

# Algunas reflexiones sobre el propósito del castigo



**EFRAÍN VASSALLO SAMBUCETI**

Abogado por la Universidad de Lima.



Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 126

*"En Lima matan los perros pa' que no muerdan a los demás; al otro día temprano, por la mañana, amanecen más..."*

Canto de Jarana, fuga de resbalosa limeña. Anónimo, Circa 1920.

En el pueblo de *Big Whiskey*, Wyoming, Estados Unidos, durante la segunda mitad del siglo XIX, se ha impuesto como norma de obligatorio cumplimiento el que ni los residentes ni los visitantes —salvo los custodios de la ley— porten armas de fuego. El implacable sheriff *Little Bill Daggett* está dispuesto a hacer cumplir esa orden a como dé lugar. Sin embargo, como quiera que una prostituta local ha sido desfigurada por dos matones, sus compañeras han hecho una colecta y han ofrecido una recompensa de mil dólares a quien logre matar a los agresores.

Dicha promesa ha motivado que varios pistoleros se organicen para visitar el pueblo de *Big Whiskey* con el propósito de ganarse el premio ofrecido. Uno de ellos es *English Bob*, un arrogante británico que siente que su origen europeo lo hace superior al resto y que se da el lujo de llegar al pueblo acompañado de un estúpido biógrafo, quien escribe todas las farsas que Bob le cuenta sobre su vida.

El inglés Bob desatiende la prohibición, elevada a la categoría de delito, de portar armas en *Big Whiskey* y es descubierto en público por *Little Bill Daggett* y sus ayudantes. El riguroso sheriff le pide al visitante que se sincere, ya que antes le había prometido a uno de los alguaciles que él no llevaba armas. Presionado por las circunstancias, Bob le confiesa tener

sólo una *peacemaker*<sup>1</sup> la que entrega para luego pretender retirarse. *Little Bill Daggett* advierte que el visitante le está mintiendo y que también lleva un revolver calibre treinta y dos escondido debajo del saco.

Lo que sucede a continuación es una brutal paliza propinada por el sheriff contra el inglés Bob, en la que destacan las extremadamente fuertes patadas en el pecho, estómago y rostro del visitante. Mientras el colérico *Little Bill Daggett* hace esta sanguinaria exhibición de su ferocidad y salvajismo, en frente de los horrorizados pobladores de *Big Whiskey*, da el siguiente memorable discurso:

*"Creerás que te estoy pateando. ¡Pero no es verdad! ¡Te estoy hablando! ¡Me oyes?! Les hablo a todos los cabrones de Kansas! ¡A todos los cabrones de Missouri! ¡Y a los cabrones allá en Cheyenne! ¡Las putas no tienen plata! ¡Aunque la tuvieran no les conviene venir a buscarla!"*

Este relato corresponde a un extracto de la magnífica película de género *western*, *Los Imperdonables*<sup>2</sup> (*Unforgiven*, 1992) de Clint Eastwood y nos conduce de golpe a la reflexión sobre el carácter disuasorio del castigo. Se ha infringido una norma de naturaleza prohibitiva y penal y el regulador de la ley<sup>3</sup> aplica sumarisimamente un castigo público al infractor, buscando, en forma indiscutiblemente expresa, que los testigos visuales de esa cruel penitencia sean a su vez portadores del mensaje que *Little Bill Daggett* anuncia a todo pulmón: "Te estoy advirtiendo algo. Se lo advierto a todos los que quieren hacer lo mismo que tú: Desobedecer la prohibición de portar armas en mi pueblo y pretender matar a quienes maltrataron a la prostituta, les traerá graves

1. La *peacemaker* es un sencillo revolver de acción única, no automático.
2. La película fue producida por Warner Bros. Pictures y Malpaso Productions. Ganó el Oscar a mejor película, mejor edición, mejor director (Eastwood) y mejor actor secundario (Gene Hackman hizo el papel del salvaje sheriff *Little Bill Daggett*). Ganó también varios premios internacionales más. Richard Harris interpretó a *English Bob*.
3. Es importante considerar que el contexto en el que se desarrollan los hechos de la ficción fílmica, es el de la época del alborotado y violento Oeste norteamericano, por lo que conceptos como el de principio de legalidad, debido



consecuencias. *No les conviene venir, porque esto o algo peor les puede pasar*".

Sin embargo, más adelante, en la misma película, el duro asesino a sueldo *Will Munny*<sup>4</sup>, llega con dos secuaces a *Big Whiskey*, sin que al parecer le importe el antecedente de la golpiza pública que ha sufrido Bob. El irascible sheriff descubre que Munny tiene también armas prohibidas y le administra una tunda mucho más fuerte que la que recibió el inglés. Pero esto no amilana a los pistoleros y cuando Munny se recupera, cumplen con el cometido de matar a los patanes que desfiguraron a la prostituta.

Esta singular reacción de Munny, insensible ante las amenazas de la repetición del castigo, nos hace recordar la reflexión que en la también sensacional película polaca *No Matarás*<sup>5</sup> (*Krotki Film o Zabijaniu*, 1988) de Krzysztof Kieslowski, el joven postulante a abogado<sup>6</sup> hace al jurado calificador cuando se le pregunta qué opinión tiene sobre el carácter disuasorio de la pena. El entusiasmado muchacho responde sonriente: *"Nunca, desde Cain, un castigo ha hecho mejorar a nadie ni disuadirlo de cometer un crimen"*, ganándose la aprobación inmediata de sus evaluadores.

Esta referencia explícita al primer criminal de la historia y al terrible castigo que tuvo que soportar, según las escrituras bíblicas<sup>7</sup>, constituye una respuesta cerrada a la natural inquietud que motiva este trabajo de propósitos reflexivos: ¿tiene la pena la capacidad de disuadir al criminal de la comisión de un nuevo delito? (prevención espe-

cial negativa). Y, ¿tiene la pena la capacidad de disuadir a la sociedad de la comisión de delitos? (prevención general negativa).

La respuesta del joven postulante a abogado es cerrada y certera. Es un "no" definitivo a la duda que se le plantea. Contesta con soltura y tranquilidad. Pareciera que hubiera esperado que se le formule esa pregunta y, en efecto, quienes lo examinan se sienten complacidos con la respuesta. Se trata de un "no" absoluto y sin miramientos. Al sostener que la pena no ha disuadido "desde Cain", encierra en su respuesta el universo de todos los crímenes, ya que el de Cain —desde una perspectiva bíblica— fue el primero de la historia.

No exagero al sostener que el debate sobre la capacidad disuasoria de la pena es tan antiguo como su existencia. Heiko H. Lesch<sup>8</sup> anota que este tema ha sido meditado desde Platón en *Protágoras*, al afirmar que la sanción penal no se aplicará en razón del "injusto cometido" ya que el castigo no puede deshacer lo ya hecho, "sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido".

En dicha línea, cabe también preguntarse si ¿el negar el carácter disuasorio del castigo como un objetivo probada y completamente eficaz de su imposición, significa además afirmar que no existe ningún grado de persuasión negativa en su eventual aplicación o en la amenaza de ésta? Es decir, ya que probablemente sea cierto que una pena no es definitiva e infaliblemente disuasoria, ¿acaso

---

proceso o juez natural, podían ser perfectamente sustituidos por la implacable decisión de un sheriff que buscaba hacer respetar la ley de cualquier manera efectiva.

4. Este papel lo interpreta el propio Clint Eastwood.
5. La película fue producida por Zespol Filmowy "Tor". La película ganó el premio de la Crítica Internacional y el del Jurado en el Festival de Cine de Cannes.
6. Este papel lo interpreta el actor polaco Krzysztof Globisz.
7. Génesis, capítulo 4. "Grande es mi castigo para ser soportado", fueron las palabras con las que reaccionó Cain luego de saber qué sanción le imponía Jehová.
8. LESCH, Heiko H. *La Función de la Pena*. Edición en español traducida por Javier Sánchez—Vera Gómez—Trelles. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 2000. Página 38.

no será mejor, para el objetivo de desaconsejar la comisión de crímenes, la existencia de sanciones claramente descritas en la ley?

Como bien apunta el propio Lesch, *"la intimidación como función de la pena desempeña un papel importante entre los prácticos del Derecho penal"*<sup>9</sup>, y no existen mejores exponentes del pragmatismo que aquéllos que realizaron un enfoque económico del derecho y de la criminalidad, como son los *libero arbitristas de la opción racional*.

Estos pensadores concluyeron que el potencial criminal hace una elección racional y libre al momento de escoger el camino de la criminalidad, ponderando los costes y beneficios de su eventual comportamiento. Así, entre los beneficios que consideraría el individuo, están las ganancias económicas, la asunción de prestigio y confort, la satisfacción de una meta personal (incluso sentimental), el respeto de su entorno, etcétera. Por otro lado, los costes a sopesar serían los de la privación de la libertad, las pérdidas económicas propias de la defensa, la pérdida de prestigio y confort, así como el respeto de su entorno; todo esto en el escenario probable de que el potencial delincuente sea descubierto.

En consecuencia, la solución lógica que sugieren los *libero arbitristas* a esta racionalización de la criminalidad, es la de la racionalización de la propia respuesta legal al delito. En dicha línea, si el criminal hace un análisis de los costes y beneficios antes de tomar la decisión de delinquir, lo que corresponde es elevar los probables costos para disuadir la comisión del delito. Desde una perspectiva económica de la criminalidad, esto supone que la sanción penal debe tener características claras de severidad, celeridad y certeza.

El criminólogo español Antonio García—Pablos de Molina desarrolla muy bien este tema, explicando la posición de los *libero arbitristas* de la siguiente manera: *"La mayor severidad de las penas y la certeza, también mayor, de la efectiva imposición de las mismas producirá, según esto, un indiscutible impacto disuasorio en la comunidad, con el consiguiente descenso de la delincuencia. El riesgo comprobado de recibir una pena (que resulta de la probabilidad de ser capturado, condenado y ejecutado el castigo) disuade, sin duda, a una parte de la sociedad de la comisión de delitos por miedo al castigo. Dicho efecto contra motivador en las penas privativas de libertad guarda estrecha relación con la duración de aquéllas. Por ello, la pena capital tiene un obvio impacto intimidatorio en homicidas potenciales, superior al de la pena perpetua de privación de libertad. Desde tal óptica economicista, los mecanismos de autoprotección empleados por las víctimas en potencia del delito<sup>10</sup> elevan los costes de éste, al dificultar y encarecer su ejecución"*<sup>11</sup>.

Ahora bien, ¿qué tan racional es realmente el ser humano? La amenaza de la sanción penal puede estar escrita en la norma, pero es difícil imaginar a un potencial criminal consultando el Código Penal antes de decidir si comete o no el delito. Es verdad también que existen medios de difusión de esta amenaza, principalmente periodísticos; sin embargo, parecen no ser lo suficientemente útiles como para servir de herramientas para un correcto proceso racional del criminal en la ponderación de los costos y beneficios de su pretendido comportamiento ilícito. García—Pablos de Molina explica este fenómeno a partir de las modernas orientaciones psicoanalíticas, señalando que el crimen persiste, no obstante la amenaza del castigo, por una *"defectuosa interiorización*

9. *Ibid.*, pág. 48.

10. Se trata de los mecanismos de seguridad tales como los blindajes, rejas, claves secretas, personal de protección, por ejemplo.

11. GARCÍA—PABLOS DE MOLINA, Antonio Criminología. *Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente*. Primera Edición Peruana. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales – Centro de Educación Continua. Lima, 2008, pág. 275.



por parte del individuo de las normas sociales".<sup>12</sup> El potencial criminal conoce las normas, las puede inclusive citar y repetir; sin embargo, en su inconsciente no existe ninguna amenaza de sanción penal, por lo que no opera eficazmente el proceso de racionalización.

Por lo demás, ni todos los individuos son iguales, ni todos los delitos permiten hacer una evaluación racional previa de costos y beneficios. El grado de temor y rechazo del potencial criminal a ser descubierto y a las consecuencias económicas y personales que ello podría conllevar, dependerá, en buena parte, de su educación, experiencias personales, afecciones, aflicciones, sentimientos, aprehensiones y fobias. Asimismo, una evaluación racional de las contingencias probables, se podrá hacer con tranquilidad en la fría planificación de un crimen bien elaborado y complejo (los delitos de cuello blanco serían casos típicos de esto), pero será impensada en los ilícitos cometidos por emoción violenta. Por ejemplo, pienso ahora en un hombre que llega a su casa y encuentra que su hija adolescente está besándose y siendo tocada por un vecino mayor de cuarenta años, siendo evidente que la muchacha consiente el acto. El padre es invadido por la furia y la impotencia y aunque la chica le asegura que el vecino no se ha aprovechado de ella, el padre le asesta a aquél un certero golpe en la cabeza con una lámpara de mesa y lo lesiona gravemente. ¿Tuvo el infeliz padre la posibilidad de hacer un análisis de los costos de su comportamiento? Él sentía que su hija estaba siendo ultrajada y abusada por un hombre mayor, ¿qué posibilidades tenía de ponderar la cantidad de años de cárcel que podría purgar con su conducta?

A propósito de esto, el propio García—Pablos de Molina expresa su escepticismo sobre la relevancia absoluta de la teoría de la opción racional, afirmando que ella podrá ser válida "tal vez, en un sector de la criminalidad económico—patrimonial y en la delincuencia organizada, pero

no (podrá ser) susceptible de generalización al resto de los hechos punibles. Extrapolar un análisis de costes y beneficios a significativos campos de la criminalidad ajenos a motivaciones y claves económico—lucrativas es tanto como desconocer la realidad, mucho más compleja. De la realidad se aparta, también, el moderno clasicismo cuando reitera su desmedida confianza en la ley penal (efecto disuasorio de ésta) y en las instituciones del control social formal".

Y no obstante todo esto, a pesar de que en la breve historia que relato al comienzo y que pertenece a la ya citada película *Los Imperdonables*, nos sorprende que Will Munny haya ido a matar a los patanes que desfiguraron a la prostituta, aún sabiendo las consecuencias a las que se arriesgaba y que haya insistido con el cumplimiento de dicho objetivo, luego de haber sido castigado brutalmente por *Little Bill Daggett*, subsiste la pregunta que hago precedentemente: ¿tiene algún efecto disuasorio la pena? Es verdad que Will Munny persevera en su crimen, pero el inglés Bob no. Y esta sencilla reflexión que, para efectos gráficos, tomo de una historia filmica, por supuesto que se puede extrapolar a la vida real: hay criminales que persisten y otros que se apartan del camino delictivo por temor a la repetición del castigo; de igual manera, hay componentes sociales que relativizan las contingencias de la sanción y otros que no y que, por lo tanto, sí se sienten disuadidos con la expiación del prójimo.

El catedrático de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, Jesús—María Silva Sánchez, da una respuesta que me resulta muy satisfactoria, al imprimirle al carácter disuasorio de la pena, la condición de certeza, por encima de la de severidad: "La conclusión más extendida es que, mientras que los incrementos en la severidad de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos sí resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción. Ello incide, naturalmente, de

12. *Ibid.*, pág. 336.



*modo central en la cuestión de la legitimación empírica de unas y otras normas y conminaciones penales. Ahora bien, ¿cabe extraer alguna consecuencia positiva en relación con la eficacia preventiva del Derecho penal como sistema global? A mi juicio, y contra lo que se señala por algunos, la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. En efecto, si el aumento de la certeza de las sanciones penales (y, por tanto, en general, el aumento de la certeza de que el sistema penal funcionará satisfactoriamente) supone incrementos verificables en la eficacia preventiva de las normas, ello es indicativo de que el Derecho penal en su conjunto intimida más de lo que intimidaría su ausencia. Si la mayor certeza de la intervención del Derecho penal intimida más, parece claro que ello se deberá a que el Derecho penal intimida algo.<sup>13</sup>*

En consecuencia, si la severidad del castigo no es tan importante como su certeza, para conseguir los efectos intimidatorios relativos —no absolutos— propios de la función preventivo—general negativa de la pena<sup>14</sup>, cabría ahora preguntarse ¿cómo podría enriquecerse dicha función en su aplicación práctica?

En primer lugar, la actuación de los agentes formales de control social, frente a la comisión de un crimen, tiene que ser celer. De poco serviría que el castigo sí se aplique, satisfaciendo supuestamente así el requisito de la certeza, si la investigación del delito y subsecuente proceso penal se dilatan absurdamente. La falta de rapidez en la aplicación de la pena equivale —en términos de propósitos intimidatorios— a la ausencia de certeza de ésta. La víctima sufre al apreciar que el daño que se le ha causado no tiene cuándo ser reparado y que el criminal no es castigado a tiempo. Esto en criminología es conocido como *segundo grado de victimización*, ya que el perjudicado por el delito continúa

sufriendo, esta vez por las penurias de un largo e inacabable proceso penal.<sup>15</sup> Asimismo, si el caso criminal tiene algún tipo de exposición mediática, ésta se reduce considerablemente si la sanción no se produce en un tiempo razonablemente próximo al del hecho delictivo.

La aplicación de la sanción tiene que ser, además de rápida, cierta. Las penas suspendidas —típicas en nuestra práctica jurisdiccional—, no contribuyen en nada al efecto intimidatorio de la sanción, ni respecto del mismo delincuente (prevención especial negativa), ni, mucho menos, respecto del entorno social (prevención general negativa). Y aquí podría encontrarse, quizás, una contraindicación en la obsesiva costumbre de nuestro legislador de ser severo en los castigos que propone a los delitos que tipifica. En efecto, las sanciones en el Perú no son benévolas y, por el contrario, tienden a ser cada vez más rigurosas. ¿Es esto necesario para lograr la pretendida disuasión? Recordemos una vez más, el ordinario potencial criminal no lleva un curso intensivo de derecho penal que le clarifique cuáles son sus riesgos si decide cometer el delito. En dicha línea, por ejemplo, variar el castigo propuesto de cuatro a seis años en un delito específico, no tendrá un verdadero impacto en el propósito intimidatorio de la sanción y sólo satisfará fictamente el legítimo clamor de justicia de una indignada opinión pública. El crimen, sin embargo, no disminuirá por este camino y el enojo social se reavivará, dando paso a una nueva evaluación de la necesidad de aumentar el castigo. En definitiva, un inagotable círculo vicioso.

¿Y no será acaso cierto que la severidad teórica de las penas conspira contra la certeza de su aplicación? Después de todo, ¿qué sentido tiene que buena parte de nuestros delitos tengan sanciones cuya aplicación práctica

- 
13. SILVA SÁNCHEZ, Jesús—María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M. BOSCH Editor, Barcelona, 1992, pp. 219 y 220.
  14. Hay que admitir que para la función preventivo especial negativa de la pena sí tendrá un valor importante la severidad del castigo, ya que constituirá la vivida y terrible experiencia del propio criminal al que se quiere disuadir.
  15. En otras palabras, el aparato legal, llamado a supuestamente proteger a la víctima, la continúa perjudicando.



se suspende? En efecto, si el ilícito penal está tipificado con penas probables menores a los cuatro años de privación de libertad<sup>16</sup>, es seguro que la condena, de ser inferior a dicho periodo de tiempo, será suspendida. Es verdad que este particular fenómeno puede ocurrir por el complejo problema de la sobrepoblación de las cárceles, pero también podría influir en él la innecesaria severidad de correctivos penales que no se corresponden con la magnitud de la lesión al bien jurídico tutelado por la ley.

La certeza de la aplicación de la sanción penal, insisto, en forma célere, debiera liberarse de la carga de una ficta severidad. Es cierto que el problema carcelario es estructural y supone una reforma integral que comprometa al Estado en términos políticos y presupuestarios. Sin embargo, se puede afirmar que una condena efectiva de cinco meses de privación de libertad, para un estafador de baja peligrosidad, será mucho más disuasoria que la suspensión de una pena de cuatro años al mismo individuo.

Si efectivamente se aplicaran los castigos, así éstos estén previstos sólo por algunos meses, semanas o incluso días, existiría la convicción de que la norma penal se reafirma, como una respuesta contundente a su negación, que se da con el delito y ello, aunque los teóricos de la pena optan por conceptualizarlo como una forma de prevención general positiva, tal como lo veremos más adelante, también resulta siendo disuasorio.

Es en este ejercicio que no debemos olvidar que existen penas alternativas a la de la privación de libertad y que tienen una escasa aplicación práctica en nuestra jurisprudencia. Creo que existiría una verdadera intimidación del derecho penal si las condenas contuvieran efectivas penas limitativas de derechos, tales como la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación, debiendo sumarse a ellas las penas de multa.

Es verdad que el problema no es sólo jurisprudencial. Nuestro legislador, en el ya comentado absurdo afán de ficta severidad, no suele prever este tipo de sanciones en las descripciones típicas de los delitos. Pienso que sería saludable, con el ánimo de refrescar y aliviar la carga incesante de procesos penales dilatados y que concluyen con sentencias condenatorias que nunca son efectivas, que se haga una revisión completa de la parte especial del Código Penal, con el objeto de evaluar en qué forma se pueden sustituir las clásicas "severas" penas, por castigos menos drásticos pero efectivos. Esta reflexión, por supuesto, no puede alcanzar a los delitos verdaderamente graves, en los que la rigurosidad de las penas se justifica no sólo por la magnitud del daño al bien jurídico protegido, sino también por razones de efectiva intimidación. Por ejemplo, el castigar con dos años de privación de libertad a un violador de niños, no resulta intimidatorio en absoluto, sino claramente desproporcionado (con el sufrimiento de la víctima y las pretensiones punitivas de la sociedad), así como sugerente de que las consecuencias de dicho comportamiento no resultan siendo difíciles de soportar.

Otro paso importante que habría que dar es el de la certeza en la reacción inmediata al crimen y previa al castigo. En otras palabras, si bien en el proceso penal se debe garantizar el derecho a la defensa del imputado, las restricciones de derechos pueden influir en la consideración del criminal (en el caso que si lo sea) y en la de su entorno social. Me refiero, por supuesto, a todas aquellas medidas que pueden ser tomadas antes de la imposición de la sanción, como una forma de asegurar que el procesado no evada la acción de la justicia: la detención preventiva, el pago de una caución, la imposición de reglas de conducta de fácil fiscalización, el impedimento de salida del país, la detención domiciliaria, la restricción de salida del distrito de judicial, las medidas cautelares reales, etcétera.

16. Me refiero también en este punto a los casos en los cuales las penas máximas superan los cuatro años, pero las mínimas son inferiores a dicho tiempo de castigo.



Coincido con Silva Sánchez, en consecuencia, en que el derecho penal intimida algo y, por lo tanto: no se puede subestimar el rol –relativo pero cierto— de disuasión de la pena. Sin embargo, la postura oficial que rige la teoría de la función del castigo en nuestro país, está prevista en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución Política, en donde se establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional el que el régimen penitenciario tenga por objeto “la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Esta regla es recogida también por la Exposición de Motivos y el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal – Decreto Legislativo No. 654, el que la extiende incluso para los procesados.<sup>17</sup>

Lo que corresponde preguntarse ahora, es si esa intención de resocialización es viable en un escenario en el que el individuo privado de su libertad –por citar a la pena más ordinaria— no encuentra en esa traumática experiencia verdaderos espacios de acercamiento con la sociedad a cuyas reglas, supuestamente, se tiene que adaptar. Me refiero primero, aunque no única y exclusivamente, al tercer grado de victimización que refleja los padecimientos del propio criminal preso, tales como las penurias de la sobrepoblación, los malos tratos físicos, los abusos sexuales, las pésimas condiciones de vida en las cárceles, los castigos inhumanos y la recurrente contracción de enfermedades.

Es evidente que estas situaciones extremas y absoluta y lamentablemente vigentes en nuestra realidad carcelaria, no sólo neutralizan cualquier intento de readaptación social del criminal, sino que constituyen, por esencia, la fuente de una segunda criminalización, al convertirse las cárceles en una escuela de delincuencia. Por ello, el que la sociedad y el Estado vivan de espaldas al sufrimiento permanente y creciente de los condenados y el que se incumpla con tanto desparpajo el objetivo constitucional de la pena, nos conduce a cuestionar la seriedad de la elaboración de tantas disquisiciones y teorías filosóficas sobre el castigo.

En segundo lugar, al margen de los padecimientos carcelarios, cabe también preguntarse si las políticas de ejecución penal destinadas a la rehabilitación de los internos<sup>18</sup>, tienen efectos prácticos importantes en dicho cometido.

A propósito de ello, me gusta siempre recordar la conversación que en la película *La Celda Olvidada* (*Birdman of Alcatraz*, 1962) de John Frankenheimer, tiene el condenado a cadena perpetua Robert Franklin Stroud<sup>19</sup> con el director de la cárcel de Alcatraz<sup>20</sup>, Harvey Shoemaker.<sup>21</sup> El presidiario se encontraba escribiendo un manuscrito crítico sobre el sistema carcelario estadounidense y Shoemaker lo sabía. Un día, Stroud entra a su celda y sorprende al director de la cárcel leyendo su trabajo.

17. La contradicción de pretender rehabilitar a un procesado que, según la propia Constitución Política (artículo 2º, inciso 24, literal e), es considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, tiene su explicación en que la ley de ejecución penal busca neutralizar cualquier intento de práctica “justiciera” o intimidatoria a los encarcelados, más aún si no se sabe que son culpables. En resumen, la lógica es que un procesado, que podría resultar siendo culpable de un delito, debe ser conducido por el camino de la rehabilitación, antes que del riguroso castigo, situación que le será útil si resulta siendo condenado y que no le hará daño si es absuelto.
18. Expresamente así lo refiere el artículo 65º del Código de Ejecución Penal, al normar el trabajo como derecho y deber de los internos y como herramienta de contribución a su rehabilitación.
19. Este personaje fue interpretado por el actor neoyorquino Burt Lancaster. La película está basada en el libro del mismo nombre escrito por Thomas E. Gaddis en 1955. Robert Stroud fue un personaje de la vida real, quien murió en la prisión de Springfield luego de cincuenta y cuatro años de encarcelamiento, de los cuales cuarenta y dos se dieron en aislamiento, por crímenes violentos cometidos durante su privación de libertad. Stroud se ganó el apelativo de “pajarero” por su afición a la canaricultura y por criar y vender pájaros en prisión. No obstante, realmente nunca realizó dichas prácticas en la cárcel Alcatraz. Es importante también conocer que quienes conocieron a Stroud en la cárcel, han desmentido el enfoque suave e idealizado que se hace de él en el libro y en la película.
20. Alcatraz es una isla ubicada en la bahía de San Francisco, en donde operó, entre 1933 y 1963, una prisión federal muy rigurosa e inhumana, para muchos de sus críticos. A pesar de su cercanía con la ciudad, los intentos de fuga de los prisioneros siempre eran frustrados, muriendo muchos de ellos en el intento.
21. Este personaje fue interpretado por el actor chicaguense Karl Malden.



Shoemaker se enfurece por lo que lee. "Resiento esto personalmente", le dice al escritor, al considerar que el documento está lleno de duros reproches contra la dirección de Alcatraz. El encolerizado carcelero le recuerda que él es respetado en su profesión y que se ha ganado con justicia esa estima, ya que ha sido instrumental en la abolición de los castigos corporales, los grilletes, las bolas de hierro y las semanas de detención en el agujero.<sup>22</sup> Stroud, quien conoce a Shoemaker desde hace treinta y cinco años, acepta que todo eso es cierto, pero aun así insuficiente.

El alcalde, indignado, le recrimina al preso el que nunca haya mostrado señales de rehabilitación, ante lo que Stroud le pregunta con mucha tranquilidad si sabe lo que significa la palabra "rehabilitación". Shoemaker invadido por la rabia del orgullo herido se siente insultado, pero Stroud continúa hablando pausadamente:

*"En el diccionario completo International Webster dice que se deriva de la raíz latina habilis. La definición es "conferir nuevamente la dignidad." ¿Consideras parte de tu trabajo devolverle a un hombre la dignidad que tuvo alguna vez? Tu único interés es cómo se comporta. Eso me lo dijiste hace mucho tiempo y nunca lo olvidaré: "Te someterás a nuestras ideas de cómo debes comportarte." Y no has cambiado de posición en treinta y cinco años. Quieres que tus prisioneros salgan por la puerta bailando como marionetas, con valores estampador por ti, con tu sentido de conformidad, tu sentido de comportamiento e incluso tu sentido de moralidad. Por eso eres un fracaso, tú y toda la ciencia de la criminología lo son; porque le quitan a los prisioneros lo más importante de sus vidas: su individualidad. Allá afuera están perdidos. Son autómatas que hacen lo necesario para vivir, pero por dentro llevan un odio muy profundo por lo que les hicieron. En cuanto pueden atacar a la sociedad, lo hacen. ¿El resultado? Más de la mitad regresa a la cárcel. Todo esto está en mi libro. Sugiero que lo leas y que lo leas con cuidado."*

La observación de Stroud es, en consecuencia, mucho más compleja que la de la simple animadversión por los malos tratos. El obligar a los penados a realizar trabajos domésticos, como la producción de hebillas, zapatos y cinturones y el conseguir que cumplan determinadas reglas de comportamiento, asegurándoles a cambio una reducción de la condena, no puede equivalerse a una rehabilitación sino a una robotización. Su crítica apunta a que los presos no recuperan su dignidad siendo obedientes máquinas de los carceleros. Ellos sólo actúan automáticamente porque se les hace sentir, con una buena dosis de psicología conductual, que la sumisión y la docilidad neutralizan y reducen el castigo.

El autómata no está acostumbrado a pensar o a decidir, sino a que piensen o decidan por él. No existe, en dichas condiciones, una verdadera y seria posibilidad de que el individuo se rehabilite, ya que en prisión no ha sido preparado para adaptarse a la sociedad sino para recibir órdenes y cumplir reglas. Por ello, cuando son liberados, están más alejados de la sociedad que cuando entraron a la cárcel. No sólo no han recibido un verdadero tratamiento de resocialización, sino que en el ejercicio de su "libertad", no saben cómo comportarse sino es a través de órdenes de automatización. Como quiera que no las reciben y, por el contrario, guardan un profundo resentimiento hacia la sociedad con la que nunca se reconciliaron, vuelven a delinquir, al no saber qué hacer para subsistir dentro de dicha sociedad.

El tema es muy delicado, si se toma en consideración que se trata de un cuestionamiento directo a un objetivo de la pena que goza de consenso general en diversas legislaciones. Después de todo, nuestra Constitución —y muchas otras— tienen una postura humanista que se revela desde el primero de sus artículos, en donde se consagra que el fin supremo de la sociedad y el Estado, es la persona humana. En dicha línea, aceptar que el castigo cumple —aunque sea relativamente— un objetivo disuasorio, mas no uno resocializador, resulta

22. Los hechos que se relatan en la escena descrita ocurren aproximadamente en 1942.



siendo contradictorio con el carácter humanista de la Constitución.

La propuesta resocializadora es, sin duda, bastante ambiciosa. No se da en la práctica, pero no creo que pueda renunciarse a ella por eso. El error parte, en buena medida, de la orientación mecánica que se le ha venido dando, conforme a lo criticado por el personaje de Stroud. El problema es claramente estructural, en tanto exige que se conciba que la criminalidad es un problema social. Un crimen no vincula únicamente al criminal y a su víctima, sino que involucra —debe hacerlo— también a la sociedad. Es por ello, precisamente, que el Ministerio Público participa como agente de persecución penal, en representación de la sociedad.

La comisión de un crimen produce un perjuicio en las víctimas, pero también en los componentes sociales, aunque no hayan sido afectados directamente con el delito. El temor, la aprehensión, los gastos destinados a evitar convertirse en víctimas, las limitaciones autoimpuestas o establecidas por las autoridades, constituyen rasgos característicos de una sociedad que sí se ve afectada por la criminalidad. Así, por ejemplo, la prohibición de la asistencia de público a los partidos de fútbol, en el campeonato nacional, como consecuencia de un trágico homicidio en un clásico, supone un detrimento de los hinchas seguidores de ese deporte, de los clubes deportivos, de quienes trabajan en dichos espectáculos y de la prensa deportiva entre otros. Todo esto va de la mano de la siguiente referencia: no puede existir resocialización posible, sino participa en dicho proceso la sociedad y esto exige que el sistema debe tender a una rehabilitación del delincuente durante su castigo y luego de la aplicación de éste. Obviamente, para ello también se debe requerir de la aceptación sincera y espontánea del penado. Esto es lo que bastaría para una sencilla aproximación reflexiva al tema, ya que existen numerosos e interesantes modelos internacionales en marcha, algunos de ellos con valiosos resultados.

Un punto final en este trabajo y de adicional inte-

rés sería el expuesto por Émile Durkheim, quien considera que la pena es una institución social derivada de las relaciones estructural—funcionales. Como quiera que el delito constituiría un apartamiento de las normas y, en consecuencia, una forma de lesionar los sentimientos colectivos o la disciplina social impuesta, el castigo constituye una forma de reafirmar dichos valores, clarificándolos y otorgándoles vigencia<sup>23</sup>. Al ocuparse del tema, Lesch sostiene que desde una perspectiva preventivo general positiva, la función de la pena es *“el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica, o, lo que es lo mismo, “ejercicio en el reconocimiento de la norma”; en el lema de Nietzsche: “La pena tiene como fin mejorar a aquél que la impone.”*<sup>24</sup>

Así, con la aplicación de la sanción, la sociedad reafirma lo que es correcto, promoviendo de esa forma el cumplimiento de las normas y la evitación del delito, no desde una dimensión intimidatoria, sino, más bien, ética positiva. Cuando se castiga al delincuente, la norma sí está funcionando, ya que reacciona en forma inmediata y certera a la negación de ésta, materializada a través del crimen.

Las objeciones filosóficas, morales y pragmáticas a los diferentes propósitos de la sanción penal, son tan antiguas como la teorización del castigo. La complejidad de las relaciones sociales y económicas, determina que se pueda afirmar que el crimen es inextirpable y, por ello, la relativización de los fines de la pena resulta inevitable. Opino, sin embargo, que lo más importante es que cada una de las teorías propuestas recoge sólidos y válidos argumentos que no resultan siendo excluyentes entre sí. La pena, en consecuencia, sí disuade —aunque sea en alguna medida—; sí puede rehabilitar, siempre que la sociedad participe de dicho proceso; sí reafirma el valor de las normas violadas; y, no tiene sentido negarlo, también constituye un acto de retribución al delito cometido por el criminal.

23. Citado por Antonio García—Pablos de Molina, obra citada, página 429.

24. Obra Citada, página 49.