

La vigencia de la norma como finalidad de la pena

The validity of the rule as the purpose of punishment

Claudia Araceli JIMÉNEZ GONZÁLEZ

Resumen: El derecho penal posee una serie de características que lo diferencian de otras instituciones normativas que conforman el *control social*, entre ellas la coacción, la cual no resulta ser indispensable para su cumplimiento, ya que el individuo lo hace debido a mecanismos alternos a este, siendo en este sentido que la pena pasa de ser la razón fundamental por la que se obedecen las normas penales, a tener un carácter comunicativo y reafirmador de la vigencia de las normas, pues como sostengo en este artículo las personas obedecen el derechos por razones distintas a la mera amenaza del uso de la fuerza, porque en realidad las razones operativas para comportarnos de acuerdo a la expectativas socialmente aceptadas se encuentran en hábitos, costumbres o cuestiones de moralidad y justicia intrínseca que programan el comportamiento social y facilitan la convivencia y cooperación a través de ordenes normativos que a diferencia del derecho, no son sistemas institucionalizados del uso de la fuerza.

Palabras clave: sociedad, individuo, conducta humana, motivación, *control social*, normas, derecho, derecho penal, coacción, pena, moral, reinserción, vigencia de la norma.

Abstract: Criminal law has a series of characteristics that differentiate it from other normative institutions that make up social control, including coercion, which is not indispensable for its fulfillment, since the individual does so due to alternative mechanisms to this, being in this sense that the penalty goes from being the fundamental reason why the criminal rules are obeyed, to have a communicative character and reaffirm the validity of the rules, because as I maintain in this article people obey the rights for reasons Other than the mere threat of the use of force, because in reality the operational reasons for behaving according to socially accepted expectations are found in habits, customs or questions of morality and intrinsic justice that program social behavior and facilitate coexistence and cooperation Through normative orders that, unlike law, are not institutionalized systems of the use of force.

Keywords: society, individual, human behavior, motivation, social control, norms, law, criminal law, coercion, penalty, moral, reinsertion, validity of the norm.

1. El derecho y los otros órdenes de la conducta humana

Desde la antigua Grecia, Aristóteles planteaba la idea de que el hombre es un *zoon politikon*, “lo que para él significaba que la virtud, la justicia y la felicidad sólo pueden alcanzarse socialmente, en relación con los demás, en la ciudad, en la polis, o sea, políticamente”¹, ya que es a través de la convivencia con los otros, la forma en que el individuo se realiza plenamente, es decir, el hombre es un ser social por naturaleza.

¹ALMIRÓN, Nuria, “La Red del *Zoon Politikon*”, *Revista R*, 2005, <http://www.almiron.org/otros35.html>.

Que el individuo se encuentre dentro de un mundo social, implica que este sea portador de un rol, el cual está constituido por derechos y obligaciones y es la orientación en función a ese rol, la que define al sujeto como persona, correspondiéndole por tanto, administrar un segmento de la realidad social, una determinada competencia, es decir, a cada miembro de la sociedad se le otorga un papel determinado dentro de la misma y en virtud a ello se espera que el individuo cumpla con las expectativas sociales que la colectividad le atribuye a tal rol, ya que

Una expectativa tiene determinada validez para todos nosotros, de tal manera que pensamos que nuestros semejantes esperan también el cumplimiento de las mismas expectativas; de esta forma creemos firmemente en que existen las mismas pautas, un mismo “ritmo” entre todo, y que de nosotros se espera lo mismo que esperamos de los demás. Es por ello que los científicos sociales, hablan con un lenguaje no muy bello, pero si lleno de conocimiento de “expectativas sociales” y llegan así a la conclusión de que nos encontramos normativamente encadenados los unos a los otros, unidos, vinculados: “obligados” en toda la extensión de la palabra. Vivimos con y mediante normas sociales.²

Sin embargo, hay ocasiones que el individuo decide no comportarse conforme al rol que socialmente se la ha atribuido, lo que hace necesario la aparición de mecanismos o instituciones que otorguen a los demás integrantes de la colectividad, la seguridad de que el otro habrán de actuar conforme lo que se espera de él, surgiendo así lo que se conoce como *control social*, que vendrá a conformar una condición básica de la vida social, y que tendrá como finalidad lograr el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contra-fácticamente, en caso de que se incumplan³.

En consecuencia, el vivir en sociedad implica hablar de un *control social* que habrá de regir normativamente al individuo, lo que llevara a identificarlo con determinado grupo social, y a su vez lo diferenciara de otros, es decir, las normas se traducirán en pautas que lo separan y distinguen de los demás, pero también servirán para mantenerlo unido, seguro y fuerte dentro del propio grupo social.

Así pues, las expectativas sociales, habrán de estar aseguradas por medio del *control social*, que entre otros aspectos, lleva al individuo a vivir encadenado normativamente para

²HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 12-13.

³MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 2012, p. 25.

actuar conforme a lo que se considera correcto, valiéndose de estructuras profundas que se han mantenido a lo largo del tiempo, como la familia, la religión o la escuela, puesto que estas estructuras nos proporcionan

Normas que no están formalizadas ni necesitan de una justificación propia en tanto que la gente se rige en gran parte con base en ellas. Simplemente son válidas. Esto ahorra el laborioso de justificarlas y además nos proporciona la expectativa que regirá tanto al prójimo como a nosotros mismos. Esta expectativa es recíproca y en los casos más comunes se puede confiar en ella. Se trata de normas que son válidas para todos aquellos que viven en comunidad y vinculan a las personas.⁴

Sin embargo, el *control social* no se limita únicamente a normas no formalizadas, ya que el derecho, visto como la forma en que el Estado ejerce de manera institucionalizada el poder, también supone un mecanismo de *control social*, al cual entre otros fines, se le otorga la tarea de defender a la sociedad, de garantizar una convivencia pacífica y organizada, y que “solo habrá de tener sentido si se le considera como la continuación de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos mediante el aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento”⁵.

Así, que el hombre quede sometido a determinadas normas que lo identifican dentro del grupo social, y permiten mantener su cohesión, es el reflejo de la existencia de valores y reglas de convivencia conforme a las cuales las personas viven, en donde el *control social* habrá de establecer los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo al mismo tiempo un instrumento de socialización de sus miembros.

Ahora bien, en este trabajo me propongo estudiar la tesis de que los hombres cumplen el derecho no por miedo a la coacción, que es característica del derecho, sino porque existe una serie de instituciones sociales que lo llevan a cumplirlo, y en consecuencia la pena habrá de adquirir una nueva función: mantener la vigencia de la norma, ello ya que si los integrantes de la colectividad confían y respetan en la vigencia de la norma, los bienes que protege cada norma habrán de encontrarse también asegurados, y

⁴HASSEMER, Winfried, *op cit.*, nota 2, pp. 11-12.

⁵MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, nota 3, p. 26.

la pena vendrá a expresar que la norma aún mantiene su vigencia y que la imitación a su infracción no es válida.

Para ello, primero estudiaré el aspecto relativo a la especificidad del derecho como sistema de *control social* con fuerza institucionalizada, posteriormente se hablará de la pena como medio de aflicción y la idea revolucionaria propuesta Beccaria, en torno a la pena vista ya no como medio de retribución al mal causado, sino como medio de prevención social e individual, asimismo siguiendo al autor italiano Luigi Ferrajoli señalaré que dentro del Estado de derecho la pena carcelaria debe reducirse a los mínimos necesarios siendo conveniente optar por una desprisonalización y despenalización dentro del derecho penal, con la intención de que la pena permita resocializar a los individuos que cometen delitos.

Una vez agotados estos aspectos, se argumentara el por qué la pena no es esencial para el derecho, sosteniendo que nos comportamos correctamente sin necesidad de sanciones, en virtud de que la vida en sociedad nos involucra en una serie de instituciones que nos lleva a comportarnos de manera correcta y, finalmente propondré una nueva justificación de la pena, la cual que constituye parte de la tesis del presente trabajo.

2. El derecho como ejemplo de fuerza institucionalizada

El derecho también constituye un mecanismo de *control social*, pues “pertenece a la familia de los sistemas normativos⁶, entre los cuales se suele incluir también a la moral, la religión (o al menos cierto aspecto de ella), los usos sociales, los juegos, etcétera”⁷, pero posee determinadas características que lo hacen diferente de cualquiera de ellas, siendo que el derecho como medio de *control social* se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente para tal efecto. En general se entiende por derecho “aquel conjunto de normas jurídicas, creadas por el Estado para regular la conducta externa de los hombres

⁶Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (o sea con la permisón, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción). Cfr. ALCHOURRÓN, C E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

⁷NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 12ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, Aestrea, 2003, p. 102.

y en caso de incumplimiento esta prevista de una sanción judicial”⁸, al cual se le atribuyen características tales como la coacción, y su carácter institucionalizado.

Se considera que el derecho es coactivo, ya que a diferencia de otros sistemas normativos en los que la norma es cumplida de manera espontánea, éste en su conjunto regula el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal, incluyendo normas que prohíben en general el uso de la coacción o tolerando en ocasiones el empleo de la fuerza, pudiendo llegar a prescribir en otras, el empleo de la misma, como un medio para conseguir la observancia de sus preceptos, lo que permite reconocer de manera normativa la posibilidad de recurrir a la violencia con el fin de lograr la imposición de un deber jurídico o que incluso este llegue a ser cumplido por el individuo aun en contra de su voluntad, por tanto, las normas de derecho regulan, directa o indirectamente, el ejercicio de actos de coacción, lo que sin embargo, es independiente y no debe confundirse con la existencia de una sanción.

Asimismo, autores como Kelsen y Hart, sostienen que además de la coacción, una nota distintiva del derecho, la constituye su carácter institucionalizado, ello en virtud de que las normas que lo conforman establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema⁹, lo que se traduce en que únicamente dichos órganos serán los autorizados para aplicar medidas coactivas, ya que de lo contrario no sería posible hablar de un monopolio de la fuerza por parte del Estado, siendo pues que “el hecho de que el sistema jurídico no sólo regule el empleo de la fuerza, sino que lo regule como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos”¹⁰, en consecuencia, el derecho se traduce en una coacción institucionalizada.

Así las cosas, parece que en el carácter institucionalizado de la fuerza que acompaña a las normas penales ha pretendido encontrar su nota distintiva respecto de las demás disposiciones que tienen pretensiones para disciplinar el comportamiento de las personas. La imagen del derecho como conjunto de órdenes respaldadas por amenazas es característica del positivismo temprano y probablemente una de las piedras fundamentales de la teoría pura del derecho. En efecto, tal como ha sido puesto de relieve, para Kelsen lo

⁸FLORES GOMES GONZÁLEZ, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Vigésima quinta Edición, México, Porrúa, 1986, p. 50.

⁹NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 7, p. 106.

¹⁰ *Ibidem*, p. 107.

que realmente caracteriza al derecho como técnica social específica es la capacidad para imponer sanciones en caso de incumplimiento de las normas. Según Kelsen, el derecho en su forma primaria y “de modo similar en todas las potestades conferidas por el derecho, pueden ser entendidas como condiciones de aplicación de las sanciones conforme al sistema de derecho más o menos elaborado”¹¹.

De esta forma, la motivación para el cumplimiento de los deberes jurídicos se limita a una forma prudencial de evitación del castigo que lleva implícito el acto ilícito de la desobediencia. Sin embargo, parece que esta reducción de la amenaza del uso de la fuerza como única razón para la acción, no es compartida por otras versiones de positivismo jurídico igualmente refinadas que la de Kelsen. Así por ejemplo, en Hart la propuesta a favor de una conexión accidental entre el derecho y la moral lleva a que en algunos casos el derecho sea obedecido no tanto por la sanción que su incumplimiento lleva aparejada, sino fundamentalmente porque existen razones intrínsecas para comportarse moralmente de acuerdo con el orden jurídico¹². De igual forma, positivistas modernos han llevado a esta interpretación de Hart hacia aspectos más avanzados. Tal es el caso de Frederick Schauer para quien si bien la coacción es un elemento típico o indicativo del carácter jurídico de un enunciado que prescribe una manera de comportarnos, lo cierto es que considera que esta amenaza del uso de la fuerza no es necesaria para la existencia del derecho¹³.

En ese sentido es prudente reconocer que las motivaciones para la observancia del derecho no tienen tanto que ver con el respaldo en amenazas, sino más bien con la interiorización de hábitos de comportamiento y, desde luego, con la identificación de ciertos deberes morales que coinciden con el contenido del derecho. No es el caso de sostener una tesis general sobre si el derecho y la moral mantienen vínculos contingentes o necesarios, porque en todo caso eso es materia de otros estudios de índole filosófica, en los que amen de su abundancia, está lejos de alcanzarse un punto de acuerdo. Para los propósitos de este estudio, basta con aceptar más o menos pacíficamente que las motivaciones o las razones para la acción en el caso de los imperativos legales están abiertas más allá de las sanciones. Por ejemplo, cuando una persona se encuentra en un gran almacén en donde se encuentra una estilizada camisa de marca que no puede comprar

¹¹MACCORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. Fernando Atria, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 90.

¹²HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 64.

¹³SCHAUER, Frederick, *Fuerza de ley*, trad. Pablo Ariel Repetti, Lima, Palestra, 2015, p. 81.

en el precio señalado, no se abstiene de robarla por el hecho de que sepa que en caso de hacerlo puede ser sancionado con una pena de prisión. De igual forma, los padres cumplen con la obligación de dar alimentos a sus hijos no porque tengan temor a la sanción por el delito de incumplimiento en sus obligaciones de asistencia familiar, sino más bien porque se encuentran motivados por lazos de afecto y cuidado que trascienden el ámbito de lo jurídico¹⁴.

Por eso si partimos de este contexto y reconocemos que las razones que nos llevan a obedecer al derecho en última instancia son cuestiones morales que caen en el ámbito de la razón práctica, entonces es posible dar una parte considerable de razón a una de las tesis fundamentales de la teoría del derecho elaborada por Carlos Nino, para quien en última instancia el razonamiento jurídico está centrado en las razones morales¹⁵. Las implicaciones de esta asunción son por demás importantes: por un lado nos permite separarnos de la tesis positivista ortodoxa que considera al derecho como un orden coactivo en el que el acento está puesto en el acto ilícito del incumplimiento del deber, para observar que las motivaciones que nos llevan a cumplir con el derecho son de una índole mucho más variada que el reduccionismo estudiado en apartados anteriores. Pero tal vez el efecto más importante, es que si estos factores de observancia del derecho son más amplios, entonces debemos encontrar específicamente en el ámbito de la dogmática penal una función distinta para la pena. Al hacer esto he llegado al punto central del estudio planteado, por lo que ya es necesario pasar a hacer un estudio más detallado de las sanciones penales y su función.

3. La sanción penal

Ha quedado asentado líneas arriba, que el individuo es un ser social por naturaleza, y que al vivir en sociedad queda sometido a una serie de expectativas derivadas de normas que rigen el comportamiento individual, sin embargo existe la posibilidad de que dichas expectativas no lleguen a cumplirse, surgiendo así la sanción como medio para asegurar la convivencia.

Una parte de esas normas que rigen el comportamiento son establecidas a través del derecho, existiendo en particular una rama que se dirige a regular las conductas que más

¹⁴ Véase sobre este aspecto, el libro de BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEPC, 1991.

¹⁵ Así lo sostiene NINO, Carlos, *Derecho moral y política*, 2ª edición, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 64.

gravemente atacan a la sociedad, es decir, el derecho penal, a través del cual el Estado responde ante el incumplimiento de tales disposiciones jurídicas con el principal medio de coacción jurídica con que cuenta: la pena.

La norma jurídica penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, y para lograr dicha finalidad busca que “se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado *motivación*”¹⁶, y en consecuencia la pena habrá de considerarse como medio disuasorio o preventivo.

La idea de la pena como prevención, tiene como uno de sus exponentes más significativos a Cesare Beccaria el cual señala que

El fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.¹⁷

Ello en virtud de que la pena, entendida como un medio de prevención o disuasión debe servir como especie de motivación para que el individuo que delinquirió se abstenga de repetir su conducta, o para que quien desee imitarlo tome como ejemplo que ante una infracción habrá una pena, absteniéndose de igual manera de realizar un comportamiento contrario a la norma, teniendo como principales factores disuasorios la dureza, la celeridad y la certeza de la pena.

A pesar de lo revolucionaria y novedosa que resultó la visión de Beccaria respecto a la pena, al permitir el paso del retribucionismo¹⁸ a la prevención, como finalidad de la pena,

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, nota 3, p. 19.

¹⁷ BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, p.33-34.

¹⁸ El retribucionismo suele considerarse como una de las finalidades más antiguas y crueles que se la ha otorgado a la pena, ya desde el Código de Hammurabi (1760 a.C.) aparece la fórmula con la que suele identificarse a esta idea: “ojo por ojo y diente por diente” o posteriormente en el derecho romano con la ley del talión. Esta función se orienta hacia el pasado hacia el hecho ya cometido y se basa en la idea del justo

una sociedad basada en los valores de la democracia, que propugna por un derecho penal mínimo, como lo es el Estado de derecho le otorga una nueva finalidad “dirigida a corregir al detenido, a transformarlo y readaptarlo forzando su libertad interior”¹⁹, es decir, la resocialización.

En el Estado de derecho la pregunta para qué castigar es de gran relevancia, ya que busca que el derecho penal se convierta en un instrumento de garantía y defensa para todos y no solo para las mayorías, a su vez tal cuestionamiento únicamente encontrara respuesta una vez que se respondan los planteamientos qué y cómo castigar.

Al hablar pues de un Estado de derecho, que defiende la existencia de un derecho penal mínimo la respuesta a qué castigar se traducirá en una drástica despenalización, es decir, a que el derecho únicamente sancionará las ofensas más graves, haciendo una reducción de la esfera de los bienes considerados como fundamentales, ya que así el derecho penal será más eficiente y con mayor respeto a los derechos humanos.

Respecto a la pregunta cómo castigar, Luigi Ferrajoli propone una desprisonalización, es decir, que la pena sea limitada solamente para aquellas ofensas consideradas tan graves e intolerables a los derechos humanos, que justifiquen el sacrificio a la libertad personal, ya que si bien

La cárcel es una invención moderna: una gran conquista buscada por el iluminismo humanitario como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a las penas corporales, a la picota pública y otros horrores del derecho penal pre-moderno. Con la cárcel la pena se volvió incruenta y se configuro como pena igualitaria, legalmente predeterminada, susceptible de medición y de cálculo: privación de un tiempo abstracto de libertad, exactamente cuantificable y graduable por la legislación y luego por el juez, en relación con la gravedad –en abstracto y en concreto– de los delitos castigados²⁰.

merecimiento, y le otorga gran importancia al libre albedrío del sujeto, ya que “Los seres humanos disfrutan de libertad para tomar sus propias decisiones. De ahí que, en principio, está en sus manos decidir si cometen o no un acto delictivo. Si deciden cometerlo, puesto que esta decisión ha sido tomada de manera voluntaria, entonces se hacen responsables de las consecuencias. Por esta razón tiene que recibir la pena que en justicia merecen, cuyo monto tiene que ir en consonancia con la importancia del daño causado”. A su vez, la finalidad retributiva se sujeta a los principios de proporcionalidad e igualdad de la pena, es decir, la pena debe ser proporcional al daño que se ha causado y deben imponerse penas iguales a la misma clases de delitos. VILAJOSANA, Josep M., *Las razones de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p.31.

¹⁹FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008, p.67.

²⁰ *Ibidem*, p. 64.

Lo cierto es que aquellos que se encuentran sometidos a ella, también lo están a aflicciones tanto de tipo corporal como psicológica, lo que convierte a la pena en una aflicción que va más allá de la mera privación de la libertad, ya que afecta la mayor parte de los derechos vitales que posee la persona, pues como señala García Ramírez “el universo entero de los reclusos se encuentra sometido a condiciones que frecuentemente son inhumanas, vejatorias, inconsecuentes con la dignidad de las personas y a la postre desfavorables para cualquier esfuerzo sensato a favor de la seguridad pública y la inserción o reinserción social”²¹.

Con la desprisonalización se busca pues “destronar la reclusión carcelaria de su rol de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menor reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitándola a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales, las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado”²², recurriendo a penas alternas a las carcelarias y que permitan dotar al hombre de medios para que ejerza su libertad y, elija con capacidad de opción (al menos relativamente) el camino que prefiera²³, sin que se llegue a extremos de segregación.

Así pues, qué y cómo castigar deben responderse en un Estado de derecho de forma tal que refuercen el derecho penal como *ultima ratio*²⁴, y reduzcan la pena carcelaria únicamente a aquellas ofensas que sean de tal magnitud graves que lleguen a justificar su imposición, y que en aquellos casos en los que sea posible se sustituya por medidas menos lesivas, y que cuando llegue a imponerse a un individuo, no se imponga sólo por imponerse o sea vista como un mal necesario, sino que sea vista como un medio de resocialización, es decir, que logre cambiar “la intención, la motivación o incluso el carácter del delincuente con respecto a su conducta ante el derecho. Asumiendo que estos cambios ayudarán a

²¹GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Una reflexión sobre los derechos humanos y la privación de libertad” en Varios, *Delitos y tratamiento penitenciario en el contexto de los derechos humanos*, Medellín, Colombia, Ediciones ENAULA/ Instituto Colombiano de Derechos Humanos, 2013, p. 12.

²²FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 66.

²³GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones, El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2014, p. 202.

²⁴Entendiendo que el derecho penal deber ser visto como el recurso extraordinario que habrá de usarse cuando no sea posible lograr la efectividad requerida por otros medios menos lesivos.

modificar en sentido positivo la percepción de las leyes por parte de aquel que alguna vez las incumplió”²⁵.

4. Sobre una nueva justificación de la pena

El penalista alemán Günter Stratenwerth señala que los mecanismos de *control social* se equiparan a un *iceberg*²⁶, el cual tiene una base distinta al derecho, ya que este únicamente puede entenderse si se sitúa en un contexto más extenso del *control social*, es decir, la conducta humana no sólo se rige por las prescripciones del derecho, sino que hay una serie de normas sociales que guían el comportamiento, por lo que el derecho penal sólo viene a exteriorizarse como la parte visible, la más tétrica y terrible, pero no la única ni la más importante²⁷ de ese *iceberg* que representa al *control social*, así la norma jurídica penal, sólo podrá tener eficacia y motivar el comportamiento de los individuos, si se acompaña en la misma dirección por otras instancias sociales.

Expresaba Montesquieu que “el grado de civilización de un país se mide y progresa según la benignidad de sus penas”²⁸, por lo que en el actual Estado de derecho que se busca consolidar –al menos en nuestro país–, es necesario que la pena tenga una nueva función, y que únicamente se aplique en aquellos casos excepcionales en que haya ofensas tan graves en contra de las normas sociales que llegue a justificarse su imposición, y si como se ha sostenido en este trabajo, la norma penal se cumple no por la coacción que se le atribuye, sino porque la misma viene precedida por una serie de instrumentos de *control social* que lo fortalecen, ya que “dentro del *control social* la norma penal, el sistema jurídico penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento en sociedad”²⁹, sino que es parte de ese *iceberg* que conforma el *control social*.

²⁵ VILAJOSANA, Josep M., *op. cit.*, nota 17, p. 75.

²⁶ Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general I*, trad. Gladys Romero, Madrid, 1982; así también véase MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1984, parte XXXVI.

²⁷ STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, nota 26, p. 9.

²⁸ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. Siro García del Mazo, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, Libro VI, Capítulo IX.

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, nota 3, p. 25.

Jakobs, señala que “la sociedad se constituye mediante normas –en un sentido más abierto resulta posible afirmar que una sociedad se constituye mediante procesos comunicativos que conectan a los integrantes del sistema, quienes otorgaran valor a dichas comunicaciones”³⁰, en donde el contenido de esas normas está determinado por la propia sociedad y en donde generalmente los individuos que conforman esta sociedad respetan y confían en la vigencia de la norma, siendo de esta manera como se aseguran los bienes jurídicos que se intentan proteger, sin embargo también es posible encontrar comportamientos delictivos que afectan elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades³¹, situación en la que el derecho penal habrá de intervenir, imponiendo una pena.

En una sociedad constituida mediante procesos comunicativos al otorgarle a cada individuo un rol dentro de la misma, la infracción criminal vendrá a representar “el quebrantamiento de la norma, entendido este como la puesta en duda de la vigencia de esa norma: la pena reacciona frente a ese cuestionamiento que representa el delito, reafirmando la validez de la norma”³², con lo que además se pretende la reafirmación de la pertenencia del sujeto infractor a la ciudadanía en general, y afirmando que su acción es desaprobada, ya que no puede haber una afectación a la vigencia de la norma por una conducta que no comunique socialmente.

Es decir, si los hombres confían en que los demás respeten y cumplan con el rol que les fuera otorgado socialmente, al mismo tiempo confían en que la norma jurídica mantiene su vigencia, pero si por el contrario no se actúa conforme a ellas, la pena habrá de tener el efecto de reafirmar que la norma incumplida aún sigue teniendo vigencia, y que debe seguir siendo cumplida por los demás integrantes que conforman a la sociedad, ya que la pena lo que hará no será negar la existencia de un hecho en su sentido factico, sino que negará que esa conducta sea válida y que cualquier individuo pueda imitarla.

En consecuencia, la sociedad determinará y aceptará la vigencia de la norma, y lo expresará acatando su cumplimiento, y cuando un individuo contravenga dicha norma, éste percibirá como dañada la expresión normativa, entonces para subsanar dicho daño y

³⁰ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *El derecho penal del enemigo*, México, Porrúa, 2009, p.43.

³¹ JAKOBS, Günther y CANCIÓ MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 63.

³² *Ibidem*, p. 64.

restaurar el valor original del precepto, se negará que el autor haya realizado un hecho relevante. Es decir, si cometió el delito, si comunicó una negación del valor de la norma, pero lo que él comunicó no fue algo válido, por lo que la norma seguirá manteniendo su vigencia³³.

Y si además, a la norma jurídica se le otorga el carácter de coactiva, su incumplimiento habrá de facultar al Estado para hacerla cumplir, y esta coacción habrá de señalar que

Existe una validez de la norma no en un sentido formal: la norma no es sólo norma porque existe una obligación de cumplirla y si ésta no se cumple el Estado está legitimado para llevar a cabo las medidas que obliguen al cumplimiento de las mismas restaurando así el orden jurídico, pero al mismo tiempo el ejercicio de tales facultades, afianza su vigencia como parte de la realidad social y no exclusivamente en una forma ideal.

Así pues, la coacción que caracteriza a las normas, además de perfeccionar la comunicación de las normas para con los demás, posera en sí misma una respuesta a conductas delictivas y el significado de las mismas será sostener que la comunicación que realizó el autor del hecho –al no someterse a la norma y advirtiendo que no tiene importancia para él– es irrelevante para el sistema, ya que la norma seguirá manteniendo su vigencia sin ninguna modificación, lo que hace suponer que la norma es real y que la misma debe seguir siendo cumplida por la sociedad, en resumen, la pena tendrá la finalidad de mantener la vigencia de la norma, sin negar la existencia de un hecho delictivo, pero si negando que ese hecho sea válido. Por eso con toda razón Kelsen afirmaba que lo debido no es la conducta, sino la sanción.³⁴

6. Conclusión

El hombre es un ser que está destinado a vivir mediante normas que garanticen una convivencia pacífica entre todos los integrantes de la sociedad, conformando así un *iceberg* denominado *control social*, el cual se integra por varios niveles como la familia, la religión, la escuela, la moral, entre otros y teniendo como su punta y lado más visible al derecho

³³ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *op. cit.*, nota 29, p.46.

³⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, 14a edición México, Porrúa, 2007, p. 56.

penal, el cual no puede ser percibido de modo ajeno e independiente a estas instituciones, ya que “las normas penales por si solas son insuficientes y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada servirían ni la conminación penal contenida en las mismas ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad”³⁵.

Ello quiere decir que en realidad la función de la pena en el derecho penal no puede entenderse de una manera limitada a la prevención general para que no se cometan nuevos delitos; esto es, la pena en sí misma no puede considerarse como una razón determinante para comportarse de acuerdo con el derecho, sino que en realidad existen una serie más amplia de razones operativas por las cuales las personas deciden comportarse de acuerdo con los contenidos coincidentes del sistema jurídico, tales como los principios morales, las exigencias de la justicia o simplemente las razones prudenciales fundadas en hábitos o intereses específicos.

Esto implica que la función de la pena en la sociedad democrática debe ser explicada no solamente desde la perspectiva que enfatiza su carácter coactivo, sino más bien desde un aspecto que enfatice su carácter comunicativo, en el sentido de que la pena vendrá a reafirmar que la norma infringida mantiene su vigencia, y el hecho de que un individuo se aparte de ella al no respetarla, únicamente será una expresión de la desaprobación de la conducta realizada, que su conducta no es válida, pero que la norma deberá seguir siendo cumplida y respetada por los integrantes de la sociedad, para así poder asegurar una convivencia pacífica.

7. Bibliografía

ALCHOURRÓN, C E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

ALMIRÓN, Nuria, “La Red del Zoon Politikon”, *Revista R*, 2005, <http://www.almiron.org/otros35.html>.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, nota 3, pp. 26-27.

BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEPC, 1991.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008.

FLORES GOMES GONZÁLEZ, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Vigésima quinta Edición, México, Porrúa, 1986.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones, El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2014.

_____, “Una reflexión sobre los derechos humanos y la privación de libertad” en Varios, *Delitos y tratamiento penitenciario en el contexto de los derechos humanos*, Medellín, Colombia, Ediciones ENAULA/ Instituto Colombiano de Derechos Humanos, 2013.

HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980.

HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

JAKOBS, Günther y CANCIÓ MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, 14a edición México, Porrúa, 2007.

MACCORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. Fernando Atria, Madrid, Marcial Pons, 2009.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *El derecho penal del enemigo*, México, Porrúa, 2009.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1984, parte XXXVI.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 2012.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 12ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, Aestrea, 2003.

_____, *Derecho moral y política*, 2ª edición, Buenos Aires, Siglo XXI.

SCHAUER, Frederick, *Fuerza de ley*, trad. Pablo Ariel Repetti, Lima, Palestra, 2015.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general I*, trad. Gladys Romero, Madrid, 1982.

VILAJOSANA, Josep M., *Las razones de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.