

SOBRE LAS CRÍTICAS A LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

ON CRITICISMS OF ABSOLUTE PUNISHMENT THEORIES

Andrea Alejandra Ariza Lascarro. Abogada con énfasis en Derecho Internacional de la Universidad del Norte. Correo: aaariza.14@gmail.com

Recibido 03/24/2015 – Aceptado 08/27/2015

Resumen: El cuestionamiento por el sentido y fin de la pena resulta uno de los tópicos básicos del estudio del derecho penal como rama de las ciencias jurídicas. De las más antiguas resultan las teorías absolutas de la pena quienes mediante el ejercicio de la retribución o la retaliación, atendiendo a la corriente de estas teorías a la que se adscriba, se busca dar un fin de la pena para el resarcimiento del daño pese a que por definición, ello pudiese caer en la mera venganza como fin de la pena.

Palabras clave: Teorías sobre la pena, fin de la pena, teorías absolutas, críticas a las teorías absolutas.

Abstract: The questioning of the meaning and purpose of punishment is one of the basic topics of the study of criminal law as a branch of legal science. Of the oldest theories are absolute theories of punishment which through the exercise of retribution or retaliation, depending on the stream of theories to which it is attached, seeks to give punishment a meaning in punishment for compensation of damage despite it falling by definition into mere revenge as an end to punishment.

Key Words: punishment theories, purpose of the punishment, absolute theories, criticism of absolute theories.

Introducción

Este artículo pretende ser una pieza académica que aborde el tema de las críticas a las teorías absolutas de la pena. A razón de esto se busca en el presente, como principal objetivo, determinar cuáles son las críticas a las teorías absolutas de la pena y la razón de ser de las mismas. En ese orden de ideas, se propone como un segundo objetivo, el indagar tales críticas son pertinentes para, finalmente concluir en base a lo anterior.

De esta forma, este escrito ha sido construido de la siguiente manera: (1) conceptualización de las teorías absolutas, (2) críticas a dichas teorías y, finalmente (3) conclusiones; no está de más aclarar que esta pieza académica no se encuentra a favor de las teorías absolutas y en consecuencia no pretende ahondar en ellas de una manera positiva.

Desarrollo

1. Conceptualización de las teorías absolutas de la pena.

La pena propiamente dicha es, en palabras de Velázquez Velázquez “un mal que impone el legislador por la comisión de un delito” (2010, p. 151). Se plantea entonces, a la pena como la consecuencia jurídica de la realización de una conducta penalmente relevante, misma que en palabras de este mismo autor “se pierde en la historia de los tiempos, y se remonta hasta el pensamiento mágico” (2010, p. 151).

Esta noción clásica de la pena, no se sugiere como un tema relevante académicamente hablando, hasta en tanto no se aluda al sentido o fin de la misma, o bien a su función. Relativas al fin de la pena encontramos: a) las teorías absolutas, b) las teorías relativas y c) las teorías unión, siendo todas sin distinción objeto de críticas y discrepancia entre los diversos autores de la doctrina penal.

Las teorías absolutas, también conocidas como teorías retributivas sostienen Bustos Ramírez & Hormazábal (2006) parten de la premisa de “la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre” (p.58) y en si sostienen que los fines de la pena “son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho” (p.59) en esta misma línea y sintetizando lo anterior “la pena es una retribución” (p. 59) y por ende “se trata de que el que ha realizado un delito lo retribuya con la pena.” (p. 59).

De las anteriores teorías sostiene Reyes Echandía (1998) existe una conexión casual entre la pena y el delito, donde es este el que da origen a tal castigo. Luego, la pregunta sobre el fin de la pena se responde en sus términos en la relación de la justicia, dado que para él los fines prácticos de la pena son nulos.

Ahora bien, en lo referido a la homogeneidad de tales teorías absolutas, se vislumbran en ellas dos corrientes o tesis. Dichas son: a) la reparación y b) la retribución. Siendo ambas producto de un contexto o momento histórico particular.

Así pues, la tesis de la reparación establece Reyes Echandía (1998) “el delito es un hecho inmoral que debe repararse con el dolor experimentado por el delincuente al sufrir el castigo” (p. 15). Por lo cual, “hay una evidente confusión entre delito y pecado, entre moral y derecho” (p. 15) y que “además, al vincular inescindiblemente la pena al dolor se propicia el tormento como algo connatural a la sanción penal” (p. 15).

La tesis de la retribución en cambio, afirma el mismo Reyes Echandía (1999) que la pena es la respuesta justa al delito. Autores como Ferrajoli (1995) advierten que estas “quedan divididas según el valor moral o jurídico atribuido a la retribución moral” (1995, p. 253).

2. Críticas a las teorías absolutas de la pena

Autores como Cobo del Rosal (1999) citando a Brunner y Maurach dicen que “las tesis estrictamente retributivas en orden a la justificación del castigo se hallan hoy en franco retroceso” (p. 813). Para este autor además, “en el Estado de Derecho, el hombre ha de ser tomado como fin en sí mismo y no puede ser degradado a la condición de un mero instrumento para alcanzar las finalidades ajenas a él.” (1999, p. 813) Es por tanto, que instrumentalizar al hombre con el fin de retribuir un mal con un mal no es compatible con el Estado de Derecho.

Arroyo, Neumann y Nieto (2003) afirman también que en el marco de una sociedad liberal el Estado tiene “*únicamente unas funciones precisamente limitadas como la prevención de daños y la protección de los bienes necesarios para una existencia segura*” (2003, p. 127) sumándose a lo dicho anteriormente por Cobo del Rosal.

Por otro lado sostienen Bustos y Hormazábal (2006) que Kant y Hegel son los dos pensadores retribucionistas por excelencia. Para Kant, según estos mismos autores, la retribución tiene un fuerte componente ético. Dado que en términos de Velázquez (2009) “la retribución moral está fundada en el principio de culpabilidad” (2009, p. 256) de ese modo, Velázquez (2009) establece que:

(...)el hombre el libre de auto determinarse y puede optar entre lo bueno y lo malo, al hacer mal uso de esa libertad a través de la comisión de un delito, se hace culpable y por en —en justicia— acreedor de una pena. (p. 256-257).

Autores como Bustos y Hormazábal (2006) son críticos a la posición Kantiana sobre el fin de la pena dichos autores aseveran que Kant “*se olvida que una investigación sobre la pena no es un problema metafísico o*

teleológico, sino uno dentro de un determinado sistema social del cual el derecho es su expresión” (p. 60). También sostienen estos mismos que “la pena entendida como retribución a la culpabilidad del sujeto presupone un hombre dotado de libertad absoluta, lo que no es demostrable y no pasa a ser un axioma dogmático” (p. 60) y finalmente dicen estos mismos que “la pena entendida como retribución no parece compatible con el Estado Democrático” (p. 60)

En efecto Kant entendía que “la pena solo consistía en un mal, lo que inevitablemente nos lleva a asociarlo con la idea de venganza” (Bustos & Hormazábal, 2006, p. 60) lo cual “no es compatible con la dignidad de la persona” (p. 60).

Crespo (1999) citando a Roxin señala las siguientes críticas a la retribución Kantiana: a) la teoría da por sentado la necesidad de una pena, b) la voluntad humana presupuesta es indemostrable, c) imposibilidad de remediar el mal con mal.

Autores como Zaffaroni (2002) plantean dicha teoría –la kantiana- adolece de un imposibilidad real de resarcir el derecho vulnerador o el orden jurídico asolado por el crimen. Incluso Cobo del Rosal afirma que “quienes en la actualidad, siguen sosteniendo una concepción retributiva de la justificación del castigo, rechazan la idea Kantiana de que su imposición sea obligatoria para el Estado” (1999, p. 814).

Pasando a Hegel, quien se dice es el otro máximo exponente de la retribución, su teoría a diferencia de Kant no plantea una retribución moral sino una retribución jurídica. Reyes Echandía (1998), citando a Soler sintetiza la idea Hegeliana acerca de la pena de la siguiente manera:

La pena es una especie de retorsión de la propia negación del derecho que el delincuente intentara; una voluntad racional, al querer la violación del derecho es como si quisiera la pena. Por eso, la pena aparece como la negación de la pretendida negación del derecho; es la demostración de su irrealidad y con ello, el restablecimiento del imperio inatacable del derecho. De ahí su necesidad absoluta. (p.17)

Dice El mismo Reyes Echandía, citando ahora a Roeder, dice que “ni la libertad en general, ni la pena en particular, pueden tener valor alguno moral ni jurídico, sino puramente como medio para el verdadero fin de vivir una vida dignamente humana” (1998, p. 17). Este mismo autor ahora citando a Antolisei, asegura que las tesis retributivas “entendidas en su contenido natural. Se reduce a reconocer que la pena no es más que una venganza legal” (1998, p. 17)

Autores como Roxin lanzan a su vez duras críticas a las teorías retributivas. Dice este autor en cuanto al concepto de retribución que esta es:

La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo.” (p. 84).

Este autor también se suma y comparte mismas críticas de Bustos y Hormazábal en cuanto para Roxin (1997) también “la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.” (p. 84) Ferrajoli también critica dichas teorías afirmando que son insostenibles, dado que estas tienen una enraizada creencia “en la existencia de algún nexo necesario entre la culpa y el castigo” (1995, p. 254). Este mismo autor citando a Alf Ross estas teorías es “tan carente de sentido como para hacerle suponer que nadie la ha sostenido nunca seriamente.” (1995, p. 254).

Conclusión

Habiendo hecho una lectura de las principales críticas a las teorías absolutas de la pena y en base a los planteamientos de autores como Roxin, Ferrajoli, Zaffaroni, Reyes Echandía y Velázquez, quienes sostienen que estas teorías pertenecen a momentos históricos, políticos y sociales superados y que muchos de ellos incluso –como se expuso anteriormente- opinan que van en contravía al Estado de Derecho, es claro que su estudio es aun plenamente vigente en el siglo XXI, donde existen países que aun presentan sistemas con pena de muerte o cadena perpetua que en la supuesta búsqueda de una sanción proporcional para quien realice una conducta punible, ello resulta ilusorio y más parecido a una idea de venganza.

Así pues, el Estado no puede dar legitimidad a comportamientos que en si busquen la retribución de un mal con otro mal. Si bien debe procurar buscar sanciones que difieran de la pena y tengan un carácter más neutral con el fin de buscar la reparación del mal causado.

Referencias

- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal (1ra ed.). Madrid, España: Trotta S.A.
- Roxin C. (1997). Derecho Penal General. (vol. I) (2da ed) Madrid, España: Editorial Civitas. Reyes A. (1998). Obras Completas (vol. III) Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Crespo, D. (1999). Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
- Cobo del Rosal, M. & Vives Antón, T.S. (1999) Derecho

- penal parte general (5ta ed.) Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch. Zaffaroni E. (2002) Derecho penal parte general (2da ed.) Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Arroyo Zapatero L. Neuman, O & Nieto Martin, A. (2003) Critica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. Toledo, España: Ediciones de la Universidad de Castilla.
- Bustos Ramírez, J. & Hormazábal Malarée, H. (2006) Lecciones de derecho penal. Parte general. Madrid: Editorial Trotta S.A. Velásquez, F. (2009) Derecho penal. (4ta ed.) Medellín, Colombia: Comlibros.
- Velásquez, F. (2010) Manual de derecho penal. (4ta ed.) Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales