

# DOCTRINA

## POR LA PENA, DISUADIR O RETRIBUIR

PIERRETTE PONCELA\*  
Universidad de París II

Este estudio sobre la pena, inscrito en una reflexión crítica sobre el utilitarismo, no pretende hacer un recuento de las conocidas "funciones de la pena". No se trata de estudiar las relaciones de la política penal, sino, por el contrario, de relevar la unidad de la filosofía que las inspira o las sustenta. Así, la filosofía utilitarista ha dado lugar, por su lógica misma, a numerosas expresiones de los sentidos de la pena: ejemplaridad, prevención general o especial, enmienda, eliminación. Mediante el análisis, veremos cómo estas funciones se reducen a un objetivo común: disuadir de cometer infracciones, y al cual responde otra alternativa: retribuir las infracciones cometidas. Nuestra empresa no es, pues, encontrar, no es demostrar cuáles son las funciones —a veces la función— de la pena. Nosotros no deseamos sumarnos a las tan numerosas tentativas de racionalización del poder ni, más particularmente en este caso, adherirnos a la "ciencia del castigo", la cual, como lo ha señalado CLAUDE ROY (1977) para Rusia, tiene por efecto "dar a los verdugos esa paz del espíritu que procura la buena conciencia" y "constreñir un número importante de sus víctimas, no solamente a sufrir sin rebelarse las penas infligidas sino dar a sus torturadores un total consentimiento". A falta de ser realizados en Francia, estos efectos constituyen el ideal inconfesable de los expertos en penología.

El presente estudio pretende una variación, con un fin de esclarecimiento de conceptos y de prácticas sobre los dos temas que resumen las empresas de racionalización de este acto singular que constituye la inflicción de penas a nombre de la sociedad, otros dirían que a nombre del Estado. Pretende también sentar algunas premisas de un método de estudio de la pena que sería prematuro especificar.

Tal como se ha entendido el derecho penal se encontrará que la pena es la consecuencia ligada por la ley a ciertos comportamientos culpables y que estos comportamientos se consideran infracciones, de donde resultará que una infracción penal es una falta y su articulación con la pena puede buscarse a partir de dos nociones, de disuasión y de retribución. Disuadir de cometer una falta persuadiendo, por la pena, que lo más conveniente para cada uno es abstenerse de toda infracción;

\* Investigadora en el Centro de Filosofía del Derecho.

—retribuir la falta cometida, atribuyendo, en cambio, una pena.

De golpe, las diferencias se dibujan:

—la disuasión hace de la pena una apuesta, un riesgo calculado. Ella apunta al futuro bajo el pretexto del pasado;

—la retribución hace de la pena un regreso: apunta al pasado bajo el pretexto del futuro.

Mas, la pena, la acción de punir, no es cuestionada de la misma forma en uno u otro caso:

—la disuasión requiere una respuesta clara y precisa a la pregunta, por qué punir y se esfuerza en responder a la pregunta cómo punir, desarrollando una tecnología sofisticada de la penalidad;

—la retribución no es una respuesta a la pregunta por qué punir, pues que, precisamente, punir es retribuir, y se reclama de una exigencia de justicia que ninguna técnica punitiva puede satisfacer.

Nos proponemos, pues, de una parte, averiguar los aciertos de la disuasión, y de otra, enumerar, junto a la seguridad muda de la retribución, los principales problemas que ella promueve.

#### DISUADIR

¿Por qué punir? Porque es útil; la pena es útil porque ella disuade, ya a los infractores eventuales o potenciales de realizar su potencialidad, ya a los infractores consumados de delinquir más. La pena es necesaria porque ella es útil, es decir, disuasiva.

Este “nuevo” enfoque de la pena será concebido por los reformadores del siglo XVIII. Nuevo, pues si la disuasión ha sido siempre considerada como un efecto de la pena, ella llega a ser en el siglo XVIII, como muy certeramente lo ha analizado MICHEL FOUCAULT “el principio de su economía, y las justas proporciones” (1975, pág. 96). La nueva técnica disuasiva que nace debe disminuir el costo económico y político del arte de castigar aumentando su eficacia y multiplicando sus circuitos. La filosofía utilitarista que la inspira no ha cesado en su empeño de imbuir desde entonces el derecho penal, o, mejor, la política penal. La pena no tiene valor por sí misma, sino que es un medio para alcanzar un fin juzgado bueno: la disminución de la delincuencia y aun su represión. Si el derecho en su conjunto debe realizar la felicidad o el placer de la mayoría, el derecho penal aporta su contribución a esta realización porque tiende a la “seguridad de los bienes y de las personas”, según la expresión consagrada.

El primero en desarrollar las concepciones utilitaristas de la pena fue CESARE BECCARIA —quien como se sabe reconocía por maestros, especialmente, a HUME y a HELVETIUS—; concepciones fundamentadas, de una parte, sobre el fin que él asignaba a la ley: realizar “la más grande felicidad repartida entre el mayor número” (1764, cap. I), siendo la base de la justicia humana la idea de la utilidad común; de otra parte una sicología elemental “el placer y el dolor son los dos motores de los seres sensibles” y las recompensas y las penas son los motivos que empujan a los hombres a actuar (1764, cap. XXIII). Las penas serán, pues, los “argumentos sensibles” cuyo fin será “impedir al culpable causar nuevos daños a sus conciudadanos y desviar a los otros de seguir su

ejemplo”; ellas deberán ser escogidas en función de “la impresión más eficaz y más durable sobre el espíritu de los hombres, y la menos dolorosa en el cuerpo del culpable” (1764, cap. XV). Basta la utilidad —entendamos la realización de la disuasión— y, a igual utilidad, es menester escoger la pena menos dolorosa para el infractor.

La disuasión se reduce a una aritmética de las penas; todo se mide o se calcula: la medida de las infracciones es el daño causado a la sociedad, la cual suministrará la medida de las penas, pero, con anterioridad, será menester probar la pena, computar el cálculo del infractor, pues bastará que “el mal nacido de la pena exceda del bien nacido del delito” (BECCARIA, 1764, cap. XV).

Ese cálculo utilitario será perfeccionado por JEREMÍAS BENTHAM (*El hombre útil*, Perrot, 1977, págs. 172—175), deseoso de proseguir el camino iniciado por BECCARIA, y de quien estudios recientes han señalado la influencia determinante, especialmente sobre el movimiento filantrópico de la Restauración (DUPRAT, 1980). Así, BENTHAM distinguía, de una parte, un mal de primer orden: el que toca directa e inmediatamente uno o varios individuos; y de otra, un mal de segundo orden: el que se origina en el primero y difunde sobre la comunidad o parte de ella, el peligro y la alarma inspirados por el mal del primer orden. En función de esta distinción, la infracción produce un mal de primer orden: la víctima y el daño; y un mal de segundo orden: el peligro para el orden social y la alarma para las víctimas potenciales. La pena produce un mal de primer orden: el sufrimiento del infractor; y un mal de segundo orden: la disuasión: amenazando al eventual infractor, ella crea una alarma y un peligro<sup>1</sup>; pero produce igualmente un bien del llamado segundo orden: tranquiliza la opinión (EL SHAKANKIRI, 1970, pág. 349).

Como BECCARIA, BENTHAM precisará que, si el mal de la pena excede el mal de la infracción, debe excederlo lo menos posible. Pero, con esta exigencia, BENTHAM no piensa establecer penas más suaves o menos rigurosas, sino penas estrictamente económicas: “El mal producido por las penas es una erogación que hace el Estado en vista de un provecho. Ese provecho es la prevención de los crímenes. En esta operación, todo debe ser calculado, la ganancia y la pérdida; y cuando se avalúa la ganancia, es preciso sustraer la pérdida: de donde resulta evidente que al disminuir los gastos o aumentar el provecho, este tiende igualmente a obtener un balance favorable.

“La expresión de gastos, una vez admitida, lleva naturalmente la economía. Se habla ordinariamente de la suavidad o del rigor de las penas. Estos dos términos llevan consigo un perjuicio en favor o en disfavor, que puede perjudicar la imparcialidad del examen. Decir una pena suave, es asociar ideas contradictorias; decir una pena económica, es tomar prestado el idioma del cálculo y de la razón” (1975, pág. 17).

“La humanidad de las penas” no es perseguida, en sí misma, por los utilitaristas; una pena útil, es decir disuasiva, puede indiferentemente ser más cruel o más suave; esto estará en función del interés perseguido, del impacto más

<sup>1</sup> De este modo la disuasión no es solo considerada bajo su aspecto positivo, sino también bajo su aspecto negativo. Esta reserva de BENTHAM supera las inquietudes expresadas actualmente a propósito del difuso y confuso “control social”.

o menos riguroso de la pena sobre el fin esperado. Releyendo a BENTHAM: "Es un mal que da un sentimiento penoso al público por el establecimiento de una pena impopular. Con ello, no es solo a los culpables a quienes se pune: son las personas inocentes y más dóciles aquellas a quienes se inflige una pena muy real, hiriendo su sensibilidad, desafiando su opinión y presentándoles la imagen de la violencia y de la tiranía. ¿Qué se logra de una conducta tan poco juiciosa? El legislador, que desprecia todos los sentimientos públicos, los torna secretamente contra sí. Pierde la asistencia voluntaria que los individuos prestan a la ejecución de la ley cuando ellos la aprueban: y no tiene más al pueblo como aliado, sino como enemigo" (1975, págs. 46 y 47).

De su lado, MICHEL FOUCAULT precisa que, con los reformadores, será menester tratar humanamente a quien está "fuera de naturaleza"; mientras que la justicia de otro tiempo trataba de forma inhumana al "fuera de la ley": "Los sufrimientos que debe excluir la morigeración de las penas, son los de los jueces o los espectadores con todo lo que pueden entrañar de endurecimiento, de ferocidad estimulada, por la costumbre o, al contrario, la piedad inducida de indulgencia poco fundada (...). Lo que es preciso manejar y calcular, son los efectos contrarios del castigo sobre la instancia que pune y el poder que ella pretende ejercer (...). Humanidad es el nombre respetuoso dado a esta economía y a sus cálculos minuciosos" (1975, pág. 94), calificada más tarde de "semiotécnica".

La disuasión aparece así como una tecnología de la penalidad fundamentada en la representación; el arsenal de penas está constituido por signos-obstáculos. En efecto, el cálculo utilitario de una pena disuasiva reposa sobre la regla siguiente: el infractor eventual debe tener más interés en evitar la pena que en ejecutar la infracción. Ahora bien, este interés, sobre el cual reposa la eficacia de la pena, es totalmente objeto de representación. De aquí resulta que las leyes deben ser claras y conocidas por todos: las penas deben ser ciertas, es decir, efectivamente pronunciadas; no necesariamente ejecutadas. Así BENTHAM distinguía entre pena aparente y pena real, y si aunque defendía la ejemplaridad de la pena, es decir lo que la pena real aparenta, agregaba sin embargo: "hay que evitar que la pena se convierta en impopular y odiosa por una falsa apariencia de rigor" (1975, pág. 40). Se ve aquí dibujar la diferencia entre la pena disuasiva y la pena ejemplar del antiguo régimen y uno de los motivos del abandono de esta última: las penas ejemplares, por crueles, tenían por efecto, en cambio —especialmente las "emociones del cadalso" de las cuales habla MICHEL FOUCAULT—, anular los beneficios de la ejemplaridad.

Leyes claras, penas ciertas y redundantes, mas también una mayor individualización de las penas: la lógica disuasiva implica una penalidad de dos caras. En efecto, no solamente la representación de la pena varía según los individuos, su *status* social, etc., sino que, además, el efecto perseguido de la no reincidencia exige una pena cuya ejecución sea prevista en función de cada cual. La individualización de las penas es la pena calculada en sus menores detalles para una mejor disuasión, de donde surge la preeminencia del tema de la enmienda, forma de expiación al servicio de la utilidad social y correlativamente, el establecimiento de "programas de tratamiento". Aplicándose a una natura-

leza enferma, el tratamiento supone un lugar de aplicación particular: el delincuente, en la prisión. El infractor eventual es disuadido por la representación de la pena, entendamos: él "no pasa al acto". El infractor consumado no lo ha sido, entendamos él "ha pasado al acto". Luego es un delincuente. Al mismo tiempo que proliferaba una pena estrictamente útil, se modelaba al delincuente: desde el siglo XVIII el infractor es presentado más estrictamente como el enemigo del Estado, por consiguiente de todos y de cada uno en particular, según la lógica de la ficción del contrato social; es un traidor en estado de guerra contra su propia patria (PONCELA, 1980). Así se determinará la consigna de los penalistas, de los criminólogos, de los legisladores: hacer la guerra contra la delincuencia. Así será fijada la finalidad agonística de la pena: luchar contra la delincuencia.

Este acuerdo general sobre los objetivos no implica sin embargo ningún consenso sobre los medios que se utilicen para obtenerlos. Esquematizando el desacuerdo reinante entre los penalistas utilitaristas, se puede decir que sus diferencias se reducen a esto: el uno dice: es útil y eficaz; el otro responde: es inútil e ineficaz. Este tipo de diferencia se repite incansablemente a propósito de la abolición de la pena de muerte, continuamente propuesta (BRUXELLES, PONCELA, SERVERIN, 1978). En el mejor de los casos, las posiciones de los unos y de los otros invocan los trabajos, llevados a cabo desde hace algunos años, sobre la medida de eficacia de las penas; a propósito de estos trabajos, se ha podido deplorar la estrechez de la perspectiva generalmente adoptada, ya que solo permite la consideración de sanciones formales objetivamente medibles, artificialmente aisladas (ZIMRING, HAWKINS, 1973; ANDERSON, CHIRICOS, WALDO, 1977). De todas maneras es claro que las diferencias surgen sobre los métodos de disuasión o la forma de medir, y no sobre el fin de la pena: la lucha contra la delincuencia por la disuasión. Las controversias conciernen pues a la posibilidad o la eficacia de tal o cual pena en particular (prisión, pena perpetua, suspensión de la sentencia, pena de muerte) o la adecuación de modalidades de ejecución de una pena (libertad condicional, permiso para salir).

El utilitarismo penal de estos últimos años ha llevado a una petición de individualización de las penas. Este último utilitarismo implicaría —siendo la disuasión el criterio de la utilidad de la pena— mantener otro criterio, más unitario sobre las penas incursas y pronunciadas, pues parece que existe una contradicción actualmente entre las exigencias de la prevención general y las de la prevención especial. De allí, posiblemente, la utilidad del carácter secreto, del mundo carcelario<sup>2</sup>. La inversa del panóptico benthamiano. ¡Qué paradoja! Pero esta es la paradoja misma del utilitarismo en materia de penalidad: ninguna forma de sanción es absolutamente imposible. *El utilitarismo es la incertidumbre de la pena*, y más ampliamente de la sanción.

Sin embargo, la discusión acerca de las técnicas disuasivas ha marcado, al parecer un cierto retorno a la pena retributiva. La pena, proporcionada al comportamiento futuro y no al acto pasado, apareció injusta y abandonada a la arbitrariedad de la Administración. La pena, se ha dicho, no debe ser solo

<sup>2</sup> La necesidad, a la vez, de una reglamentación flexible y de esperanza para los detenidos, de eventuales reducciones de pena, resulta incomprensible para los profanos, quienes lo expresan en voz alta.

útil, debe ser merecida, debe constituir una justa retribución. Esta reactualización de la retribución como medida de crítica del utilitarismo, nos da, ahora, la oportunidad de interrogarnos sobre la pena retributiva, es decir, sobre esta imperiosa necesidad de punir que deberá mostrarnos aún y sobre todo, si pretende ejercerse en nombre de lo justo.

#### RETRIBUIR

Estas críticas a nombre de lo justo se han hecho oír principalmente estos últimos años en los Estados Unidos<sup>3</sup>, tierra de elección del utilitarismo, bajo la influencia de JOHN RAWLS (1971) y bajo la forma de un neokantismo penal: de una parte, la pena jurídica no sería considerada simplemente como un medio de realizar otro bien, ya para el infractor mismo, ya para la sociedad civil; de otra, el infractor no sería tratado simplemente para realizar los fines del prójimo y ser confundido con los objetos del derecho real. Estas dos exigencias participan en la justicia kantiana como "idea del poder judicial según las leyes universales fundadas *a priori*" (KANT, 1797, pág. 217); ellas están implicadas en la construcción *a priori*, que hace KANT del *quid jus*; son partes integrantes de su sistema. Por consiguiente, introducir las en una investigación pragmática concerniente al *quid juris* parece una empresa peligrosa en la cual, sin embargo, los penólogos americanos se han empeñado. La obra de ANDREW VON HIRSCH (1976) nos ha parecido a este respecto bien representativa. Este autor retoma las críticas de JOHN RAWLS sobre el utilitarismo para cuestionar las concepciones utilitaristas de la pena. La satisfacción de muchos, el interés de la mayoría, no le parece que sean en sí mismos bases justas para privar al infractor de su libertad o de su honorabilidad. El solo criterio de utilidad conduce a soluciones chocantes: si, calculada en función de solo fuerza disuasiva, la pena óptima es aquella que maximiza los beneficios (delincuencia prevenida) minimizando los costos, una pena severa puede sancionar un delito menor, e, inversamente, una pena suave —aun incluso la ausencia de la pena— puede sancionar un crimen grave. VON HIRSCH explica por qué la adopción de esta solución costo-beneficio oculta el problema moral planteado por la pena. En efecto, esta última debe ser, según él, fundada en el mérito (DESERT), orientado hacia la conducta pasada y proporcionada hacia la gravedad de la infracción. Su fin es doble: privar al infractor de la ventaja obtenida por su no respeto a las reglas, e imputarle una censura, una reprobación moral; "la pena no es solamente un medio de prevenir la delincuencia sino una respuesta merecida a la acción del infractor, «rectificando la balanza» en el sentido kantiano y expresando una reprobación moral al acto cometido. En otros términos, mientras que la disuasión justifica la utilidad social de la pena, el mérito (DESERT) es necesario para explicar por qué esta utilidad puede ser justamente perseguida a expensas del infractor". Ahora bien, la pena será justa en la medida en que los derechos del infractor no sean sacrificados en beneficio de la mayoría. Una estricta proporcionalidad debe así ser establecida entre la severidad

<sup>3</sup> La infiltración muy reciente de la noción de retribución en Francia, será probablemente objeto de uno de nuestros próximos estudios.

de la pena y la gravedad de la infracción y las penas pronunciadas no deben ser muy dispares, para una misma infracción, según los autores. Queda por determinar el orden de la gravedad de las infracciones, además, agrega VON HIRSCH —traicionando así su adhesión a una visión utilitaria de la pena—, en una sociedad donde la igualdad de oportunidades no existe... Dificultad que por supuesto la obra no resuelve.

Esta incontrolable igualdad de valor entre crimen y pena que postula la retribución, tal como ha sido replanteada en la actualidad por los discípulos de RAWLS, puede aparecer sin embargo como un progreso en la idea de retribución. Pero retribuir la falta por la pena no nos dice nada concretamente del tipo y de la cantidad de la pena, salvo que la pena infligida debe equivaler a la falta cometida.

La retribución está enteramente contenida en esta ley de la equivalencia cuyos términos no dejan de desconcertarnos. Pues no solamente la imposición de una pena equivale a la comisión de una infracción, sino que, todavía más, hace olvidar la. Así se realiza la reconciliación del infractor con el grupo social, así el orden perturbado es restablecido. En esto, la pena retributiva entra de lleno en el campo de lo sagrado, del mito (RICOEUR, 1967).

Esta equivalencia constituye para PAUL RICOEUR lo *racional* de la pena, expresada en una doble dualidad para el entendimiento: de una parte entre el crimen cometido y la pena sufrida, y de otra entre la conciencia que juzga y la conciencia juzgada: "El culpable es el sujeto del querer en el cual reside la equivalencia del crimen y del castigo; él se supone uno y el mismo en el mal cometido, en la falta y en el mal sufrido de la pena; es en él en quien la pena suprime, borra, anula la falta" (RICOEUR, 1967, pág. 24). Del mismo modo se encuentra supuesta la unidad de la conciencia que juzga y de la conciencia juzgada.

Ahora bien, para lograr el olvido del crimen por la pena, el entendimiento humano va a esforzarse, poco a poco, en proporcionar el uno y la otra, pero eso no es concebible sino bajo la condición de la doble presunción de unidad sostenida por PAUL RICOEUR. Así mismo, para HEGEL, no es conforme a la razón proporcionar el castigo al crimen más que bajo la condición "de una identidad interior que en la existencia exterior se refleja para el entendimiento como igualdad" (HEGEL, 1821, pág. 137). Pero pasando a la esfera de la exterioridad, la especificación cuantitativa y la cualitativa del crimen y de su supresión no puede admitir más una definición absoluta; ella queda en una simple exigencia que el juicio no puede definir más que por aproximación perpetua. Para HEGEL, la pena como equivalencia del crimen solo es pensable en la esfera del derecho en abstracto. Allí, el crimen no es concebido como la expresión de una intención malvada, de una falta moral, ni siquiera como la expresión de un daño a un particular, sino como la violación del derecho como tal. La pena se infiltra en su subjetividad—. Como se sabe, HEGEL rematará su teoría de la pena en una teoría del Estado para que se realice "una justicia desprovista de todo interés, de todo aspecto particular y de la contingencia de la fuerza, que no venga sino que pune" (1821, pág. 139).

Circunscribir la pena a su estricta dimensión jurídica es seguramente lo que es preciso retener de la demostración hegeliana, y este comentario: "la ven-

ganza es la contingencia misma de la justicia en el justiciero" (RICOEUR, 1967, pág. 317). Pero tratándose de derecho penal queda por precisar si hay quién haga justicia, y de haberlo, quién es el que hace justicia. Una precisión que nos guardarnos de aquí, tan problemática se revela; no trataremos aquí tampoco la muy vasta cuestión de la filiación entre pena y venganza. Nos basta notar que, recientemente, un autor ha sostenido que existía una "identidad positiva de la venganza, del sacrificio y de la penalidad judicial" (GIRARD, 1972, pág. 437). Bien que erigida en principio de justicia abstracta a la cual los hombres deben asegurarle respecto, la retribución no sería otra cosa que la reciprocidad violenta. El sistema penal racionalizaría la venganza, la manipularía, crearía una técnica de curación, y simultáneamente de prevención de la violencia. RENÉ GIRARD, a su modo, pone de relieve la existencia de una oscura necesidad de venganza que encontraría en el infractor, víctima emisaria de un exutorio (PONCELA, 1979).

Sin embargo, la justicia retributiva no está sino excepcionalmente vinculada a una necesidad de venganza (con la exclusión, por supuesto, de la venganza directa de la víctima misma). Se hizo referencia antes de modo muy general a un "sentimiento de justicia". Su sola invocación dispensa en la mayoría de los casos de toda explicación. Esta insistencia en invocar un sentimiento de justicia a la vez de parte de los infractores, de sus jueces y de los comentaristas de la justicia penal, había llamado muy particularmente la atención de ÉTIENNE DE GREEFF. Fundado en su experiencia del mundo judicial y del medio penitenciario, hizo un escrupuloso análisis de ese sentimiento de justicia, y pudo y supo hablarnos de todo el odio, todo el resentimiento que podía entrañar la reivindicación de justicia; quiso demostrar el origen afectivo de la noción corriente de justicia, producto de los instintos de defensa y enraigándose en la culpabilidad (PONCELA, 1974-1979).

ÉTIENNE DE GREEFF intentó explicar por qué y cómo el hombre político puede utilizar la justicia penal y particularmente jugar a la necesidad de justicia, lo cual no es más que hacerlo con la necesidad de punir, independientemente del fondo de ignorancia sobre el cual esta explotación se desenvuelve. Es preciso leer a este respecto las páginas que consagró a la justicia-reivindicación: "Las grandes corrientes llamadas morales que «espiritualizan» tan curiosamente la vida contemporánea no son más que inmensas reacciones instintivas sabiamente sincronizadas... A través de estos instintos cuyos complejos se disfrazan de la necesidad de justicia, se puede conducir al hombre allá donde lo desee cualquier organización política o social" (1945, pág. 200). El "sentimiento de justicia" no será, pues, más que el lindo nombre dado a la necesidad de punir, de hacer el mal. Como en eco, a partir de otras bases, de otras experiencias, de otras reflexiones, se puede citar el bello texto de PAUL RICOEUR sobre el derecho de punir:

"Sospecho un poco que a los ojos de Dios, los pecados más graves aparecen rara vez como infracciones judiciales: las faltas de afecto, las injusticias profundas, la forma como se puede destrozar la vida ajena por los silencios, las omisiones, los hábitos de profesión, ello es probablemente mucho más grave para destruir la vocación ajena que ciertos crímenes que son probablemente los subproductos del pecado de otros. Buscaría más gustoso el pecado en este sentido vindicativo de multitud que pide cabezas, porque en el fondo, purga su propia culpa desplazándola sobre otros. Puede decirse que en cierto modo el criminal es un delegado en el pecado de todos. Puede ser para esto para lo

que podría servir la noción de criminalidad: cuando se ve que una sociedad padece una criminalidad regular y constante, esto es signo de fracaso de la sociedad: ella compensa su fracaso puniendo los culpables que son como los delegados de su propia mala estructura" (1962, pág. 11).

Es decir, según otros autores, que la pena no puede ser moralizada en el sentido que ella no sanciona la moralidad de nuestras conductas<sup>4</sup>. Es decir, *a fortiori*, que la pena no puede ser divinizada... al lado, más o menos lejos, el juez distribuye las penas jurídicamente: retribuye, mide la venganza.

En efecto, ¿la pena retributiva no será una venganza proporcionada? La primera expresión sería entonces el talión, que JEAN LAPLANCHE llama "El alba de la ley, el momento originario en que la fechoría sin nombre se convierte en crimen humano, porque postula en adelante su retribución" (1977, pág. 42). Luego la pena retributiva sería la venganza abolida en un sistema simbólico por mediación de la ley.

Venganza quizá, basta aquí plantear la cuestión. En contrapartida, seguramente simbolismo de la retribución penal.

Aquí, sin duda, reside la diferencia esencial con una concepción puramente utilitarista de la pena. Pues la disuasión se ventila obstinadamente en lo real: ella desea efectos concretos, palpables, medibles. Ella cimienta así una "política penal" que consiste en marchar sin tregua con pies de plomo sobre este tenaz espejismo de la erradicación de la delincuencia. Ahora bien, al encuentro de los objetivos que se le quiere asignar al encuentro de las racionalizaciones sobre sus objetivos, el sistema penal no tiende solamente, ni quizá principalmente, a combatir la delincuencia o a disuadir de cometer el delito o a disuadir de cometer infracciones; él no responde tampoco al esquema mecánico: comisión de una infracción-juicio-pena. Todo no se juega al día del juicio; se está tentado aun a decir: todo se juega antes.

Pero existe también el juzgamiento, existe también la pena propiamente dicha. La pena, es decir, la inflicción a una persona, por la institución judicial, de una sanción destinada a ocasionarle sufrimiento, en retribución a uno de sus actos pasados constitutivos de una infracción penal.

Así estimada, la pena aparece entonces, en la política judicial, sea como un último recurso, sea como una especie de privilegio negativo para retomar la expresión de THIERRY LÉVY (1979). Un recurso último, en el que interviene luego el fracaso de todas las otras formas de sanción (diversas advertencias, intimidaciones policivas o administrativas, arbitrajes, transacciones, etc.); la delincuencia económica y especialmente fiscal, la delincuencia juvenil de los medios acomodados, ilustran este uso de la pena. Y, a la inversa, la pena aparece como un privilegio negativo para las personas que presentan un perfil socio-económico particular y que han cometido cierto tipo de infracciones; el ejemplo más característico está constituido por los autores de hurtos simples pertenecientes a la clase obrera que se ven, en la mayor parte de los casos, sancionados por una pena de prisión cerrada.

<sup>4</sup> Sobre este punto, véase la exposición que hace MICHEL VILLEY (1975) de la distinción aristotélica entre justicia general y justicia particular (1928-55-76).

En la práctica judicial, la pena ampliamente confundida hoy con la privación de la libertad o encarcelamiento es, pues, rara vez aplicada proporcionalmente al número de infracciones tratadas. Esta rareza de aplicación aparece todavía más grande si se toman en consideración los delitos civiles; en efecto, todo estudio de la pena debe tener en cuenta la escisión que se produce entre el derecho civil y el derecho penal y se cuestiona sobre su legitimidad y su razón de ser. Más allá de la historia de las formas punitivas, eso permite poner en evidencia la concepción de la pena en un sistema de reciprocidad y de cambio<sup>5</sup>.

Convendría enseguida interrogarse sobre el sentido de esta parsimoniosa distribución de penas propiamente dichas, teniendo cuidado de distinguir el recurso de *ultima ratio* y el recurso *prima ratio* ¿por qué la pena se ve circunscrita a un número de casos restringidos y seleccionados, y por qué en estos casos y no en otros? Dicho de otro modo: ¿dónde y cómo, antes de arriesgar un porqué, toma lugar el uso de la pena en la estructura social? Si bien parece que la pena se presenta entonces como una retribución, es decir, como un más allá de la reparación en el mal infligido al infractor, el sentido del recurso selectivo que implica queda por dilucidar. Pero todavía más, es preciso preguntarse si las señales de la pena pueden cambiar y el esquema del ejercicio de la pena mantenerse.

La disuasión me parece, pues, que rebasa ampliamente el problema de la pena y que, inversamente, no puede contenerlo. Al contrario, la retribución parece ser el resorte mismo de la punición, pero no se tiene asido el todo del sistema penal cuando se lo ha aprehendido. Pues se puede caer en una pura tautología al explicar la pena por la retribución, nombrar la pena sin adicionar nada, o, mejor, sin verificar lo que es. Más ampliamente, si la función de la pena es un elemento de comprensión del sistema penal, ella no es, sin embargo, justificación. Lo que es preciso tratar de comprender es la dimensión simbólica en la cual se inscribe la retribución. Por esto, es preciso situarla en el conjunto de la reacción social a la delincuencia, investigando cuál es su especificidad. Enseguida, más allá de la forma que puede históricamente tomar la pena, es preciso investigar si existe una permanencia del esquema punitivo. Elaborar una metodología del estudio de la pena rebasa los marcos del presente estudio.

- ANDERSON, LINDA S., CHIRICOS, THEODORO G. y WALDO, GORDON, P., (1977): "Formal and informal sanctions: a comparison of deterrent effects", en *Social Problems*, vol. 25, núm. 1, págs. 103-104, New York.
- BECCARIA, CESARE (1764): *Traité des délits et des peines*, Nouvelle traduction française, Paris, ed. Cujas, 1966, pág. 148.
- BENTHAM, JEREMY (1755): *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, tr. fr. Et. Dumont, Paris, Bossange frères Libraires, 3<sup>a</sup> ed., 1825.
- BRUXELLES, SILVIE, PONCELA, PIERRETTE y SERVERIN, EVELYNE (1978): *Les magistrats et la peine de mort*, informe de investigación, I.C.P. Paris, II, I.E.J. Lyon III, 71 p.
- DE GREEFF, ÉTIENNE (1945): *Notre destinée et nos instincts*, Paris, Librairie Plon, "Présences", pág. 241.
- DUPRAT, CATHERINE (1980): "Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes", en *L'impossible prison* (Investigaciones sobre el sistema penitenciario en el siglo XIX reunidas por MICHELE PERROT), Paris, *Seuil l'univers historique*, págs. 319, 64-122.
- EL SHAKANKIRI, MOHAMED (1970): *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Philosophie du Droit, pág. 469.
- FOUCAULT, MICHEL (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, ed. Gallimard, Bibliothèque des histoires, pág. 318.
- GIRARD, RENÉ (1972): *La violence et le sacré*, Paris, ed. Grasset, pág. 451.
- HEGEL (1821): *Principes de la philosophie du Droit*, tr. fr. André Kaan, Paris, ed. Gallimard, 1940, pág. 380.
- KANT (1797): *Métaphysique des moeurs-Première partie: Doctrine du Droit*, tr. fr. A. Philonenko, Paris, ed. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 1971, pág. 279.
- LAPLANCHE, JEAN: (1977): "Les voies de la déshumanité", en *Le Nouvel Observateur*, núms. 642, 41-42, Paris.
- LÉVY, THIERRY (1979): *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Paris, ed. Fayard, 259.
- PERROT, MICHELE (1977): "L'inspecteur Bentham", postface au *Panoptique* de Jeremy Bentham (1791), Paris, ed. Pierre Belfond, pág. 223.
- PONCELA, PIERRETTE (1974): "Pourquoi une justice répressive", en *Déviance*, núm. 1, 49-67, Paris; (1979): "Sentimiento de justicia y represión penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 4, págs. 7-15, Medellín, Colombia; (1979): "Justice pénale et vengeance. A propos des deux ouvrages de René Girard", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 24, págs. 393-399, Paris; (1980): "Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25, págs. 29-46, Paris.
- RAWLS, JOHN (1973): *Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 607.

<sup>5</sup> En este sentido, véase a THIERRY LÉVY, *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, 1979.

RICOEUR, PAUL (1958): "Le droit de punir" en *Cahiers de Vlleométrie*, núm. 29, jan.-févr. 1962, págs. 1-21, París; (1967): "Interprétation du mythe de la peine", en *Le mythe de la peine*, ed. Aubier/Montaigne, 482, París.

ROY, CLAUDE (1977): Prefacio a la reedición de *Souvenirs de la maison des morts*, París, ed. Gallimard, coll. folio.

VILLEY, MICHEL (1975): *Philosophie du Droit*, 1, *Définitions et fins du droit*, París, Dalloz, Précis: Droit 242, 2ª ed., 1978, pág. 238.

VON HIRSCH, ANDREW (1976): *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, Ill and Wang, pág. 179.

ZIMRING, FRANK E., y HAWKINS, GORDON J. (1973): *Deterrence*, University of Chicago Press, pág. 378.

## DELITOS CONTRA EL SENTIMIENTO RELIGIOSO Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS\*

(Inédito)

ANTONIO JOSÉ CANCINO M.

Profesor de la Universidad Externado de Colombia  
y miembro del Colegio de Abogados de Madrid

No hace muchos años, cuando aún no existía una clara diferenciación entre el "pecado" y el "delito", los códigos penales sancionaban rigurosamente algunos comportamientos que se consideraban lesivos de la religión, especialmente la católica, apostólica y romana. En este orden de ideas se castigaban la desobediencia al mandato divino de santificar las fiestas realizada por quienes trabajaban los domingos y los días de especial significación religiosa, el irrespeto al Santísimo, la "simonía", o sea la permuta de una cosa espiritual por una material, la herejía, el tocar determinados objetos sagrados o considerados como tales, etc.

En *Cien años de soledad* se resalta indirectamente este aspecto, como que se pone de presente que los trabajadores de las bananeras, en el pliego de peticiones aspiraban a que no se les obligara a cortar y embarcar banano los domingos, y la petición pareció tan justa "que hasta el padre Antonio Isabel intercedió en favor de ella porque la encontró de acuerdo con la ley de Dios..."<sup>1</sup>.

En el primer Código Penal que rigió en la República de Colombia, esto es, en el Código de 1837 y más exactamente en el Título Segundo del Libro Tercero, arts. 202 y siguientes, se tipificaron los comportamientos que atentaban contra la religión, a saber: el impedir un acto del culto, la blasfemia, el escarnio, la burla o maldición de algún dogma, los gestos irrespetuosos, los daños a las imágenes o a los altares, los maltratos e injurias a los ministros de la religión.

La inhumación de cadáver en lugar diferente al cementerio, así como la ilegítima exhumación, en los arts. 346 y siguientes se reglamentaban como ilícitos contra la *Salud Pública*. Por otra parte, el quebrantar sepulturas o sepulcros para ultrajarlos o para tomar algún objeto.

Los códigos modernos han atemperado el rigor y han encontrado los matices diferenciales entre la moral y el derecho. En Colombia, el doctor PARME-

\* El presente artículo está integrado por algunos apartes, ligeramente corregidos, de la obra del profesor ANTONIO J. CANCINO M., *El derecho penal y la criminología en la obra de Gabriel García Márquez*, contenida en 4 tomos y que aún no ha sido publicada.

<sup>1</sup> G. GARCÍA MÁRQUEZ, *Cien años de soledad*, pág. 248.