejercía en nombre y para satisfacción de la víctima, evitando la intervención directa y los abusos de la justicia por mano propia, con el tiempo pasó a convertirse exclusivamente en una respuesta del Estado para satisfacer un interés propio. El castigo dejó de aplicarse directamente en nombre del particular ofendido por el crimen, de su familia o del clan, y éstos sólo constituyeron la excusa para que el Estado aplicara el castigo para su propia satisfacción, sin tener en miras el resarcirlo.

Las sanciones penales cambiaron completamente su naturaleza. Dejaron de ser una forma de satisfacer el daño producido a una víctima concreta, y pasaron a ser un castigo impuesto por el Estado y para el Estado. Aun las sanciones de carácter pecuniario mutaron su esencia, y de la indemnización a la víctima se pasó a la multa.

El suplicio, la mutilación y la muerte fueron formas comunes de ese castigo, y con el correr del tiempo, la prisión apareció como una manera de humanizar la retribución penal.

## **2. EL DERECHO PENAL COMO RAMA AUTÓNOMA DEL DERECHO PÚBLICO.**

La estabilización de la respuesta penal en reemplazo de la venganza privada, hizo que el Derecho Penal adquiriera el carácter de Derecho Público.

Hoy en día es pacífica la aceptación de que el Derecho Público, que rige la relación entre los individuos y el Estado regula el poder punitivo de este último.

El Derecho Penal, como manifestación del Derecho Público, actúa independientemente aún de la voluntad de las víctimas. El grueso de los delitos son de acción pública, es decir, que el titular de la acción penal es el Estado, que la ejerce a través del órgano jurisdiccional destinado para tal efecto. Por ello, no obstante que la víctima de un robo no tenga interés en que se castigue al ladrón, e independientemente de que éste la hubiese recompensado con creces por su acción, de todos modos el Estado, ejerciendo la titularidad de la acción penal, lo juzgará y le aplicará una pena.

El reconocimiento del Derecho Penal como rama autónoma del Derecho Público supone aceptar que el Estado tiene una personalidad propia e independiente de los ciudadanos, y que tiene sus propias finalidades y prioridades, ejerciendo facultades coactivas en nombre propio y en su propia protección.

Si bien la mayoría de los autores se niega a aceptar la existencia de lo que algunos llaman el "Derecho Penal subjetivo"<sup>4</sup> - es decir, el reconocimiento del derecho del Estado a aplicar penas en su propio nombre -, lo cierto es que en los hechos, aún cuando se invoque la tutela del derecho de las víctimas o la necesidad de proteger a la sociedad como justificativos para ejercer la "obligación" de castigar, las víctimas apenas son tenidas en cuenta y en definitiva, tanto las figuras penales como las penas, son establecidas discrecionalmente por el Estado.

Si bien la confección de una figura típica siempre está referida a un bien tutelado por el Derecho, ese bien jurídico es sólo el fundamento para la aplicación de una pena estatal, y el verdadero titular del bien lesionado no tiene participación en el proceso de retribución, más allá de actuar como querellante adherido al órgano estatal que es el verdadero titular de la acción.

Así, por ejemplo, en los delitos de hurto, robo o estafa, el bien jurídico tutelado es la propiedad, pero la sanción penal no se ejerce para satisfacer a los titulares de la propiedad damnificada, sino que ese perjuicio es sólo la justificación para poner en marcha la respuesta represiva estatal. El juicio penal no tendrá por objeto proteger el derecho de propiedad de la víctima y satisfacerla por los daños sufridos, sino aplicar un castigo al violador del derecho, aun cuando la víctima no lo pida.

<sup>3</sup> S. Soler, Tomo 1:66 y sus citas.

<sup>4</sup> E. R. Zaffaroni, 1978-1:33 y siguientes.

La ficción jurídica que supone reconocer la personalidad del Estado, es llevada al extremo de invocar la necesidad de que exista una “política criminal”, es decir, un curso de acción del Estado, a través de sus órganos, que decida cuáles son las conductas que se consideran más lesivas a sus intereses y, en consecuencia, crear ciertos delitos, aumentar determinadas penas, o estimular la actuación de los órganos de represión y persecución para que se enfoque fundamentalmente sobre ciertos delincuentes. Del mismo modo, un cambio en la “política criminal” puede dejar sin protección a otras conductas que, aun cuando supongan violar derechos individuales, su tutela no “interesa” al Estado<sup>5</sup>. Se ha justificado la existencia del Derecho Penal en la necesidad de establecer una suerte de sistema de protección social, considerando que ciertas conductas lesivas a derechos individuales exceden el marco de lo que es pernicioso simplemente para la víctima, y provocan un peligro común al resto de la comunidad, lo que justifica elaborar mecanismos de protección social y en definitiva establecer un sistema represivo que imponga penas como castigo, independientemente del resarcimiento a la víctima.

Podría encontrarse cierta similitud entre esta forma de fundar la existencia del Derecho Penal, y la justificación que más modernamente se ha dado a otras intromisiones estatales en cuestiones privadas, como por ejemplo, en la protección del ambiente.

En efecto, el creciente intervencionismo legal en esa materia se ha fundado en la llamada “teoría de los intereses difusos”. Según esta teoría, ciertas conductas, más allá de que pudieran eventualmente ocasionar perjuicios a personas determinadas, están afectando intereses de la comunidad en su conjunto, sin que pueda discriminarse a todos los damnificados concretos, y ello justificaría la intervención del Estado, para proteger esos intereses que de otro modo no tendrían protección en el estrecho ámbito del Derecho Civil, que se basa en la necesidad de demostrar la relación causal entre el hecho y el perjuicio.

Por supuesto que como lo que se protege es un interés “difuso” de la comunidad, el sujeto activo es el Estado, como representante de ese interés, y las acciones que él entabla contra los contaminadores acaban teniendo naturaleza penal y no resarcitoria del daño ocasionado a las víctimas.

Pero la lógica indica que si una conducta vulnera de algún modo derechos o intereses de personas determinadas, tuteladas jurídicamente, ellas deberían tener el derecho de actuar en su propio nombre e interés. La aparente dificultad que pudiese existir para determinar el grado de lesión o la identidad del lesionado, no puede justificar transferir la acción de la víctima al Estado.

Sobre este tema he de volver cuando examine la alternativa de un sistema de protección exclusiva de derechos individuales frente al actual sistema de represión penal.

### 3. LA LEGISLACIÓN PENAL COMO UN MEDIO DE LIMITAR EL PODER REPRESIVO DEL ESTADO: EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.

Hoy en día se considera al principio de legalidad como uno de los pilares básicos vinculados con el Derecho Penal liberal. Según el principio de legalidad, tanto las conductas que constituyen delitos como las penas que merecerán quienes las cometan, deben estar previamente establecidas en una ley; así, se justifica la aplicación de dichas penas por la ley.

Ello se explicaría, no sólo como una forma de proteger a los individuos ante su eventual desconocimiento de que una conducta determinada es lesiva al orden jurídico, sino como un modo de limitar el poder de los jueces, pues de lo contrario quedaría a su arbitrio la aplicación de sanciones.

Sin embargo, si se bucea por la historia del Derecho, es posible advertir que, por ejemplo, en el Derecho Anglosajón no existió el principio de legalidad tal y como hoy es concebido, y tampoco existió en el Derecho Internacional, en el cual se consideraba que las conductas contrarias al “Derecho de gentes”, debían ser castigadas en todos los países civilizados, y justificaban la extradición de criminales aun sin la existencia de tratados internacionales.

El principio de legalidad apareció en el Derecho continental europeo, y se considera a Feuerbach como quien lo postuló explícitamente por primera vez.

<sup>5</sup> Hoy en día, por ejemplo, la mayoría de los gobiernos emplea cuantiosos recursos y apunta sus cañones hacia las personas que dicen fumar marihuana o inhalar cocaína, del modo que hace algunos años lo hacían contra quienes bebían alcohol. Esas personas, en general, no le ocasionan mal a nadie más que a ellas mismas. Pero el propio Estado es el causante de muchos males concretos cada vez que una política económica estatal altera el funcionamiento del proceso de mercado o viola lisa y llanamente el derecho de propiedad y contra tales lesiones la víctima carece de protección legal.

Puede sintetizarse el pensamiento de Feuerbach a través de estos párrafos de su Tratado de Derecho Penal:

“Toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea, **que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica**. Por ende, el Estado tiene el derecho y deber de hallar instituciones mediante las cuales se impidan las lesiones jurídicas”

“Las instituciones que requiere el Estado deben ineludiblemente ser instituciones coactivas fincando en ello, primordialmente, la **coerción física** del Estado...”

“Pero, de cualquier modo, la coerción física es insuficiente para impedir las lesiones jurídicas, dado que la coerción previa únicamente es posible cuando tiene como presupuesto hechos reales que permiten al Estado reconocer la certeza o probabilidad de la lesión...”

“Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica”.

“Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”.

“El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil (*poena forensis*). La razón general de la necesidad y de la existencia de la misma - tanto en la ley como en su ejercicio - es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas”.

“El fundamento jurídico de la pena es la causa de la que depende la posibilidad jurídica de la pena. Fundamento jurídico: I) De la conminación de la pena, es la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, así como la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda

la obligación del Estado a conminar penalmente. II) El fundamento jurídico para infligir la pena es la previa conminación legal”<sup>6</sup>.

Como se puede apreciar, Feurbach encontraba dos funciones básicas al principio de legalidad: 1) servir como disuasivo para que las personas no cometan delitos, al saber que si lo hacen serán castigadas; 2) proteger la libertad de acción de las personas, al advertirles previamente qué es lo que no deben hacer, pues de lo contrario serán pasibles de pena, y de ese modo garantizar su libertad para hacer todo lo demás.

A partir de Feuerbach, los teóricos del Derecho Penal consideraron necesario que existiera una ley previa que definiera las conductas descritas como delitos, y este principio fue elevado al rango de garantía constitucional en la mayor parte de los derechos modernos. A ella se agregó la garantía de que la ley defina también la especie y monto de la pena que se puede imponer a quienes cometen delitos.

Si se examina el fundamento del principio de legalidad según Feurbach, se encontrará que es el “derecho y el deber” del Estado evitar las lesiones jurídicas. El fundamento de elevar este principio al rango de garantía constitucional es el hecho de que, siendo el Estado quien ejerce esta potestad en su propio nombre y satisfacción, es necesario ponerle límites a su actividad punitiva. El primero de esos límites es exigir una ley que defina el área de lo punible.

La consecuencia que se extrae de esto es que el principio de legalidad surgió como una forma de ponerle límites al avance del estatismo. En el primitivo Derecho Anglosajón, donde no existía la tajante diferencia entre el Derecho Penal y Civil, los jueces castigaban aquellas conductas que suponían violaciones a derechos individuales, y para ello no necesitaban ninguna ley previa que definiera las conductas criminales. Todos sabían que matar, robar o estafar estaba mal, y si lo hacían, consideraban lógico que se les impusiera un castigo. Además, ese castigo se imponía como consecuencia de una demanda concreta de la víctima, que era el titular de la acción y la ejercía en su propio nombre.

La “ley de la tierra” o el *common law* no era otra cosa que los principios de convivencia y respeto elaborados durante siglos y manteniéndose a modo de costumbre.

<sup>6</sup> Feuerbach I:58.

Tampoco el Derecho Internacional tuvo un principio de legalidad internacional, hasta que se generalizaron los tratados. La cooperación internacional, la represión de crímenes y la extradición de delinquentes se hacía sobre la base del "Derecho de gentes", del "Derecho natural", de las prácticas de las "naciones civilizadas" o de principios similares. Todas estas expresiones se identificaban con el principio de que quien agrede la vida o los derechos de otro, merece un castigo.

Pero en la medida en que el Estado comenzó a intervenir legalmente en la vida privada de la gente, y aumentó su actividad de planificación, especialmente en el área económica, ciertas conductas que originalmente no significaban violar los derechos de nadie - y que, por lo tanto, en la esfera de un derecho primitivo de carácter privado no tendría la posibilidad de constituir el objeto de una demanda - comenzaron a ser castigados penalmente. Así, por ejemplo, si una persona viaja al país vecino y trae de él ciertas mercancías que compró legítimamente, pagando a su dueño anterior un precio pactado de común acuerdo, y las introduce al país, puede cometer el delito de contrabando, a pesar de que con su actitud no haya violado ningún derecho individual.

Precisamente esta extensión de los hechos considerados delictivos hizo necesaria que los ciudadanos tuvieran alguna forma de conocer previamente cuáles son las conductas prohibidas, y allí nació la necesidad de que existiera una ley previa que definía los delitos.

El problema se debió solucionar eliminando la intromisión penal del Estado en materias que no constituyan violaciones a derechos individuales, en lugar de crear garantías constitucionales para mitigar los efectos de tal intromisión. Ello demuestra que, finalmente, al convertirse el Derecho Penal en Derecho Público e imponer penas en nombre y para satisfacción del Estado, el propio Estado lo utilizó como herramienta de sometimiento, y las garantías constitucionales debieron surgir como paliativos para proteger la libertad individual.

#### **4. EL LÍMITE DE LA LEY PENAL: LA PROTECCIÓN DE DERECHOS INDIVIDUALES CONCRETOS.**

Desde una visión liberal del rol del gobierno, según la cual éste debería limitarse a proteger derechos concretos, los bienes jurídicos tutelados por las le-

yes penales deberían coincidir y circunscribirse a los derechos individuales.

Es posible tomar una antigua clasificación doctrinaria y legislativa entre crímenes y delitos, a la que se ha dado otros significados, para marcar un contexto limitativo de esta rama del Derecho.

En el Derecho francés se estableció tal distinción sobre la base de la diferencia en la magnitud de la conducta, es decir, que el crimen supone una conducta más grave que el delito.

En el Derecho alemán, como señala Maurach, se produjo a principios del siglo XIX un cambio terminológico en esta ciencia, que pasó de Derecho Criminal a Derecho Penal, lo que, según él, se debió especialmente a la aparición del principio de legalidad, que dio un vuelco a la mecánica propia del Derecho Penal.

En efecto, según Maurach, con el Derecho Penal se abandonó el Derecho consuetudinario, basado en el poder ilimitado del juez, y se sujetó al Derecho Penal una elaboración primordialmente legal.<sup>7</sup>

Pienso que es posible utilizar esta misma distinción entre crimen y delito, con un significado totalmente distinto.

El crimen, como un hecho filosófico, puede ser definido como toda violación a un derecho individual concreto; es decir que cada vez que una persona entre en contacto con la vida, la integridad física o los derechos de otra en forma ilegítima, comete un crimen. El delito, como concepto jurídico, se vincula con una acción típica, antijurídica y culpable, esto es, con una conducta respecto de la cual, una ley prevé una pena para su autor.

Ambos conceptos no necesariamente tienen que coincidir. Es posible que existan violaciones a derechos individuales que no hayan sido sancionadas como delitos por la ley, y por otro lado, que existan delitos que no sean violaciones a derechos individuales.

Una visión liberal del Derecho Penal debería buscar la coincidencia entre ambos, es decir, que ninguna conducta que implique violar un derecho quede impune, y que sólo las conductas que suponen violar derechos individuales concretos sean penadas.

<sup>7</sup> R. Maurach, 1994 -1:5

Sin embargo, frecuentemente se advierte que esta distinción entre crimen y delito existe y está bien marcada. Muchos delitos habitualmente tipificados en los códigos penales no presuponen violaciones a derechos individuales concretos, y esto se ve, sobre todo, en lo que se ha dado en llamar el Derecho Penal Económico, que es una herramienta del Estado para llevar adelante ciertas políticas económicas, cuyo cumplimiento asegura con la amenaza de una pena para acciones particulares que, en definitiva, no significan violar los derechos de nadie.<sup>8</sup>

Uno de los límites fundamentales que se puede encontrar en la facultad punitiva del Estado es, entonces, el de que por vía de la legislación penal sólo deberían reprimirse conductas que impliquen agresiones concretas, para así cumplir con la función básica del gobierno que es la protección de los derechos.

Sin embargo, al haber sustituido el Estado a la víctima en su rol de sujeto de protección penal, la lista de bienes jurídicos tutelados ha crecido casi sin límites, con los consecuentes peligros para la libertad individual, y muchos de esos nuevos bienes jurídicos que gozan de la protección penal se vinculan con meros intereses del Estado.

## 5. EL FUNDAMENTO DE LA PENA

Dejando de lado las posiciones abolicionistas, existen tres teorías tradicionales que justifican la imposición de la pena por parte del Estado, no obstante los esfuerzos de muchos autores modernos, como Roxin, por elaborar teorías integrativas:

### 5.1 Tesis de la retribución.

Según la tesis retribucionista, el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, justificado en el mal del delito.

La retribución fue históricamente la primera justificación de la pena, en sus inicios con un contenido

religioso. Más modernamente, esta tesis absoluta fue sostenida en especial por Kant, quien justificó la imposición de la pena en el libre albedrío, desconociendo cualquier fundamento en razones de utilidad social. Para Kant, el autor de un delito debía responder porque tenía la libertad de comportarse de otro modo, y sin embargo eligió delinquir.

Puede decirse que la teoría retributiva es la que más tiene en cuenta la conducta concreta del autor y menos los intereses de la sociedad, aún cuando, en definitiva, por ser el Derecho Penal manifestación del Derecho Público, el castigo al autor de un delito siempre se funda en la necesidad de preservar a la sociedad frente a quien ha decidido cometerlo.

### 5.2 Prevención general

Según las teorías que se engloban bajo el nombre genérico de prevención general, la pena debe evitar los delitos, mediante la producción de efectos psicológicos sobre la generalidad de las personas.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de la penas, pues su justificación estaría dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores.

La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere su mayor efectividad con su imposición y ejecución. La ejecución de la pena tiene lugar "para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Se entiende que la conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

Según Gimbernat Ordeig, el Derecho Penal tiene que acudir a la pena para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando aquélla no sea respetada- un especial vigor

<sup>8</sup> Por ejemplo, quien no respeta un precio máximo, no llena ciertos formularios, introduce al país mercaderías sin el control estatal, etc. está violando leyes que, en muchos países, prevén penas de prisión para quienes realizan estos actos. Sin embargo, dichas personas no han violado el derecho de nadie, y sólo han infringido decisiones del Estado de dudosa legitimidad para intervenir en el mercado en procura de intereses estatales. Es decir, en la clasificación antes sugerida, son delincuentes, pero no criminales.

Por el contrario, todos los funcionarios públicos, que aplicando dichas leyes, impiden o entorpecen el libre comercio o violan el libre ejercicio del derecho de propiedad, cometen crímenes que no han sido definidos como delitos, y por lo tanto sus autores no son pasibles al castigo. Estos funcionarios son criminales, pero no son delincuentes.

<sup>9</sup> Stratenwerth, 'Strafrecht. Allgemeiner Teil-Die Straftat', en L. García, 1992:43.

que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitorio.<sup>10</sup>

Pienso que no puede admitirse la prevención general como forma autónoma de justificación de la pena. Si bien la amenaza de sanción, y la efectiva aplicación de una pena tiene una consecuencia disuasoria respecto de otras personas que han pensado en violar derechos, y también la tiene para el mismo criminal al que se ha condenado, no es aceptable justificar la aplicación de una pena en dicha función disuasoria.

La prevención general ha tenido mucha influencia en lo que se conoce como la "política criminal", es decir, el conjunto de decisiones estatales respecto de las estrategias a seguir para la persecución penal, lo que incluye establecer cuáles delitos han de perseguirse con mayor cuidado, cuáles conductas merecen mayor castigo, y cuáles conviene despenalizar o tolerar, en un momento y un lugar determinados; todo ello con la intención de dar determinadas señales a la comunidad respecto de cuál es la conducta esperada por el gobierno ante situaciones específicas.

Por ejemplo, supongamos que se generaliza el robo de estéreos de automóviles en las calles de una comunidad. La política criminal -basada en este caso en ideas que provienen de la teoría de la prevención general- indicaría que conviene aumentar la pena del robo de estéreos. Ello llevaría a justificar que en un caso concreto, quien realiza una conducta idéntica, o tal vez menos gravosa que otro, merecerá una pena superior como un modo de disuadir al resto de la sociedad para que no repita su ejemplo.<sup>11</sup>

Si el fundamento de la pena es la violación de un derecho individual concreto, la procedencia de un castigo y su magnitud deberían estar vinculados

con la entidad de la lesión concreta, y no con el interés del Estado de que no se repitan conductas de ese tipo.

### 5.3 Prevención especial

Bajo el punto de vista preventivo-especial, sólo es indispensable aquella pena que se necesita para evitar la reincidencia de cada autor en concreto. La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira al pasado, sino que ve la justificación de la pena en la prevención de nuevos delitos del autor.

Según lo postuló originalmente Von Liszt, la prevención especial actúa de tres maneras: a) corrigiendo al corregible (resocialización); b) intimidando al intimidable, y c) haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.<sup>12</sup>

Tampoco encuentro justificación adecuada al sistema penal en la prevención especial. La idea de la "resocialización" supone, por una parte, establecer un patrón de lo que es una persona socialmente apta para convivir con los demás, y un código total de valores que el "resocializador" le aplicará a quien viole un derecho ajeno. Ello supone convertir a algún funcionario del gobierno en una especie de "Regente Moral" que establezca los patrones de la "adaptación social" y establezca los mecanismos más aptos para la "resocialización".

Ciertos autores, sobre la base de una antigua clasificación escolástica, dividen a las teorías sobre la justificación de la pena en absolutas y relativas. Las teorías absolutas se identifican con las retribucionistas, que conciben a la pena como fin en sí mismo, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco. Las teorías relativas o utilitarias, consideran y justifican a la pena sólo

<sup>10</sup> L. García, 1992: 43-44.

<sup>11</sup> En Argentina, por ejemplo, para establecer una protección especial para los automóviles, a los que en aquella época se consideraba bienes muy valiosos y especialmente desprotegidos, en 1958 se establecieron penalidades particularmente altas para el robo de automotores, llegando al punto en el que el robo de un automotor con armas tuvo una pena superior a la del homicidio. De este modo, una persona que roba un maletín con un millón de dólares, tiene una pena que va de un mes a seis años de prisión, y si lo hace con armas, se eleva a una sanción de nueve a veinte años de prisión. Entre los fundamentos para el aumento de la pena, estuvo la intención de desalentar los robos de automóviles.

El Tribunal que integro declaró la inconstitucionalidad por irrazonabilidad de esta norma.

Hace algunos años, cuando el robo de estéreos de automóviles era muy grande en Argentina, como modo de disuadir a los delincuentes se presentó un proyecto de ley por el que expresamente se disponía que quienes cometieran estos hechos no podrían ser excarcelados.

<sup>12</sup> Von Liszt, I:126 y siguientes. Otros autores reducen estos fines a una función de seguridad y resocialización (Otto, 'Grundkurs', p. 18-19, I, II, 7) o fines de educación y de seguridad (Naucke, 'Strafrecht-Eine Einführung', p. 47) o coacción psíquica y remoción de las disposiciones psíquicas, que llevan a la delincuencia (Stratenwerth, 'Strafrecht. Allgemeiner Teil-Die Straft', p. 20); citados por L. García, 1992:38.

como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.

Las teorías relativas quedan divididas, a su vez, en las doctrinas de la prevención especial, que refieren el fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la prevención general, que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados.<sup>13</sup>

Según Ferrajoli, la distinción entre las justificaciones absolutas o retribucionistas y las relativas o utilitarias, se halla expresada del modo más nítido en la frase de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las del segundo son *ne peccetur*, esto es, miran al futuro.<sup>14</sup>

Si el justificativo de la existencia del gobierno es la necesidad de proteger derechos individuales concretos, sólo puede actuar el sistema judicial para evitar la lesión o en todo caso para paliar sus consecuencias y resarcir a la víctima, pero no se justifica el rol del gobierno como un “corrector” o educador, lo que supone una intromisión terriblemente peligrosa en la esfera de libertad individual, que aún a quien ha cometido un crimen debe respetársele. Además, la práctica ha demostrado que detrás de todo intento “resocializador” existe un trasfondo ideológico que hace más peligrosa aún su aplicación.

Por ello, pienso que la única justificación de la intervención estatal es la protección de los derechos lesionados, y por eso coincido con la tesis retribucionista. No obstante ello, reconozco y acepto las críticas que se han hecho a estas teorías modernamente, las que incluso comparto, pues tienden a acentuar el rechazo del Derecho Penal como castigo del Estado y por el Estado, lo que carece de una justificación racional.

## 6. ¿QUÉ RETRIBUYE LA PENA?

Si el Derecho es el medio de garantizar la coexistencia pacífica entre las personas, y el Derecho Penal

específicamente es el medio de retribuir a los que cometen ciertas conductas violatorias de derechos individuales, vemos que esa retribución, en primer lugar, no se hace en nombre de la víctima sino del Estado, y en segundo lugar, tal retribución no implica ningún tipo de satisfacción específica para la víctima, sino que supone simplemente la satisfacción de una prerrogativa del Estado frente al individuo al que se castiga.

Esta circunstancia ha sido uno de los fundamentos más fuertes enunciados por los críticos a las tesis retribucionistas, al sostener, como ha hecho Roxin, que “considerándolo racionalmente, no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”.<sup>15</sup> Es que, precisamente, la única manera de justificar la sanción penal, es a través de la ficción de suponer que la conducta del imputado está afectando los intereses y derechos de un ente ideal, como es el Estado.

Normalmente, la víctima se ve sometida a varias cargas, como las de concurrir a la comisaría y a los tribunales para prestar declaración, pero no obtiene a cambio nada más que la eventual satisfacción de saber que la persona que violó sus derechos fue encarcelada.

Precisamente, esta satisfacción que la aplicación de una pena al criminal otorgaría a la víctima, o en una visión más amplia a toda la sociedad, en los tiempos modernos se está poniendo en duda por dos circunstancias:

a) El avance de la civilización hace que la gente tienda a sentir cada vez menos satisfacción por el sufrimiento ajeno, aun para quien ha violado algún derecho.<sup>16</sup>

b) Si se le diera la posibilidad a la víctima de elegir entre que el imputado vaya a la cárcel y ella no obtenga nada a cambio; o que el imputado quede en libertad, pero que se le obligue a pagar una indemnización por el daño producido, o a realizar ciertos

<sup>13</sup> L. Ferrajoli, 1995:253 y sus citas.

<sup>14</sup> Séneca, 1986:63; en L. Ferrajoli, 1995:253

<sup>15</sup> C. Roxin, 1976: 14.

<sup>16</sup> La práctica del Tribunal que integro me ha demostrado que habitualmente, las víctimas que concurren a las audiencias de los juicios orales como gestantes, especialmente respecto de delitos de escasa peligrosidad y que no llegaron a consumarse, no tienen interés en que el enjuiciado vaya a la cárcel. Es más, en muchas ocasiones hacen manifestaciones durante el juicio, en el sentido de que no quieren que esa persona vaya presa, que le da lástima, y que en definitiva no alcanzó a llevarse el dinero, por lo que no se sentía perjudicada. En estos casos, cuando el Tribunal condena al procesado, es evidente que no lo hace para retribuir el mal sufrido por la víctima, sino en nombre de una potestad estatal autónoma.

trabajos en su beneficio personal, pienso que en la mayoría de los casos las víctimas elegirían esta última posibilidad.<sup>17</sup>

De todos modos, como las valoraciones individuales de las personas no pueden ser adivinadas *a priori*, no es posible asegurar que las víctimas siempre preferirán la indemnización al encierro del criminal, pero lo cierto es que el Derecho Penal no les da la opción de elegir, pues su papel es secundario dentro del proceso.

Existe hoy una preocupación teórica, plasmada en algunas legislaciones, en considerar un poco más a la víctima dentro del proceso penal, creándose académicamente la asignatura de "Victimología", así como algunos departamentos gubernamentales destinados a velar por los derechos de las víctimas. Pero estos intentos no alcanzan a cambiar la naturaleza del proceso penal, en el cual la víctima es sólo un dato, un requisito que es preciso cumplir para poder aplicar una pena, pero tanto la categorización del delito como el monto y modo de cumplimiento de la pena, quedan a cargo del Estado, y éste los ejerce en su nombre y propia satisfacción.

Resultan elocuentes las observaciones de Hassemmer respecto de la situación de la víctima en el Derecho Procesal Penal alemán, que puede identificarse con la existente en el resto de los procedimientos.

"La posición de la víctima en el Derecho Penal y en el proceso penal se caracteriza por su participación parcial en cuestiones de poca trascendencia y por un alejamiento general respecto de las cuestiones de importancia. La persecución de los delitos sólo se hace depender de la denuncia o querrela de la víctima en los supuestos de escasa relevancia social del hecho, siendo en los demás casos competencia de la autoridad la decisión sobre la instrucción y la acusación. La querrela del particular sólo se autoriza respecto de los delitos cuyo tipo comporta un reducido interés público y el mismo principio. El

monopolio público de la persecución penal sólo se ve levemente afectado a través del procedimiento especial para compeler a la promoción de la acción pública".

"La cuestión de la reparación de los daños inferidos a la víctima es algo accesorio para el Derecho Penal. Los beneficios patrimoniales obtenidos por el delincuente no se restituyen a la víctima, sino que son objeto de comiso. El denominado procedimiento de adhesión que ha establecido la STPO para el resarcimiento de la víctima no desempeña un papel relevante en la práctica porque no se acomoda al sistema del proceso penal alemán. La satisfacción del interés de la víctima mediante la difusión pública de la sentencia está prevista en muy reducidos casos".

"El Derecho Penal aleja a la víctima de su polar ubicación frente al delincuente y ocupa por sí mismo esa posición, relegando a la víctima al ámbito de la previsión social, y al Derecho Civil sustantivo y procesal, en donde de modo activo, y dirigiendo el proceso, habrá de reclamar su derecho a la restitución, a la reparación material y a la indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho Penal la víctima queda neutralizada, limitada a la participación como testigo en el esclarecimiento del hecho y con los rudimentarios derechos a la conformación del proceso que se han mencionado".<sup>18</sup>

En el Derecho alemán, la naturaleza de la acción penal cambió al pasar la venganza y la *faída*, que estaban a cargo del ofendido y en su caso, de sus parientes (*sippe*), al sistema de la composición, y al transferir de la víctima al Estado las multas impuestas al delincuente. En efecto, la venganza fue en primer lugar sustituida por la imposición de prestaciones explicativas y de multas que indemnizaban al ofendido. El Derecho Penal estatal se estableció cuando el Estado se constituyó en receptor de la indemnización, desplazando a la víctima.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Una demostración empírica de esta impresión la he tenido en mi Tribunal, en aquellos casos en los que he podido echar mano de la *probation* o suspensión de la causa a prueba.

Cuando el procesado y su defensor solicitan la suspensión durante el juicio, lo primero que deben ofrecer es una reparación del daño ocasionado, lo que se debe comunicar a la víctima, que casi siempre ya declaró como testigo y espera en dependencias anexas del Tribunal. Entonces se puede apreciar cómo esa persona -que generalmente llegó fastidiada porque además de haber sido víctima de un crimen debe perder una mañana o un día para concurrir al juicio; aún cuando ya declaró ante la policía y el juez de instrucción, cambia su actitud ante la noticia de que podrá irse del Tribunal con algo de dinero para reparar los perjuicios sufridos. Aun cuando el ofrecimiento de reparación no alcance para pagar por todos los perjuicios, de todos modos la idea de poder obtener un resarcimiento sin necesidad de hacer un juicio civil, buscar un abogado que lo represente, etc., suele ser para las víctimas mejor noticia que la condena del procesado.

<sup>18</sup> W. Hassemmer, 1984:90 y ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 93.

La justificación de la estatización monopólica de la represión penal se basó en la necesidad de evitar la venganza y la justicia por mano propia, que en muchos casos acaba respondiendo a la violencia con más violencia, al delito con más delito, convirtiendo a la víctima en un propio foco de criminalidad.

Sin embargo, pienso que no es la estatización de la acción penal lo que permite evitar la justicia por mano propia, sino el establecimiento de procedimientos adecuados que permitan encauzar los legítimos derechos de la víctima a una reparación y a un castigo a su agresor por la vía de la legalidad objetiva impartida en un tribunal de justicia en el que rijan los principios de defensa en juicio y debido proceso.

El monopolio de la acción penal por parte del Estado puede llevar, como frecuentemente lo hace, a reemplazar el peligro de la violencia privada a través de la justicia por mano propia y la venganza sin límites por la violencia pública e institucional, que es mucho más peligrosa y difícil de combatir.

Si se tiene presente que la función de la pena es retributiva y que en una sociedad libre no se debería retribuir en nombre y para satisfacción del Estado, sino en nombre y para satisfacción de la víctima, no se advierte diferencia entre el Derecho Civil y el Penal, a no ser por el alcance de las sanciones que el Juez podría imponer (en el Derecho Civil se excluyen ciertas medidas resarcitorias y sanciones propias de la esfera penal).

La pretensión de irracionalidad que los modernos penalistas atribuyen a la teoría retributiva parte de la base de considerar que el fundamento de la pena es la potestad estatal de aplicarla. En tal contexto, coincido en que el castigo por el castigo mismo, sin otro justificativo, no tendría sentido para ser puesto en cabeza del Estado.

Pero el error está en tratar de resolver este problema, vinculado con el justificativo de la pena, ampliando las facultades del Estado, y dándole el nuevo carácter de "tutor" o "corrector" de las conductas individuales. Esto agrava aún más el problema, pues ya no se le reconoce al Estado solamente la facultad de castigar violaciones a derechos individuales, sino que se le convierte en una suerte de Regente Moral de la conducta de las personas.

No se justificaría que el Juez intervenga con el propósito de "resocializar" a una persona, o de darle una advertencia a él y al resto de la sociedad de

lo que le sucederá si viola derechos. En un contexto de justicia destinada a intervenir exclusivamente en protección de derechos individuales concretos, sólo se justifica la intervención del juez frente a la violación de un derecho concreto, pero entonces aparece el contrasentido descrito en los párrafos anteriores; en realidad se está retribuyendo en nombre del Estado y no en nombre de la persona cuyos derechos fueron violados.

## 7. LAS CRÍTICAS A LA PRISIÓN COMO MEDIO RAZONABLE DE RETRIBUCIÓN

Gran parte de la escuela que en los últimos tiempos ha crecido en el mundo bajo el nombre genérico de "abolicionismo", surgida especialmente en Europa a partir de los trabajos de Foucault, Baratta, Hulsman, Pavarini, etc. supone una crítica a la existencia del Derecho Penal.

El abolicionismo penal constituye un conjunto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación, por parte del Estado.

Como señala Ferrajoli,

"Los presupuestos filosóficos y las propuestas políticas de orientaciones semejantes son de los más dispares; desde el mito dieciochesco del "buen salvaje" y de la pretérita y feliz sociedad primitiva sin Derecho, a las prefiguraciones anarquistas y marxistas-leninistas del "hombre nuevo" y de la futura perfecta sociedad sin Estado; de las doctrinas apologéticas de la desviación y de la sociedad desregulada y libremente violenta, a las palingenésicas del fin de la desviación y de la sociedad perfectamente autorregulada y pacífica".<sup>20</sup>

Si bien bajo el paraguas del "abolicionismo" se cobijan una diversidad de tendencias -varias de las cuales son de corte netamente político-, el diagnóstico que la mayoría de estos autores hace es aceptable. Se dice que, por un lado, la amenaza con prisión es una herramienta de poder en manos del Estado, muy peligrosa para la libertad individual, pues los delitos son establecidos por el propio Estado que impone las penas.

Por otra parte, se destaca el poder estigmatizador y muy poco útil para la vida del condenado que tiene la pena. Se ha visto que una persona que pasa una larga temporada en prisión, sale de allí con su vida

<sup>20</sup> L. Ferrajoli, 1995: 249, con cita del estudio de P. Marconi, 1979.

arruinada y con escasas posibilidades de reencausarla.

El problema de los abolicionistas es que en general basan sus argumentaciones alrededor de la supuesta misión resocializadora de la pena, y por ello concluyen que la prisión no sirve para resocializar a nadie. Se olvidan de la función del gobierno de proteger los derechos de las víctimas, y se limita a tomar al autor de un delito como un inadaptado o enfermo, en lugar de considerarlo como a una persona que, en completo uso de sus facultades, ha decidido voluntariamente cometer un crimen.

Por ello, en general, encuentran que el sustituto de la prisión son las medidas de seguridad, comenzando por considerar que el delincuente es una especie de enfermo social, y que la misión del sistema legal debiera ser su readaptación social.

A partir de este razonamiento, los centros de rehabilitación y los establecimientos psiquiátricos son el sustituto de las prisiones, con lo cual no se resuelve nada, y además se entra en el peligroso campo de considerar a los delincuentes como enfermos y de justificar la intervención del gobierno en terrenos reservados a los psiquiatras.

Los establecimientos de reclusión de la Siberia soviética se basaban precisamente en estas premisas; todos los que están en contra del comunismo son enfermos sociales, y por lo tanto deben recibir el adecuado tratamiento psiquiátrico en establecimientos especiales, que no eran otra cosa que cárceles encubiertas.

Si bien desde una perspectiva liberal no es posible sostener la concepción del individuo como una especie de "paciente social", al que un "médico social" le diagnosticará su estado de "salud social", sí se puede cuestionar en muchos casos la razonabilidad de la pena de prisión como medio de retribuir una conducta criminal.

El concepto de "retribución" viene desde la ley del Talió, según la cual, se debía infringir al violador de un derecho la misma pena que ocasionó a la víctima.

El Talió dio paso, con el correr del tiempo y la civilización de los procedimientos penales, a la prisión, como un medio menos sangriento y drástico de castigo. En lugar de cortarle una mano al ladrón, se le enviaba una cantidad de tiempo a una cárcel para que pagara sus delitos.

Tal vez sea hora de que, con un nuevo avance de la civilización, se considere a la prisión como un méto-

do poco civilizado de retribución. Buena parte de los crímenes, especialmente los de contenido económico como el robo, el hurto o la estafa, tienen mejor retribución por la vía económica que por la privación de la libertad.

Es verdad que quien cometió un delito sufrirá más si tiene que padecer la privación de su libertad que si tiene que pagar una gran cantidad de dinero a la víctima, pero hay que tener en cuenta que la retribución, desde la perspectiva de la protección de derechos individuales concretos, no significa hacer sufrir todo lo posible al criminal, sino satisfacer del mejor modo posible los perjuicios de la víctima.

En las legislaciones más liberales del mundo, desde el siglo pasado hasta nuestros días, se ha tratado de limitar las duras consecuencias de la pena de prisión. Es sabido que por el sólo hecho de ingresar a prisión, una persona tiene una alta probabilidad de padecer varias consecuencias gravosas: 1) perder su trabajo; 2) separarse y, finalmente, perder a su familia y amigos; 3) conectarse con otras personas que están en la cárcel, entre quienes se encontrará, muy probablemente, con criminales que cuando él salga de la cárcel le ofrecerán su único trabajo: seguir delinquiendo; 4) al salir de la cárcel quedará estigmatizado, le será muy difícil conseguir un empleo, la gente lo mirará mal por haber estado en prisión, y poco a poco se le irá marginando; 5) su antecedente será un duro lastre cada vez que se encuentre en la calle con un policía que le pida documentos, o cuando deba realizar un trámite administrativo; 6) psicológicamente, el encierro prolongado bajo un régimen carcelario deja huellas difíciles de borrar, etc.

Para paliar algunas de estas consecuencias, se han desarrollado institutos jurídicos tales como la condena condicional, que permite en los casos de personas que cometen su primer delito y son condenadas a una pena relativamente baja, que esa pena se deje en suspenso, en tanto cumplan con una serie de requisitos que la ley impone.

Estos institutos, al igual que la suspensión de la causa a prueba antes mencionada, tienen una correcta función de morigerar las terribles consecuencias de la prisión en personas no peligrosas que han cometido hechos de escasa gravedad, pero a la vez generan tanto en las víctimas como en el resto de la gente, una sensación de impunidad o desprotección que es bastante entendible. Expresiones tales como que los delincuentes, al ser detenidos, "entran por una puerta y salen por la otra", o que al concurrir a la comisaría inmediatamente después de cometido un delito, "la víctima demora más tiempo que el

imputado", son bastante frecuentes entre personas que tienden a identificar la falta de encarcelamiento con la impunidad.

Mientras la prisión sea la pena prevista casi con exclusividad, el dilema está planteado y es difícil de resolver; o se envía a la gente a la cárcel, con todas las consecuencias antes apuntadas, o se la deja en libertad, alentando la impunidad.

La única alternativa válida que encuentro para solucionar el problema es sustituir a la prisión, en los casos de crímenes de escasa entidad, por medios de satisfacción a la víctima como resarcimientos pecuniarios, trabajo en su favor, etc. que signifiquen castigos más civilizados que la prisión y se apliquen de manera efectiva.

No hay que olvidar, por otra parte, que el costo de enviar a alguien a la cárcel lo paga el resto de la gente. Desde una perspectiva económica, se han realizado numerosos trabajos en estos tiempos, que muestran las grandes erogaciones que para los contribuyentes, significa mantener las cárceles.<sup>21</sup>

Pienso que la alternativa a esta situación no es reducir los gastos de mantenimiento de las prisiones y condenar a los reclusos al hacinamiento. Tampoco es una alternativa válida obligar a los reclusos a trabajar. La condena a prisión significa privar a una persona de su libertad ambulatoria, recluirla en un establecimiento determinado; pero es imposible obligar a alguien a actuar si no quiere hacerlo.

El trabajo en un centro de reclusión penal puede ser un aliciente para el recluso, si éste sabe que sus días en prisión podrán acortarse si produce, y si además, como está previsto en muchas legislaciones del mundo, una parte de lo que produce trabajando se le entregará el día que salga en libertad. Pero siempre el recluso, que ya está pagando con la privación de libertad, ha de tener el derecho de decidir si quiere o no quiere trabajar.

Entiendo que la mejor solución es, nuevamente, reemplazar a la prisión como medio de castigo, por formas de satisfacción a la víctima.

## 8. LA NECESIDAD DE PRIVATIZAR LA ACCIÓN PENAL

Las críticas a la esencia misma del Derecho Penal y a su autonomía respecto de quiénes deberían ser los receptores principales de la protección jurídica, es decir, de las víctimas, me llevan a concluir que tal vez haya llegado la hora, en el proceso de civilización del Derecho, de sustituir la naturaleza misma de los procedimientos en casos criminales, de eliminar el castigo eminentemente estatal y restituir a los particulares la acción para actuar en su propio nombre y beneficio.

El estudio de los orígenes de los Derechos que han fundado jurídicamente al mundo occidental moderno (el romano y el anglosajón), muestran que, originariamente, la distinción entre el Derecho Penal y el Civil no era tajante, y que el primero no era un Derecho totalmente público, sino que tenía como titular de la acción a la víctima.

En Roma, en los albores de la República, el Derecho Penal tenía un trazado distinto del que hoy conocemos, pues una buena parte de lo que hoy es materia del Derecho Penal pertenecía al Derecho Privado bajo la forma de *delicta privata* (Kaser, ZPR, p. 1). Delitos como el robo, el hurto o la injuria, eran perseguidos por el damnificado mediante la acción privada; esa pretensión jurisprudencial de satisfacción se hacía valer en el proceso civil y era realizada por una composición en dinero (pagada al damnificado) o librando al autor a la venganza privada (en algunos casos por azotes).<sup>22</sup>

En el proceso romano penal clásico, la regla era la acusación privada. Sólo compareciendo un acusador (que no fuese al mismo tiempo juez), había lugar a un procedimiento penal.<sup>23</sup>

Quiere decir que, a diferencia del concepto actual, la intervención del Estado se hacía depender, aun en caso de conducta criminal, de la acción de un particular que se declarara dispuesto a desempeñar el "difícil y odioso oficio de fiscal" (conferencia Mommsen p. 345). Mommsen cita el caso de un homicida confeso, a quien se tuvo que dejar en

<sup>21</sup> Hace poco se ha publicado una recopilación de ensayos editada por Robert James Bidinotto (*Criminal Justice? The Legal System vs. Individual Responsibility*, editada por The Foundation for Economic Education).

En este libro se muestra, entre otras cosas, el 'contrasentido' de que en muchos casos, los criminales que son condenados a prisión pasan a tener un nivel de vida muy superior al que tenían en las calles, con un alto grado de *comfort*, buena comida, gimnasio, televisión, atención médica y psicológica, recreación, etc. Hay muchas críticas a esta situación, sosteniendo especialmente que, además del daño que los criminales producen a las víctimas, todo el resto de la sociedad, formada por ciudadanos respetuosos de la ley y los derechos, debe pagar por todos estos gastos.

<sup>22</sup> Wenger, *Institutionem*, p. 15; Bethmann-Hllweg, 1, p. 100; citados por W. Gerhard, p. 21.

<sup>23</sup> Kunkel, p. 343 y ss., en Gerhard, p. 23.

libertad por falta de acusador. En este sentido, Cicerón, en Pro Sexto Roscio 20, 56, establecía la máxima: *nocens, nu accusatus fueri, condemnari non potest*: el pernicioso, a no ser que fuere acusado, no puede ser condenado.

Es interesante advertir cómo en el Derecho romano, especialmente por influencia de las ideas cristianas, se atacó y finalmente se prohibió la servidumbre temporal que se imponía como sanción resarcitoria para ciertos crímenes, en los que se condenaba al autor a servir a la víctima hasta satisfacer daño ocasionado, cuando no podía pagarla de otra forma.

Esta práctica del antiguo Derecho romano fue dejada de lado por considerársela inhumana; pero sin embargo nadie protesta cuando esa misma persona es enviada, a veces de por vida, a una celda, donde permanecerá encerrada, cumpliendo las órdenes que allí se le indiquen. La situación de un preso común en una cárcel de hoy puede ser peor, en algunos casos, que la de quien servía a su víctima hasta resarcir el daño.

Hasta parece más razonable que una persona se vea obligada a trabajar para la víctima hasta resarcirla del perjuicio que le ocasionó, antes que encerrarla en una celda en nombre del Derecho del Estado para hacerlo. Se podría encontrar en la servidumbre temporal varias ventajas respecto de la prisión: 1) la posibilidad de que su tiempo se reduzca dependería del esmero y el esfuerzo del penado por producir lo necesario para pagar su deuda; 2) se dejarían las consecuencias estigmatizantes de la prisión pues el penado estaría en libertad, y sólo debe aportar su trabajo para pagar su deuda; 3) probablemente se disminuirían los niveles de violencia que se generan dentro de los sistemas carcelarios, y hacen que muchas veces quienes han pasado una temporada en prisión salgan más violentos y desaprensivos por los derechos ajenos que cuando entraron; 4) satisfacerían los de la víctima, cumpliéndose la función de proteger derechos individuales, al procurar el resarcimiento de los daños; 5) se evitarían problemas y erogaciones que supone el mantenimiento de las cárceles.

En el origen del Derecho Anglosajón tampoco existía la distinción entre el Derecho Civil y el Penal.

Los particulares damnificados por un crimen debían demandar en nombre propio ante los jueces la satisfacción de la ofensa recibida. De este modo

proliferaron los abogados que compraban las acciones a las víctimas poco interesadas por perseguir los delitos, y buscaban ellos una reparación. Inclusive las órdenes de detención y registros eran extendidas por los jueces de paz a pedido de los representantes de las víctimas, que eran quienes llevaban adelante las investigaciones. Ellos fueron los antecesores de los fiscales.<sup>24</sup>

Como se recordó más arriba con una cita de Hassemer, en el primitivo Derecho alemán se pasó de la venganza privada y la faída a un sistema retributivo de composición judicial que se hacía en beneficio particular de la víctima. Con posterioridad se abandonó este principio para convertir esa composición en una retribución para el Estado. Lo que era una indemnización para la víctima, se transformó en una multa que va a parar a las arcas del gobierno.

Lo propio ocurría en ciertos Derechos de oriente, donde la legitimación para accionar estaba en la víctima y su familia. Por eso, para protegerse jurídicamente ante la comisión de un crimen en su contra, las personas huérfanas normalmente se hacían adoptar por alguna familia, para que de este modo alguien pudiese ejercer las acciones penales en su nombre, y desalentar así la comisión de crímenes en su contra.

En definitiva, se puede encontrar en el origen de casi todos los sistemas judiciales, un Derecho Penal que se ejercía por la víctima en su propio nombre.

La "privatización" de la acción probablemente traería muchas ventajas respecto de la eficiencia en la persecución de los crímenes.

Así, por ejemplo, es muy probable que aparezcan compañías de abogados comprando acciones de víctimas que no tienen interés en seguir adelante los procesos, los que cobrarían un porcentaje de lo ganado en el juicio. Lo mismo harían empresas de seguros.

Al respecto, es interesante recordar que en el Derecho inglés previo a la estatización de la acción penal, quienes accionaban eran los particulares. Muchos abogados compraban a las víctimas las acciones, y se hacían famosos como buenos litigantes, corriendo los riesgos por su gestión. Cuando el Derecho Penal surgió como Derecho estatal, estos abogados fueron sustituidos por los fiscales que adoptaron la fisonomía que hoy tienen en prácticamente todos los Derechos del mundo.

<sup>24</sup> B. J. Shapiro, 1991.

Como los fiscales en general no tienen un interés personal en el resultado del juicio -no cobran honorarios por sus éxitos y rara vez responden por sus fracasos-, la eficiencia de la investigación ha disminuido.<sup>25</sup>

Antes hice una referencia acerca de que se puede encontrar en la justificación del Derecho Penal una argumentación parecida a la que justifica la intervención del Estado en otras áreas, como la protección del ambiente. La privatización de la acción penal tendría, según mi parecer, consecuencias similares a las que podría tener la privatización de la acción por contaminación del ambiente.

Por ejemplo, en una comunidad donde en nombre de la teoría de los intereses difusos se ha estatizado la acción por contaminación ambiental, donde existen organismos estatales a los que hay que denunciar cualquier acto de contaminación, los que teóricamente realizan inspecciones periódicas y aplican sanciones que van desde multas, inhabilitaciones hasta prisión - todas ellas impuestas por cuenta y en nombre del Estado -, la consecuencia es la natural apatía de la gente por denunciar estos actos y el aumento en la corrupción de los funcionarios que deben efectuar los controles.

Así, pongamos como ejemplo, en un río que es contaminado por una fábrica que arroja desperdicios químicos; el dueño de la fábrica hará un análisis de costo-beneficio entre arrojar allí sus desperdicios o someterse a la ley. Como los controles, por depender monopólicamente del Estado, se verán debilitados y la posibilidad de sobornar a los oficiales es muy grande, el análisis del industrial será saber si le cuesta más descontaminar o pagar los sobornos, o eventualmente las multas.

Si se "privatizara" la acción, y se reconociese el derecho de cada ribereño a demandar en nombre propio por la contaminación del río que pasa frente a su casa, el industrial se vería bombardeado por constantes demandas de personas que actúan en

nombre propio y buscando su propio beneficio. De este modo, su análisis de costo-beneficio seguramente le dirá, en algún momento, que le conviene dejar de contaminar antes de seguir haciendo frente a tantas demandas.

Del mismo modo, las víctimas de delitos de escasa peligrosidad, como arrebatos de carteras, robos de esteros en automóviles, hurtos, roturas de vidrieras de negocios, frecuentemente ni siquiera se toman la molestia de efectuar una denuncia policial.

No lo hacen porque saben que ello les puede acarrear varias cargas y prácticamente ningún beneficio. Deberán concurrir a la comisaría y posteriormente varias veces a los tribunales para prestar declaración, perdiendo tiempo y dinero; en el caso en que se llegue a individualizar al criminal, lo máximo que pueden obtener es que se le condene a prisión, lo que a la víctima no le sirve de mucho.

Por el contrario, en el caso en que se pudiese buscar una retribución en nombre propio y en el propio beneficio, seguramente las víctimas tendrían mucho más interés en que se investigasen los crímenes cometidos en su contra, y esa señal enviada al mercado movería importantes cantidades de recursos hacia la investigación y persecución de estos hechos.

Seguramente aparecerían empresas de abogados como ocurrió en la antigua Inglaterra, dispuestas a comprarle a las víctimas la titularidad de la acción, corriendo el riesgo de perseguir al autor y tratar de obtener una reparación. Otro tanto harían las empresas de seguros, y se alentaría mucho la participación de la propia víctima en la investigación.

No se debe olvidar que es un principio básico del funcionamiento del mercado, que donde hay un buen negocio se fomenta la inversión en tecnología. Volviendo al caso de la contaminación, si por ejemplo cualquier persona pudiese demandar en nombre propio y procurando una indemnización para ella

<sup>25</sup> Es un buen ejemplo de esto el reciente caso de O.J. Simpson. Muchos de quienes siguieron diariamente el juicio, han opinado que Simpson fue hallado inocente, en buena medida, por la diferencia de los abogados que representaban a ambos intereses.

Los defensores constituían un equipo muy bien preparado y con importantes recursos - pagados por el procesado -, lo que les permitió echar un manto de duda sobre pruebas que al principio parecían cristalinas. Los fiscales, por su parte, tuvieron un papel que casi todos coinciden en definir como opaco, permitieron que tambalearan testigos fundamentales, y hasta se les acusó de no conocer algunos detalles que testigos propuestos por la fiscalía develaron durante las audiencias.

Los fiscales tienen una actuación que no puede abstraerse al medio burocrático donde se desempeñan. Son empleados a sueldo que no tienen, económicamente, nada que ganar ni perder con el resultado de los juicios. Es cierto que tienen una reputación que proteger, y especialmente ella está en juego en casos como el de O. J. Simpson, pero también es cierto que los presupuestos judiciales son limitados. Violaría el principio de igual protección de los derechos si el gobierno hubiese destinado millones de dólares para apoyar a los fiscales que siguieron el caso de Simpson, y sólo algunos cientos de dólares para pagar por la preparación de casos similares pero sin resonancia pública.

En cambio, un acusador particular hubiese tenido otra motivación, y seguramente hubiese conseguido más recursos para presentar su caso de un modo más sólido.

misma a los automovilistas y choferes que contaminan el aire con gases tóxicos, en lugar de monopolizar esa acción en manos y para satisfacción del Estado, seguramente aumentarían considerablemente las inversiones de dinero en el desarrollo de tecnología destinadas a detectar la contaminación del aire. Todos querrían tener su propio detector de monóxido de carbono, porque ello les permitiría encontrar a contaminadores a los cuales demandar.

Algo parecido ocurriría con la inversión de dinero en tecnología para descubrir a los autores de crímenes, con mejores y cada vez más sofisticados detectores de huellas, rastros, voces, cámaras filmadoras, etc.

En suma, la persecución de los crímenes cobraría una creciente importancia para las víctimas, y ello haría aumentar su valor económico, convirtiéndola en un foco de inversiones.

## 9. LA PRIVATIZACIÓN DE LA ACCIÓN AUMENTARÍA EL EFECTO PREVENTIVO GENERAL DEL DERECHO

Como señalé antes, no es posible justificar la imposición de una pena exclusivamente en la aludida función preventiva general del Derecho Penal, es decir, en la circunstancia de que la amenaza de una pena tenga una función disuasoria respecto de la gente para que de ese modo se abstenga de violar derechos ajenos. La función preventiva general existe, pero no puede ser el fundamento de la condena.

Pero aún desde este punto de vista, podría señalarse que la privatización de la acción penal aumentaría el efecto de la prevención general, pues al hacer más eficiente el sistema basado en el propio interés de las víctimas por lograr una satisfacción por el mal recibido, las posibilidades de impunidad disminuirían.

Una visión de la criminalidad desde el punto de vista del "mercado de la delincuencia", indica que, en términos generales, una persona que contempla la posibilidad de cometer un delito sólo lo hará cuando los beneficios esperados exceden a los costos de tal acto, con la esperanza de incrementar su

bienestar. Los criminales responden a cambios en los costos de oportunidad, en la probabilidad de aprehensión, en la severidad de las penas y en otras variables relevantes.<sup>26</sup>

Como señala Bruce Benson, las decisiones son tomadas sobre la base de información e incentivos y los parámetros a ser tenidos en cuenta para tomar la decisión serán, al decir de Gary Becker: 1) la utilidad esperada; 2) el riesgo de ser detenido y castigado; y 3) la severidad de la pena prometida.<sup>27</sup>

Pero pienso que, antes que la severidad de la pena prometida, lo fundamental para que exista una disuasión efectiva es que sea alta la probabilidad de que esa promesa se cumpla. Hace más de dos siglos, Cesare Beccaria explicaba que "uno de los más grandes frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, como consecuencia de ella, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un Juez inexorable... La certidumbre de un castigo, aunque moderado, produce siempre impresión más honda que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de impunidad..."<sup>28</sup>

En este contexto, la privatización de la acción generaría una mucho más eficiente persecución, toda vez que serían las víctimas, buscando el resarcimiento de un interés personal, las que actuarían en lugar de oficiales o funcionarios judiciales sin incentivos y atrapados en una tenaz burocracia.

En la medida en que la persecución privada se mostrará más eficaz, la señal que eso daría al "mercado de la criminalidad" sería la de un aumento en los costos de cometer un crimen, al aumentar las posibilidades de que lo persigan y lo hagan pagar. En este sentido, la naturaleza del pago pasa a un segundo lugar. De poco sirve, por ejemplo, la amenaza con la pena de muerte a todo funcionario corrupto, si nadie resulta siquiera procesado por ello.

Por otro lado, especialmente en delitos de escasa peligrosidad, la sanción con la que sería amenazado el criminal podría llegar a ser más gravosa en términos reales de lo que hoy en día es. Si se tiene en

<sup>26</sup> R. Pisner, 1972:164 y ss. Sobre el estudio del mercado de la criminalidad, ver también: G. Tullock, 1974:103; G.S. Becker, 1968; I. Ehrlich, 1974; G. Stigler, 1970.

<sup>27</sup> B.L. Benson, 1990: 161 y sus citas. Ver especialmente: G.S. Becker, 1968. Es recomendable la lectura del trabajo de Benson: "A note on corruption of public officials: The black market for property rights" (1981:305-331), donde el autor explica la aplicación de estos mismos criterios al análisis de la corrupción de los funcionarios del gobierno (R.M. Rojas, "Algunas consideraciones filosófico-jurídicas en torno del problema de la corrupción", (1993:61-82).

<sup>28</sup> C. Beccaria, 1959: 249.

cuenta que, por un principio liberal, existen varias formas de evitar el encarcelamiento efectivo para los primarios, resultaría en los hechos más graves para el criminal ocasional que difícilmente vela a delinquir, la obligación de resarcir los daños a la víctima, en lugar de la imposición de una simbólica pena de prisión en suspenso.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con mi criterio, carecen de sustento las tres teorías con las que clásicamente se ha intentado fundamentar la aplicación de sanciones penales:

a) La retribución, hecha por el Estado a través del Derecho Penal, no se utiliza, pues supone que la retribución sea hecha en nombre y para satisfacción de un ente inmaterial como es el Estado, en lugar de ser destinada a retribuir a las víctimas.

b) La prevención general no puede justificar por sí sola la aplicación de penas, pues es sólo una manera de atemorizar a eventuales violadores de derechos individuales a costa de la aplicación de sanciones. Por otra parte, esa tarea de desaliento a los violadores de derechos individuales se logra más eficientemente cuando los hechos criminales son perseguidos por aquellas personas que lo hacen

persiguiendo el interés personal de obtener una retribución a cambio, es decir, la propias víctimas.

c) La prevención especial, concebida como "resocialización" a cargo del Estado no puede justificarse desde la óptica del respecto a la libertad individual.

Ningún funcionario del gobierno puede tener la facultad de determinar qué es "socialmente" bueno o malo, y debe limitarse a proteger los derechos individuales de víctimas concretas. A ello debe sumarse que las cárceles tienen muy poco de positivo desde el punto de vista de la superación personal de quien ha cometido un crimen.

A estas alturas de la civilización, el Derecho Penal debería ser reformulado y dar lugar a formas o procedimientos mixtos, basados en la demanda de las propias víctimas en busca de sanciones que constituyan una reparación de los daños ocasionados con el crimen. Ello supondría dos cambios fundamentales respecto de la actual respuesta penal: a) las acciones serían ejercidas por las víctimas o sus representantes, y no por el Estado; b) las sanciones a imponer estarían exclusivamente vinculadas con la reparación del daño ocasionado a la víctima y no con un castigo impuesto por el Estado.