

ARIEL DERECHO

Serie Derecho Penal

Asesor

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

315,46
B582 md
7389

39100 30 8436 970 3936

5

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

MANUAL DE DERECHO PENAL

Parte general

3.^a edición aumentada, corregida
y puesta al día



EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

CAPÍTULO II

LA PENA Y SUS TEORÍAS

4. El derecho penal y la pena. 5. Teorías absolutas: a) Planteamiento; b) Comentario; c) Análisis crítico. 6. Teorías relativas: a) Prevención general: a) Planteamiento; a b) Comentario; a c) Análisis crítico. b) Prevención especial: b a) Planteamiento; b b) Comentario; b c) Análisis crítico. 7. Teorías mixtas e intentos superadores: a) Posiciones mixtas; b) Posiciones superadoras: b a) Prevención general; b b) Prevención especial democrática; b c) Prevención general democrática; b d) Interaccionismo de Callies; b e) Planteamiento dialéctico de Roxin. 8. Hacia una nueva concepción de la pena: a) ¿Qué es la pena? b) De la imposición de la pena; c) Derecho penal de *alternativas*.

BIBLIOGRAFÍA. *Lit. española:* ANTÓN ONECA, José: La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, discurso curso académico 1944/45, U. Salamanca; BACIGALUPO, Enrique (1978): Significación y perspectiva de la oposición «derecho penal-política criminal», en RIDP, n.º 1; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1978): Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial, Civitas, Madrid; BARBERO SANTOS, Marino (1978): La reforma penal española en la transición a la democracia, en RIDP, n.º 1; — (1980): Marginación social y derecho represivo, Bosch, Barcelona; BERISTAIN, Antonio (nov. 1961): Fines de la pena, en RGLJ; — (1962): Análisis crítico de la nueva defensa social, en REP, n.º 157; BERGALLI, Roberto (1976): ¿Readaptación social por medio de la Ejecución Penal?, Madrid; CÓRDOBA RODA, Juan (1977): Culpabilidad y Pena, Bosch, Barcelona; CUELLO CONTRERAS, J. (1980): La ideología de los fines de la pena, en ADP; ESCRIVÁ, José María (1980): Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución, en Papers, n.º 13; GONZÁLEZ RUS, Juan José (1984): Teoría de la pena y Constitución, en Estudios Penales y Criminológicos, VII; LARRAURI, Elena (1987): Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista, en P. C. 3; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1979): Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid; MIR PUIG, Santiago (1982): Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, 2.ª edic., Bosch, Barcelona; — (1986): Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva, en P. C. n.º 0; MUÑAGORRI, Ignacio (1977): Sanción Penal y Política Criminal, Reus, Madrid; MUÑOZ CONDE, Francisco (1980): Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, en CPC, n.º 12; PERIS RIERA, Jaime Miguel (1988): Aproximación a la victimología, su justificación frente a la criminología, en CPC 34.

Lit. comparada: ANCEL, Marc (1981): La défense sociale nouvelle, 3.ª edic., Cujas, París; BARRATA, Alejandro (1984): Integración-Prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática, en CPC 24; — (1986): Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal, en P. C. n.º 0; — (1988): Por una teoría materialista de la criminalidad y el control social, en EPC XII; BASAGLIA, F. y R. (1974): L'ideologia de la diversità, en La maggioranza deviante, Torino;

BENTHAM, Jeremy (1829): Oeuvres, t. 2: Théorie des peines et des récompenses, Bruselas (reimpresión Aalen, 1969); BIANCHI, Hermann (1988): Alternativen zur Strafjustiz, Kaiser/Grünwald, München; BIANCHI, Hermann y SWAANINGEN, R. (editores) (1986): Abolitionism. Towards a non-repressive approach, Free University Press, Amsterdam; CALLIES, Rolf-Peter (1974): Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Fischer, Frankfurt a.M.; CHAMBLISS, William (1971): The Deterrent influence of punishment, en Theories of Punishment, Bloomington-London; COHEN, Stanley (1988): Visiones del Control Social (traduc. Elena Larrauri), PPU, Barcelona; DITTON, Jason (1979): Controlology, Macmillan, London and Worcester; FEEST, Hohannes y BLANKENBURG, Erhard (1972): Die Definitionsmacht der Polizei, Bertelsmann, Düsseldorf; FERRAJOLI, Luigi (1986): El derecho penal mínimo, en P. C. n.º 0; FERRI, Enrique (1933): Principios generales de derecho criminal (traduc. Rodríguez Muñoz), Madrid; HAFFKE, Bernhard (1976): Tiefen Psychologie und General Prävention, Sauerländer, Frankfurt a. M.; HASSEMER, Winfried (1979): Generalprävention und Strafzumessung, en Hauptprobleme der Generalprävention, Metzner, Frankfurt a. M.; — (1986): Prevención en el derecho penal, en P. C. n.º 0; HEGEL, G. W. F. (1972): Grundlinien der Philosophie des Rechts, Ullstein, Frankfurt a.M., Berlin, Wien; HOERSTER, Norbert: Die philosophische Rechtfertigung staatlichen Strafe, en ZphF 28; JAKOBS, Günter (1976): Schuld und Prävention, Tübingen; KLOSE, P. (1974): Ius puniendi und Grundgesetz, en ZStW 86; KOLLER, Peter: Probleme der utilitaristischen Strafrechtsfertigung, en ZStW 91; LISZT, Franz von (1905): Der Zweckgedanke im Strafrecht, en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. 1, Berlin (reimpresión Walter de Gruyter, Berlin 1970); NOZICK, Robert (1974): Anarchy, State and Utopia, Basil Blackwell, Oxford; PAUL, Wolf (1986): Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena, en P. C. n.º 0; PAVARINI, Massimo (1987): El sistema del derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo, en P. C. 1; PLACK, Arno (1974): Die Gesellschaft und das Böse, 11.ª edic., München; — (1974): Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, List, München; RESTA, Eligio (1986): La desmesura de los sistemas penales, en P. C. n.º 0; ROXIN, Claus (1972): Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, en Strafrechtlichen Grundlagenprobleme, Walter de Gruyter, Berlin-New York; — (1981): Introducción a los problemas básicos del Derecho Penal, en Iniciación al derecho penal de hoy (traduc. Muñoz Conde y Luzón Peña), Sevilla; SCHNEIDER, Hans Joachim (1988): La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal, en CPC 35; STAMME, Federico (1979): Teoria dello stato e controllo sociale, en La Questione Criminale, n.º 2.

4. EL DERECHO PENAL Y LA PENA

Ya hemos visto que al definir el derecho penal una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su denominación, la pena ha surgido como el rasgo definitorio a la hora de su nombre.

Más aún, al considerar la teoría de las normas, apareció que para Kelsen la regla jurídica se distingue justamente por la sanción, que en el caso de la regla jurídico-penal es la pena; el Estado sólo puede querer sus propias acciones y esa acción sería el acto coactivo. De ahí entonces que, para Kelsen, ya en la norma aparecería la esencialidad de la pena para el derecho penal, la conducta humana sería sólo un presupuesto, la norma imperativa no tiene sentido. Para Binding, en cambio, la sanción o pena no juega rol alguno en el carácter de la norma, para que exista el imperativo no es necesaria la sanción. Pareciera que en general las posiciones de Binding y de los autores que han profundizado su orientación tendrían razón, en cuanto a que la norma está referida al comportamiento de los individuos dentro de la relación social. La sanción no aparece como definitoria de la norma ni menos aún de las demás reglas jurídicas: carácter y naturaleza de éstas no están dados por la pena. Ello sin embargo no quiere decir que no haya que considerarla desde el punto de vista de su estructura, en cuanto a que la norma como estructura establece un sistema de comunicación simbólico, establece una relación con «otro» («no debes matar... a otro») y genera una expectativa respecto a la

intervención del Estado («el que mate *tendrá tal pena*»). De ahí que si bien la norma no aparece definida por la pena, sí en cambio la pena es esencial para la comprensión del derecho penal, ya que implica la realización de una expectativa, de la actuación del Estado con un acto coactivo, la pena. De modo entonces que no hay que confundir los niveles de la norma penal, de las reglas jurídicas, y del derecho penal en su conjunto; en caso contrario traspasaríamos las características de un nivel a otro.

Es por eso que mirado el problema desde el derecho penal en su conjunto, resulta que en el derecho penal se fijan una serie de presupuestos para un acto coactivo del Estado, presupuestos constituidos por el hecho delictivo (que es el punto de partida para provocar el acto coactivo del Estado) y el sujeto delincente (sobre el que recaerá el acto coactivo conforme a su hecho).

Ahora bien, esto quiere decir que hay una correspondencia teórica entre los diferentes aspectos del derecho penal, es decir, que un determinado modelo de análisis sea consecuente al analizar cada una de las diferentes características del derecho penal y establezca entre ellas relaciones determinadas. En ese sentido resultan importantes las teorías de la pena, pues ellas señalan criterios fundamentales que van a servir para configurar el modelo de análisis del derecho penal y que van a estar ligados lógicamente y teleológicamente con los demás aspectos del derecho penal, con los presupuestos de la pena, esto es, el delito y el sujeto delincente. Aunque ciertamente en la evolución del derecho penal el acento puede estar en los presupuestos o bien en la pena.

Así, por ejemplo, una concepción de la pena como simple mal o retribución dice relación con una teoría normativa, ya sea monista y con mayor razón dualista. La pena no juega rol alguno ni en relación al carácter ni a la estructura de las normas y el sistema jurídico; el hombre se motiva por la norma, lo que presupone un sujeto capaz de motivarse, es decir, dotado de libertad (principio del libre albedrío). La pena sólo juega entonces el rol de un mal o retribución; de este modo el modelo aparece totalmente consecuente. Es por eso que esta concepción, que al partir de la norma se preocupa sólo del comportamiento del sujeto, como una simple directiva, es decir, desde una óptica totalmente subjetiva, tiende a un planteamiento eticista del delito y del derecho penal, lo que se ahonda por el hecho de que necesariamente tiene que llegar a plantear el libre albedrío, como fundamento de esa capacidad de motivación, y también como fundamento de la pena. Se tiende a dividir los problemas entre bien y mal, entre buenos y malos, y a considerar la pena sólo como un castigo al mal y a los malos (véase crítica de Novoa, p. 55ss.). Ciertamente el acento está aquí en el planteamiento normativo o, *en otras palabras, dogmático*.

Por el contrario, el acento se puede poner en la pena, al no considerarla ya sólo como un castigo, sino con una finalidad, esto es, ligarla a una estructura social determinada y por tanto a las funciones del Estado, es decir, desde un punto de vista político general. Se trata pues de considerar los fines que persigue el Estado con la pena y por ello se va entonces a una consideración *político-criminal* del derecho penal. Pero al poner el acento en la pena esta visión del derecho penal se encuentra en dificultades para una construcción normativa de los presupuestos de la pena, y tiene que tender a un planteamiento completamente opuesto al libre albedrío, el del determinismo, para poder explicar el comportamiento del sujeto como un proceso causal, en que la norma entonces no juega ningún rol fundamental.

Dentro de estas alternativas se han dado las diferentes teorías de la pena, que a continuación expondremos en detalle.

5. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

a) *Planteamiento*

No entraremos a hacer una clasificación de ellas, pues sería larga y sin mayor sentido, sino que nos preocuparemos por desarrollar su contenido esencial, el que ya viene plasmado en el pensamiento de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea, Kant y Hegel. Para Hegel la pena es la negación de la negación del derecho (§§ 104, 90ss.), cumple entonces sólo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena. Este planteamiento es comprensible dentro de la concepción general de Hegel sobre el derecho, en que hay que partir de su conocida frase «lo que es racional eso es real, y lo que es real eso es racional» (p. 11). Para Hegel justamente el derecho es la expresión de la voluntad racional, ya que en cuanto racional u organización racional es liberación de la necesidad. Es decir, en la base del derecho están la racionalidad y la libertad. Pero ello desligado de toda otra consideración, ya sea de ley natural, contractual o historicista, sino sólo como expresión del espíritu en cuanto tal, como la contradicción con el mundo de la necesidad cuya oposición es el mundo de la racionalidad y la libertad. El delito es entonces la expresión de esa contradicción irracional, luego el injusto es expresión de esa contradicción entre dos voluntades. Pero de partida hay una voluntad irreal o nula en sí, que es la delictiva, pues es negación de la racionalidad, que es lo único real. De ahí que el delito sea la negación del derecho, luego la caída al mundo de la necesidad, de la irracionalidad, de lo nulo, de lo irreal (§§ 4, 82ss.). Es por eso que la pena aparece como la negación de la negación del derecho (constituída por el delito), con lo cual aparece un resultado positivo, queda incólume desde siempre lo racional, ya que el delito aparece como una simple negación y no como una realidad, al revés del derecho.

Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ése es su único fundamento. Es por ello que señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre éste (p. 331).

En el mismo sentido se expresaron los más importantes representantes de la escuela clásica tanto italiana como alemana. Así, para Carrara, la pena sólo tiene un fin en sí misma, que no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad (P. D. C., § 615), formulación muy semejante a la de Hegel. Y es por eso que a la pena no se le pueden plantear otros fines, como el de amedrentamiento de los ciudadanos o de conseguir su enmienda. Lo cual podría ser muy loable y digno de ser perseguido, pero no hace al fin de la pena, esto es, aunque tales efectos no se consiguieran, la pena no dejaría de ser tal ni podría ser objeto de crítica. Se trata pues en estos casos de consecuencias meramente accesorias (P.D.C., § 614).

Por su parte Binding en Alemania señala que la pena es «retribución de mal con mal...» (GR., § 228). De lo que se trata es justamente de confirmar simplemente el poder del derecho y para ello es necesario el sometimiento por la fuerza del culpable. Luego, cualquier otro fin no tiene sentido. Así, el de enmienda, aparecería sólo en relación al comportamiento futuro del sujeto, pero dejaría en la impunidad el deber anterior incumplido y, por tanto, no habría una confirmación o restauración del derecho (Gr., p. 227). Ahora bien, este mal hay que entenderlo como tal sólo desde el punto de vista del culpable, pero no desde el punto de vista del Estado, es decir, el mal que hace el sujeto no es equiparable en contenido a la acción del Estado, que sólo sería ejercicio del derecho (Gr., p. 229). Binding trata así de salir al paso

de todas aquellas críticas a las posiciones absolutas, que ven en ellas sólo una expresión de las antiguas concepciones del talión o la venganza privada, sólo que ahora ejercida por el Estado.

Tampoco cambia mayormente la fundamentación de la pena entre los representantes más importantes que siguen la tradición de la escuela clásica, así sucede en los casos de Mezger y de Welzel. Para Mezger la pena es irrogación de un mal que se adecua a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución y necesariamente privación de bienes jurídicos (Str., p. 483). Por su parte para Welzel la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa, esto es, de que «cada uno sufra lo que sus hechos valen» (D. P., 326). Se trata, pues, de un mal que se impone al sujeto culpable.

b) Comentario

En definitiva para las teorías absolutas, considerando especialmente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho. Ahora bien, cada uno de los males tiene la misma naturaleza jurídica, esto es, implican una afección de bienes jurídicos y sobre esa base es que plantea la posibilidad de adecuación relativamente precisa entre la medida de un mal y otro. A la intensidad de una afección a un bien jurídico protegido por el derecho se responde mediante la afección en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto. Ahora bien, tal mal que recae sobre el sujeto requiere, para no ser expresión de puro autoritarismo, una justificación subjetiva, esto es, necesariamente hay que partir de un sujeto libre, capaz de decidirse entre el bien o el mal o bien de reconocer el valor. Si la pena no ha de ser expresión del puro autoritarismo o de la pura fuerza del Estado, sino expresión del derecho, entonces el derecho ha de poder motivar al individuo mediante sus reglas, ha de poder vincular obligatoriamente el comportamiento del individuo, lo que supone su libertad, su capacidad de reconocer el valor. Hay pues una clara correspondencia entre las teorías absolutas retribucionistas y las teorías imperativistas de la norma. De ahí también la coincidencia entre autores como Binding y Welzel, a su vez máximos exponentes del pensamiento dogmático, pues éste ha surgido y se ha desarrollado especialmente al alero de tales concepciones.

c) Análisis crítico

El aspecto positivo de estas teorías absolutas es su preocupación por la justicia y por tanto por la *pena justa*, tanto desde el punto del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas hayan servido para desarrollar el principio de culpabilidad, sólo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable. Por eso estas teorías han sido esencialmente *garantistas*, esto es, impiden una intervención abusiva del Estado, que implique sólo el ejercicio de su fuerza, de ahí que hayan estado traspasadas por un sentido ético (fundado, ya en el derecho natural o en el racionalismo liberal).

Sin embargo, a pesar de la gran persistencia de las posiciones retribucionistas a lo largo del tiempo, no han podido superar sus aspectos negativos y las críticas que se les han dirigido.

Su propio punto de partida ético, de buscar la justicia como tal, las ha llevado a plantearse el problema desde un plano absoluto, como si existiese un orden de verdades o valores absolutos e incommovibles; se olvida que no se trata de una investigación teológica o metafísica, sino sólo dentro de un determinado sistema social, que como hemos visto anteriormente es sumamente complejo y relativo. Esto ha llevado a la consideración del derecho y del dere-

cho penal como un puro problema ético, en que sólo están en juego valores absolutos. Todo lo cual choca con la realidad social que regula el derecho y de la cual es expresión. Por otra parte, si se parte de estos criterios absolutos se tiene necesariamente que considerar al hombre dotado de libertad absoluta (libre albedrío), lo que tampoco es demostrable y no pasa de ser un simple axioma dogmático. Pero, además, dentro de un Estado democrático no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana, en virtud de la trascendencia que se le reconoce en un Estado de derecho democrático, que la pena sólo consista en un mal, que sólo tenga por objeto retribuir. Tal unilateralidad, a pesar de todas las garantías que se establecen, está marcada por las ideas del talión o la venganza, que no resultan adecuadas para la concepción de un Estado de derecho.

De ahí que desde un principio y hasta ahora surgieron frente al retribucionismo los planteamientos prevenciónistas, ya sea de prevención general como especial, que han intentado sobre la base de las críticas señaladas, formular concepciones superadoras.

6. LAS TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

Ya Protágoras expresó en la antigua Grecia con mucha claridad el pensamiento relativista de la pena, en el sentido que al hombre no se le castiga porque haya sido malo, ya que esto sólo se hace con las bestias feroces; por eso mismo la pena ha de ser racional, que es lo propio de los hombres, y por tanto perseguir que otros hombres no delincan o la enmienda del sujeto al cual se aplica. Las teorías relativas o de la prevención no se preocupan entonces del fundamento de la pena, sino de ¿para qué sirve la pena? En forma amplia se puede decir que dos son las corrientes principales: la prevención general, que como señala Antón Oneca es una «advertencia a todos para que se abstengan de delinquir», en el fondo un «escarmiento en cabeza ajena», y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva (p. 6-7).

a) La prevención general (intimidatoria)

a a) *Planteamiento.* La prevención general ha sido sustentada entre otros por Bentham y Feuerbach. Para Bentham la pena debe ser útil, en forma general, por eso el fin de la pena es la prevención general (p. 4), pero no sólo eso, sino que además es su único fundamento legitimante (que residiría en su utilidad y más precisamente «en su necesidad» [p. 3]). Para este autor el delito no es algo malo, reprobable moralmente, sino que está caracterizado por su *dañosidad social*, por eso las penas «son males infligidos, según las formas jurídicas, a individuos convictos de un acto dañino, prohibido por la ley, y con el fin de prevenir actos semejantes» (p. 2). Para que las penas cumplan con su finalidad útil han de tener una serie de «cualidades deseables»: divisibles, ciertas, iguales, conmensurables, análogas al delito, ejemplares, «económicas» («grado de severidad necesario para alcanzar su fin»), remisibles o revocables, suprimir el poder de dañar, tendencia a la reforma moral, convertibilidad en provecho para el lesionado, simplicidad en su descripción, populares (p. 7ss., 10ss.). Por eso era importante la espectacularidad de la pena de muerte, justamente para lograr una mayor efectividad de la pena en su capacidad preventiva general. De ahí que también se preocupara por la ejecución de la pena y aun del propio lugar en que ella se lleva a efecto, desarrollando el

sistema de construcción penitenciario llamado Panóptico, que permitía ejecutar la pena con un más alto grado de eficacia. Pero a quien se le concede la especial paternidad de esta posición, por la nitidez con que la expresó, es a Feuerbach. Para este autor se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es, mediante una *intimidación o coacción psicológica* respecto a todos los ciudadanos. El «impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho» (Lehrbuch, § 13). Rechaza la retribución moral, porque ella pertenece a un orden moral, pero no jurídico, esto es, propio a la sociedad civil y de ahí que según él sería además «físicamente imposible» (Lehrbuch, § 18). La pena en una sociedad civil organizada no puede tener como fin sino el mantenimiento de esa vida común organizada, lo cual sólo se puede lograr en cuanto la pena implique la coacción psicológica de todos (Lehrbuch, §§ 15ss.). De este modo la pena se adecua a los fines del Estado, le es útil, ya que éste no es más que la sociedad burguesa organizada.

a b) *Comentario.* Esta teoría se debate entre dos ideas: la utilización del miedo y la consideración de la racionalidad del hombre. En el fondo esta teoría si no quiere caer en el totalitarismo total, en el terror, en la consideración del individuo como un animal que responde sólo a presiones negativas, tiene necesariamente que reconocer, por una parte, la capacidad racional absolutamente libre del hombre, lo cual es una ficción al igual que el libre albedrío, o bien, por otra, un Estado absolutamente racional, lo que también es una ficción. En todo caso hay una crítica social que no puede superar, que viene desde Kant, en el sentido que el individuo no debe ser utilizado como medio para las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas. Sin embargo, últimamente diferentes autores han tratado de salvar este escollo. Así Hoerster estima que la crítica de Kant que al individuo no se le debe degradar a la categoría de instrumento de medidas de utilidad social sólo sería contundente «si la medida apareciese respecto del individuo arbitraria e injusta» (p. 376). Para Hoerster la cuestión reside en combinar los puntos de vista de la prevención general y la distribución justa. La prevención general serviría para justificar la intervención punitiva del Estado; en cambio la distribución justa explicaría quién y en qué medida, esto es, cómo castiga el Estado (p. 377). Pero en verdad, con ello simplemente se hace un traslado desde la prevención general a una argumentación sobre la justicia en particular, basada en la racionalidad: distribución equitativa o justa o igualitaria o socialmente ética por parte del Estado. Mas el problema reside justamente allí: ¿es posible demostrar tal distribución justa o racional? Ello es puesto en duda desde el ángulo estricto de un Estado de derecho liberal por Nozick. Para este autor, cuando se habla de razón social o entidad social, en último término siempre se trata de gente individual, de diferentes personas, con sus propias vidas individuales, y se usa entonces algunas de ellas en beneficio de otras. La expresión bien social encubriría esta realidad, de modo intencional o no, y ello implicaría que tal Estado de derecho se está negando a sí mismo, pues no respetaría suficientemente a las personas individualmente consideradas y a sus vidas, que son únicas y, por tanto, no intercambiables (p. 32-33). Ni la racionalidad, ni la distribución igualitaria son virtudes inherentes o immanentes al sistema, tales características dependen de los intereses concretos del grupo hegemónico. Por eso, la teoría de la prevención general o cae en la utilización del miedo como forma de control social, con lo cual se entra en el Estado del terror y en la transformación de los individuos en animales, o bien en la *suposición* de una racionalidad absoluta del hombre en el sopesamiento de costos (la pena aumentaría el costo del delito) y beneficios, lo cual es una ficción como el libre albedrío. Y, por último, se cae en la teoría del bien social o la utilidad pública, que lo único que

hace es encubrir: la realidad de los intereses en juego, una determinada socialización, los fallos, contradicciones y conflictos de una democracia todavía imperfecta.

Pero en la base del pensamiento preventivo-general no sólo está el argumento de racionalidad, sino también de *utilidad*. La pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues ni puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea. Se queda pues en el plano simplemente metafísico, despegada de la realidad. Como el hecho producido es imposible eliminarlo, lo que le interesa lograr a la sociedad es impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro. Luego la pena debe tener tal función utilitaria, lo que se lograría a través del criterio preventivo-general. Pero sus propios defensores están de acuerdo que ciertas penas, como tales (pena de muerte) y en relación a ciertos delitos (delitos económicos), no tienen efecto preventivo-general alguno (cfr. Chambliss, p. 203, 204).

Por eso sus defensores actuales tienen que atemperar los postulados preventivo-generales a un grupo determinado de penas, delitos o autores (cfr. Chambliss, p. 197ss.; Haffke, p. 80; Hoerster, p. 373ss.; Koller, p. 82ss.). Con lo cual se abandona una idea preventivo-general amplia y se suscribe una preventivo-general reducida. Pero aun esta misma aparece discutible empíricamente. Chambliss presenta para su defensa, entre algunas de sus investigaciones, la referente a las sanciones por aparcamiento infraccional dentro de un recinto universitario. Mas de su investigación, en modo alguno queda dilucidado si el descenso en las infracciones se debe a la clase y gravedad de la pena impuesta o sólo a la certeza de su aplicación en virtud del aumento de la dotación de funcionarios y del rigor de los controles. Lo que sí queda claro es que ni una ni otra causa (ni el rigor y/o la certeza de la pena) tuvieron efecto alguno sobre infractores poco frecuentes (Chambliss, p. 200ss.). Otro ejemplo que se utiliza mucho es aquel del apresamiento por siete meses de toda la policía danesa por tropas de ocupación alemanas, lo cual hizo aumentar notablemente los delitos y que hace confirmar a Hoerster que la pena estatal tiene un efecto intimidatorio (p. 374). Sin embargo, tal conclusión parecería apresurada, ya que lo único que esto demuestra es que la desaparición de la policía propiamente dicha (se puso una «policía de reemplazo») es lo que hizo aumentar la actividad delictiva. Se pueden plantear entonces las más diversas hipótesis: ¿lo que originó la actividad delictiva fue la duda sobre la certeza de la aplicación de la pena (falta de ineficacia de la nueva policía por presunta inexperiencia)?, ¿hasta qué punto la ocupación nazi provocó la duda sobre el Estado danés mismo, esto es, sobre su existencia?, ¿se debió todo simplemente a un cambio no real, sino formal, esto es, diferentes técnicas de constatación de la actividad delictiva (diferente forma de registrar y hacer estadísticas), como ha señalado últimamente Ditton (p. 8ss.)? Pero además, el ejemplo de Hoerster no explica por qué un número todavía superior (respecto de los infractores) no delinquieron. Falla también en esto la teoría de la prevención general, es decir, en explicar por qué frente a la *falta de coacción* un gran número de ciudadanos no delinquen y esto, desde un punto de vista de investigación empírica y en relación a un Estado de derecho democrático, resulta mucho más importante y significativo.

a c) *Análisis crítico.* En definitiva, lo único que logran confirmar los defensores de la prevención general es la antigua comprobación que el efecto preventivo más bien radica en la certeza y prontitud de la aplicación de la pena. Lo que a su vez hay que tomarlo relativamente, porque las investigaciones empíricas sobre la policía, órgano de aplicación por excelencia, han demostrado la gran ineficacia preventivo-general de su actividad (Feest y Blankenburg, p. 35ss.). Por otra parte el insistir sin límites en la eficacia preventivo-general lleva inevitablemente, para aumentarla, a la transformación del Estado democrático en un Estado pu-

ramente policial. Una buena muestra o modelo de ello lo constituyen los supermercados. Para que existan, y por sus objetivos, las cosas tienen que estar a disposición de la gente, pero al mismo tiempo sucede que es necesario arbitrar medidas y utilizar personal, para evitar la frecuencia de hurtos. Sin embargo, no se puede llegar al límite de suprimir lo que es un supermercado, esto es, la libre disponibilidad de las cosas por parte de la gente: no se puede convertir en un supermercado policial. Por otra parte, el supermercado es también una clara muestra de lo frágiles que son los conceptos de «bueno» y «malo», de «social» y «asocial», «de buen ciudadano o ciudadano normal» y «malo anormal», ya que en el supermercado la generalidad hurta. También pues es una clara muestra de la fragilidad de la prohibición penal, y sobre todo cuando choca además con los propios intereses del sistema, esto es, la sociedad de consumo. Por eso no es sorprendente que en Alemania se haya redactado un proyecto, por los autores del Proyecto Alternativo, para despenalizar este tipo de hurtos.

En suma hay que destacar en el planteamiento preventivo-general, que es un intento importante para justificar la intervención penal en un Estado de derecho, basándose no en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales y político-jurídicas, ético-utilitarias.

Los problemas con que se enfrenta son, sin embargo, variados y desde diferentes perspectivas. Desde el punto de vista de un Estado de derecho resultan cuestionables los medios utilizados, el miedo (la coacción psicológica) y la instrumentalización de la persona humana. Por otra parte, en ese mismo sentido garantizador, un tal planteamiento tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme a los fines sociopolíticos del Estado, con lo cual también se transgrede otro principio fundamental de un Estado de derecho y se va por la pendiente del autoritarismo y arbitrariedad total. Además, desde el punto de vista exclusivamente utilitario, la prevención general intimidatoria no aparece posible comprobarla, por lo menos en el estado actual de las ciencias sociales, lo cual la convierte entonces en una cuestión de fe o simplemente de disquisición filosófica y, por tanto, contradictoria con el postulado de utilidad social. Más aún, para un Estado que pone su acento en la intervención de los procesos sociales, como única forma de paliar su disfuncionalidad, la prevención general resulta inadecuada justamente por su generalidad, ya que de lo que se trata es de diferenciar los procesos y controlarlos en su especificidad.

Pero el problema central de la teoría de la prevención general reside en el hecho, que en relación al individuo que se le aplica la pena resulta puro castigo, puro mal (en ese sentido Barbero Santos, 1978, p. 61ss.). ¿Cómo entonces se puede configurar una teoría del delito y del sujeto responsable a partir de la teoría de la prevención general? Ello resulta casi imposible y es por eso que los autores que sostienen postulados preventivo-generales (cfr. Hassemmer, Gimbernat, Roxin; véase infra párr. 70. b a) tienden a suprimir la culpabilidad en el delito, aspecto referido al sujeto responsable. Mientras los autores retribucionistas por lo menos se refieren encubiertamente a él mediante el concepto de culpabilidad, en que lo convierten en un HOMBRE con mayúsculas, dotado de libertad absoluta, y por eso evaden considerar al hombre concreto, al hombre responsable, los autores de la prevención general lo hacen desaparecer, y les basta con la necesidad de la pena (su utilidad), que no entra en consideración con el hombre concreto al que se le aplica, sino en relación al efecto intimidante sobre los demás (a su «utilidad social», al «bien público»). El individuo concreto queda totalmente cosificado, se deshumaniza el derecho penal.

Pero no sólo eso, también resulta difícil la construcción de la teoría del delito, que es lo único que queda en pie, pues consecuentemente hay que prescindir de una consideración normativa del derecho (de valores vinculantes, que motivan al sujeto), pues lo único que está presente es la coacción, la intimidación (por eso consecuentemente ya Feuerbach decía que

la imputabilidad era capacidad para ser intimidado, y que los semiimputables debían tener, por eso, mayor y no menor pena), y la coacción puede forzar, pero no comprometer, no obliga al sujeto. De ahí que para un tal modelo lo más adecuado sería el sistema de la teoría pura del derecho de Kelsen, en la cual el sujeto no cuenta, y, por tanto, tampoco la norma o las reglas jurídicas. Todo queda reducido al Estado y el individuo inerme frente a él, algo muy diferente a lo que se pretende en un Estado social y democrático de derecho, tal como aparece configurado por la Constitución española de 1978.

b) La prevención especial

b a) *Planteamiento.* La idea de prevención especial es de antigua data (aparece también entre los autores iluministas), pero ahora nos interesa su aparición como posición con clara influencia en la legislación y en ese sentido es posterior a la retribución y prevención general dentro de la evolución del Estado de derecho. Surge en la segunda mitad del siglo XIX con la escuela positiva italiana, se difunde con las diferentes escuelas eclécticas, en especial con la dirección político-criminal de v. Liszt, y en la actualidad es la nueva defensa social de Marc Ancel la que ha centrado en ella todas sus investigaciones.

Así, Ferri, con quien la escuela positiva italiana llega a su punto máximo de esplendor, señala que la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionado a una culpa moral, sino proveer a la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, a fin de lograr la reutilización más rápida de los menos peligrosos, que serían los más; y al excluirse entonces toda idea de retribución moral, se borra toda diferencia entre medidas y penas, pues ambas tendrían la misma función y naturaleza, esto es, rehabilitar o segregar según el caso (p. 373, 374, 375).

Por su parte, Dorado Montero, proclamaba el abandono completo de la punición de los delincuentes y actuar en relación a éstos con medidas de protección tutelar (Bases, p. 13). Su concepción iba más allá aún que la de la escuela positiva italiana.

El autor que logró universalizar la prevención especial fue v. Liszt, quien ya en su famoso Programa de Marburgo planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la finalidad de la pena sería intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuidad (p. 163ss.).

Marc Ancel en la actualidad critica tanto la concepción preventivo-general como la retributiva por su carácter abstracto, puramente teórico y metafísico y se plantea decididamente por la prevención especial, como superadora de aquéllas (sin excluirlas sin embargo en el caso concreto), ya sea como intimidación individual o como forma de reacción represiva frente a ciertos delincuentes. De lo que se trata es de resocializar, reinsertar o reeducar al delincuente; la finalidad es pues su tratamiento, con todo lo complejo que puede ser y exigiendo una actitud activa por parte de éste y, además, sin dejar de considerar que hay casos en que no es posible (o bien no todavía) resocializar (p. 256ss., 308ss.).

Este tipo de concepciones tutelares se han extendido en los últimos tiempos. Es así como Plack aboga en Alemania por la supresión del derecho penal y su reemplazo por un derecho de medidas basado en la peligrosidad social del autor. Además, trata de diferenciarse de un criterio defensivo puro señalando que tales medidas también han de alcanzar a la sociedad de los «buenos y justos», para que acojan sin prejuicio a los que han fracasado (11.ª, 1974, p. 118). Por su parte Klose, partiendo de la Ley Fundamental Alemana, intenta llegar

a la conclusión que conforme a ella sólo es posible en el futuro un derecho de medidas (p. 66/67).

En definitiva, desde v. Liszt en adelante la prevención especial logra gran trascendencia, ya sea sólo como planteamiento unilateral o bien como combinación con criterios retributivos o preventivo-generales, su interconexión con estos últimos se observa en forma muy destacada en el Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania. Ahora bien, en España sus repercusiones se notan en la propia Constitución, que en su artículo 25.2 señala que la pena privativa de libertad ha de estar orientada hacia la reeducación y reinserción social.

b) *Comentario.* Para la prevención especial la retribución resulta inadecuada, pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, y eso es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un anormal, es un peligroso social (ya decía Ferri que «desde el punto de vista natural [o social] sólo pueden ser delincuentes los que son anormales» [p. 194]). El criminal aparece determinado al delito, luego intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él (Defensa Social o bien Nueva Defensa Social), para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad. Se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra los enemigos de la sociedad.

Por otra parte, también la prevención general resulta ineficaz, ya que parte de la posibilidad de intimidar (de la capacidad de intimidación de los individuos) y ello es imposible en el caso de los delincuentes, pues están determinados y carecen de la racionalidad suficiente para sopesar costos y beneficios del delito. También desde un punto de vista utilitario la prevención general aparece frente a la prevención especial como completamente inadecuada. Más aún, desde el punto de vista del sistema social que se pretende, tanto la retribución como la prevención general aparecerían igualmente ineficaces. Si se trata de intervenir en los procesos sociales, es necesario diferenciarlos y ello lleva a la conclusión de que los delincuentes no son iguales que los hombres normales. Más aún, que cada delincuente tiene su origen en procesos especiales, luego se trata de actuar sobre cada uno de ellos o por lo menos respecto de grupos que presenten las mismas características, con lo cual se llega entonces a la tipología criminal, que estuvo en boga durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del XX. Por eso mismo, los autores que defienden la prevención especial prefieren hablar de medidas y no de penas. La pena supone la libertad o la capacidad racional del delincuente y parte entonces de un criterio de igualdad general. La medida, por el contrario, parte de que el criminal es un sujeto peligroso, diferente al normal y al que hay que tratar en sus peculiares características peligrosas. Ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, enmendar o rehabilitar, siempre que sea posible, si no, de inocular.

b) *Análisis crítico.* Común a la prevención general y especial es la objeción ya analizada, esto es, que implica una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto por su dignidad, que es uno de los pilares del Estado de derecho. Por eso es que Roxin se pregunta críticamente qué es lo que puede legitimar a una mayoría para subyugar a una minoría conforme a sus formas de vida, de dónde surge un derecho a educar contra su voluntad a personas adultas, por qué ciertos ciudadanos no pueden vivir como les plazca. Pareciera por cierto muy pobre como fundamentación el hecho que tales personas son molestas o incómodas para la mayoría (1972, p. 8).

Pero el punto más crítico de una pena resocializadora reside en el cuestionamiento de para qué y a qué sociedad. Es decir, las propias disfuncionalidades del Estado de derecho

actual ya de por sí provocan fricciones de socialización cultural o subcultural, si bien diferentes a las planteadas por la mayoría. Por otra parte, otras veces la socialización es perfecta, sólo que exacerbada respecto de un sistema de mercado y de consumo, lo que llevaría como dice Bajo Fernández a excluir de castigo al delincuente económico (p. 80-81). En definitiva, la resocialización sólo significaría reconocer como fin de un Estado democrático la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado, con ello la falta de control y rediscusión de éste, ya que las pautas de resocialización son determinadas por él y sus instancias, lo que puede en definitiva significar el totalitarismo de uno, algunos, o de la mayoría sobre la minoría.

Pero además hay razones metodológicas, empíricas y dificultades prácticas, para plantear, por lo menos en forma amplia, un criterio de prevención especial. En primer lugar hay una serie de delincuentes que no requerirían tratamiento, luego hay otros que no serían susceptibles de tratar, pues no se conoce un tratamiento para ellos, los llamados incorregibles y que v. Liszt proponía inocular. En cuanto a los corregibles, las estadísticas que hay al respecto son discutibles si se ha logrado realmente su corrección, por lo menos si ella es posible en los términos actuales de la sociedad. Este tipo de planteamientos y otros semejantes es lo que ha hecho surgir lo que con razón Barbero Santos llama la crisis del pensamiento resocializador (1980, p. 11ss., 175ss.). Más aún, ello se enlaza con cuestiones prácticas, es decir, que el tratamiento requiere disponer de grandes recursos, lo que es muy difícil, aun en países de gran desarrollo. Poseer los establecimientos adecuados es siempre un privilegio. Luego, en el fondo el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun respecto de ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y la supresión de la reincidencia, que es lo que se persigue. En todo caso, lo que sí resulta una contradicción es que dentro de la prisión tradicional se pueda llevar a cabo un tratamiento resocializador (cfr. Bergalli). De ahí que el mandato constitucional que la pena privativa de libertad resocialice y reeduce queda sólo como un postulado, ya que requeriría todo un sistema renovado y radicalmente diferente, que en la actualidad no existe; por otra parte tal mandato resulta contradictorio, ya que la privación de libertad *al segregarse* al individuo de *lo social* evidentemente no puede pretender *resocializar* o bien educar para la libertad. Dentro de los aspectos positivos de esta posición está al haber puesto su acento sobre el individuo, considerado como tal en sus particularidades, y no referirse solamente a un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva y la de prevención general. En ese sentido esta dirección tiene un carácter humanista, pues pretende un encuentro con el hombre real. Por otra parte, despoja a la pena de su carácter mítico moralizante, ya que lo importante es simplemente adecuar la pena a esas particularidades del sujeto, para volverlo nuevamente útil a la sociedad, o por lo menos para que no la perjudique.

Pero sus aspectos negativos son serios y pueden resumirse en el hecho, que si bien es humanista, en cuanto se dirige al hombre real, no lo es necesariamente en cuanto lo que respecta a su dignidad, pues justamente puede significar la mayor violación posible a su personalidad, en cuanto a transformarle su mismidad, su conciencia. En ese sentido, es el máximo instrumento de acción psíquica sobre el individuo, a diferencia de la retribución que era más que todo física y la prevención general, que implicaba sólo una disciplina psíquica general, pero no individualizada. En ese sentido puede representar (y así ha sido) el máximo de deshumanización y de absolutismo arbitrario, al querer imponer sólo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o de la disidencia. Por otra parte tiende a acentuar la llamada ideología de la divergencia (Basaglia, p. 19ss.), esto es, a plantear las cosas en blanco y negro, conforme a un solo orden verdadero, y en ese sentido distinguir entre normales y

anormales, entre sanos y enfermos. Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías que implica el derecho penal, también se encuentra en dificultades graves. Su planteamiento sobre el delincuente tiende a que toda la problemática del derecho penal sea absorbida por este punto de vista, esto es, desaparece la teoría del delito y es reemplazada por una tipología amplia y vaga de delincuentes, con lo cual entonces se borran todas las garantías que han surgido en un Estado de derecho y que confirma la Constitución de 1978, es decir, que en ese sentido resulta inaceptable, pero además inconstitucional. Pero tampoco esto quiere decir que quede a salvo la teoría del delincuente, pues no se plantea al delincuente como un *sujeto responsable*, es decir, como un sujeto igual que todos los demás, y en relación al cual está erigido todo el sistema social y político, tal como señala la Constitución del 78, sino como un sujeto diferente, anormal, al cual entonces en virtud de ello se le pretende negar todos sus derechos fundamentales y su posición dentro del sistema político-social. Es decir, no se destaca al individuo para señalar su trascendencia e importancia, sino para convertirlo en un simple objeto, susceptible por tanto en cuanto objeto de cualquier manipulación, instrumentalización o intervención estatal. De ahí que un planteamiento radicalmente consecuente preventivo-especial tiene que postular la desaparición de un *derecho penal*, con todas las teorías que lleva consigo (teoría del delito, del sujeto responsable, de la pena), pero no para mejor, sino eliminando todas las garantías y reconocimientos que implica el *derecho* y los límites que se ponen a la facultad *penal* del Estado.

7. TEORÍAS MIXTAS E INTENTOS SUPERADORES

a) Posiciones mixtas

El planteamiento más simple y que viene ya de v. Liszt es el de la doble vía en el derecho penal (Beristain habla de «defensa en la retribución, de la utilidad en la justicia» [p. 30], que tiene un sentido más integrador y superador), esto es, se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder con criterios preventivos especiales, aplicar medidas; es la posición que ha encontrado una mayor acogida en los códigos penales. Pero con razón se le ha criticado que es contradictoria en sí misma (¿cómo conciliar retribución con tratamiento?).

Otra posibilidad es combinar retribución con prevención general, ya sostenida por Merkel en el siglo pasado, para el cual si bien la pena era un mal y una respuesta a la acción realizada, tendría un fin de «fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa» (D. P., 250) (en el mismo sentido últimamente Jakobs [p. 7, 8, 14, 24] y ya también en Italia en el siglo pasado Carrara [P. D. C., §§ 614ss.], pero sobre todo Rossi [D. P., p. 172, 193, 194]). En verdad este planteamiento es o bien pura retribución (*lo que tiende*) y el planteamiento preventivo-general es simplemente presumido como consustancial a la retribución o si realmente quiere ser preventivo, tiene que abandonar el criterio retributivo y buscar la intimidación de la generalidad.

Otra fórmula mixta es aquella que plantea el carácter esencialmente preventivo del derecho penal e intenta unir prevención general con especial, dando casi siempre una mayor preponderancia al criterio preventivo-general (cfr. Luzón Peña, p. 61; Mir Puig, p. 105; Muñagorri, p. 128; y ya antes Antón Oneca, p. 99ss.). Esta posición se plasmó muy claramente en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, para el cual las penas y medidas (§ 2) tienen como fin la protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica,

siempre que esto último sea necesario y posible. Pero ya se ha visto lo contradictorios que son ambos tipos de finalidades y también sus sustentaciones teóricas.

En general respecto de todas las fórmulas mixtas se les puede hacer la objeción de Roxin, que los «defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican» (1972, p. 11; cfr. Jakobs, Str., p. 21).

b) Posiciones superadoras

b a) *La prevención general positiva, o bien, integradora.* Hassemer abandona una prevención general intimidatoria (como la planteó Feuerbach), tachada por ello mismo de «negativa» y «especial», y se inclina por una prevención general «positiva» y «amplia» (general), que sólo persiga la estabilización de la conciencia del derecho, con lo cual se parte, con razón, de que el derecho penal no es sino un control social más, sólo que formalizado y por ello sujeto a la protección de los derechos fundamentales del desviado (p. 52ss.); el derecho penal está orientado hacia las consecuencias externas, esto es, pretende conectar con los demás controles sociales (Haffke, en dirección semejante, habla de un control social jurídico-penal racional y esclarecido [p. 166]).

Jakobs adopta una posición semejante, pero desde una perspectiva funcionalista sistémica: «prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma» (que supone: ejercicio en la confianza en la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de las consecuencias (Str., p. 9), lo que implica un derecho penal orientado hacia las consecuencias, pero internas (véase al respecto la contundente crítica de Baratta, p. 533ss.).

Estas posiciones de la prevención general «positiva», o bien, «integradora» se acercan hasta casi confundirse con aquella mixta que une retribución con prevención general, ya que simplemente esta prevención general positiva o integradora tiene que presumirse o estimarse consustancial a la pena (y también su efecto preventivo especial de prevenir delitos futuros respecto del sujeto concreto a que se aplica) (cfr. Jakobs, Str., p. 16): el fin de la pena no está ya fuera de ella, sino dentro de ella (por eso un derecho penal ligado a las consecuencias externas, como plantea Hassemer, no es una consecuencia de esta posición, sino un intento de establecer un correctivo —empírico— a la presunción de fin de la pena, del mismo modo que también es un correctivo la referencia de Hassemer a los derechos fundamentales del desviado; con lo cual ciertamente hay una gran diferencia entre la posición de Hassemer —de tendencia democrática— y la de Jakobs —de tendencia autoritaria—).

En suma, la pena vuelve a ser radicalmente simbólica (símbolo absoluto del poder y de allí su fuerza, pero también su falta de legitimidad desde la perspectiva de un Estado de derecho) (ver infra 8 a).

b b) *Prevención especial democrática.* Bacigalupo parte de la prevención especial, formulando un nuevo contenido para el derecho penal y el delito (p. 22ss.); para él con la pena se puede obtener la reintegración social del autor, lo que a su vez entonces justamente la legitima como medio de política social. Para su aplicación habrá que distinguir entre los autores según su forma de reaccionar frente a ella, con lo cual desaparece la distinción entre penas y medidas y entre imputables e inimputables. Pero se trataría de un sistema preventivo democráticamente orientado, por tanto tomando en cuenta los límites que ello impone en su desarrollo. Pareciera que el hecho de añadir el carácter democrático a la prevención especial no elimina (aunque pueda morigerarlos) sus problemas teóricos, de determinismo, de ideología de la diferenciación, ni tampoco entonces sus problemas para construir las teorías propias

al derecho penal (del delito, del sujeto responsable y de la pena), tal como lo vimos anteriormente. Crítico Jakobs, pues la prevención especial lesiona siempre el principio de la responsabilidad por el hecho (Str., p. 17ss.). Por eso el propio Bacigalupo señala que la idea de resocialización expresa antes que todo la exigencia de derogación del derecho penal de retribución, pero sin que haya claramente un contenido alternativo (p. 27, 28).

b c) *Prevención general democrática (positiva limitadora)*. Para Mir, el modelo de Estado social y democrático de derecho en España exige que la pena cumpla «una misión (política) de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos», y ello sólo se puede cumplir mediante una pena cuya función sea la de prevención (p. 25; en el mismo sentido Octavio de Toledo, Concepto, p. 256ss.). Ahora bien, como reconoce que un derecho penal concebido para ser eficaz corre el peligro de caer en el terror penal, plantea que la función de prevención ha de quedar estrictamente limitada por los principios que rigen justamente a un Estado social y democrático de derecho (protección de bienes jurídicos y proporcionalidad; principio de legalidad; servir a la mayoría, pero respetando a la minoría). Ahora bien, dentro de la prevención le asigna un papel preponderante a la prevención general, la prevención especial «sólo puede perseguirse en el marco de lo que permita la necesidad de prevención general» (p. 29, n.º 35). Ahora bien, esta función de prevención supone atribuir un significado directivo (en este sentido «imperativo»), de regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad a abstenerse de la comisión de delitos; en otras palabras, la prevención presupone que la pena tiene eficacia motivadora y consecuentemente también que el hombre es capaz de motivación (p. 28ss.).

Mir, en el último tiempo, abandona una tendencia hacia la prevención general intimidatoria (ver Bustos Ramírez, D. P., 1.ª edic., p. 37) y se define desde la prevención general positiva, pero en un sentido de prevención general positiva limitadora de la intervención penal y no fundamentadora de ésta: «Personalmente, considero que en un Estado respetuoso de la autonomía moral del individuo la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se entiende en un sentido restrictivo. Ahora bien, así concebida puede aparecer no sólo como una forma tolerable de prevención sino incluso como la mejor opción para un derecho penal democrático» (1986, p. 55). La pena entonces aparece necesaria para la prevención de delitos (en cuanto el fundamento de la intervención penal es «su estricta necesidad para la defensa de bienes jurídicos fundamentales» (1986, p. 57) y una afirmación de derecho penal y, por tanto, de los valores que éste afirma y con los cuales motiva, pero no se trata de imponer «una actitud interna de adhesión» de los ciudadanos (1986, p. 57), sino de «restringir el derecho penal mediante una serie de límites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros» (1986, p. 57). Con ello Mir pretende oponerse terminantemente a la posición de Jakobs. Pero evidentemente se mantiene el planteamiento preventivo general y con ello el carácter motivante de la pena, para reafirmación del derecho penal y, por tanto, de los valores que expresa. Con lo cual, a pesar de todos los límites que se planteen, nuevamente se cae en la configuración de la conciencia jurídica a través de la pena (lo que aparece en contradicción con lo que sostiene Mir: «No es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea» [1986, p. 57]). Cualquier otra interpretación de esta posición lleva a vaciar de contenido a la prevención general en cuanto tal y dejar entonces la pena sólo como afirmación del derecho penal, o mejor, autoafirmación del Estado. Pero entonces ya estamos en una posición totalmente diferente (que implica también consecuencias distintas). El contenido propio de la prevención general

no permite escapar de las consecuencias de la prevención general intimidatoria, o bien, tampoco de las consecuencias de la prevención general positiva. En definitiva pareciera que el planteamiento de Mir, a pesar de sus críticas, sólo se ha deslizado de la prevención general intimidatoria a la prevención general positiva.

b d) *El interaccionismo de Callies* (p. 176ss.). Parte no de la pena misma, sino del sistema penal como tal. La pena en cuanto es parte de un sistema dialógico, entre el yo, el alter y un tercero, como lo vimos al plantear el esquema normativo de Callies, tiene como función entrar a regular esta interacción. Al regular esta interacción lo que en el fondo protege es la posibilidad de participación social, la confianza en el sistema, a pesar de la infracción, y al mismo tiempo crea posibilidades de participación, que sería el sentido de la resocialización. Con esto se superaría un puro sistema de penas, concebido retributivamente como pura garantía, y un sistema de medidas concebido en forma preventivo-especial, como puro tratamiento. Uno totalmente abstracto y el otro completamente utilitario. Ambos en el fondo metapenales, ya sea en sentido metafísico o metasocial.

Este planteamiento, por su propio carácter interaccionista, resulta demasiado formal, más como una aspiración de explicación, vaga e imprecisa, sin un sistema claro de garantías y efectos concretos claramente delimitados.

b e) *El planteamiento dialéctico de Roxin* (1972, p. 12ss.). El derecho penal actuaría con la pena en diferentes momentos: conminación penal en que aparece en primer plano la prevención general, entendida en forma amplia, semejante a la posición de Hassemmer; imposición y medición de la pena, que sería el momento de la realización de la justicia, en el fondo el planteamiento retributivo-preventivo general a semejanza de Merkel o Jakobs, y, por último, ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente. Es entonces un proceso dialéctico en que el momento de retribución no aparece de modo abstracto, para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial. Ahora bien, y esto no escapa a Roxin, en el momento de la síntesis, uno debe ser el predominante; para él, al igual como señala respecto del Proyecto Alternativo 66 (1972, p. 38), tal momento es el de la prevención especial: «Se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos, en paz y libertad» (1981, p. 47). De todos modos, evidentemente, este criterio podría caer en la arbitrariedad que él mismo ha criticado, eso sería impedido por el condicionamiento que le imponen los otros momentos y sobre todo porque «la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad)» (1981, p. 49).

En definitiva, el planteamiento de Roxin es un planteamiento preventivo, ya que el momento retributivo queda totalmente vaciado de su contenido clásico y es más bien una manifestación de la justicia, en el sentido sólo del límite impuesto por la culpabilidad a la prevención; ahora bien, dentro de la prevención el acento se pone en la especial, en la resocialización. Sin embargo, reaparecen entonces las críticas, en toda su extensión, tanto respecto de la prevención general como especial. Ciertamente se podría responder que lo nuevo es el límite señalado por la culpabilidad. Pero en ello hay una contradicción, como señala Muñoz Conde: «Primero concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas incapaz de servir por sí solo de fundamento a la imposición de una pena; luego, sin embargo, atribuye

a este concepto ficticio nada menos que una función limitadora del poder de intervención estatal» (p. 48/49).

8. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA PENA (cfr. Bustos-Hormazábal, Bases, p. 136ss.; Bustos, Bases, p. 179ss.)

El problema central con que se enfrenta el investigador en un Estado social y democrático de derecho respecto de las teorías absolutas (incluida la retribución) es su falta de utilidad, y en relación a las preventivas, su utilitarismo. Pareciera que esto es lo que hay que superar. Ahora bien, habría entonces que distinguir dos niveles en la pena, uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena.

a) *¿Qué es la pena?*

Históricamente la pena no es sino autoconstatación ideológica (simbólica) del Estado, no es pues neutral como no es neutral el Estado. Mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente. Esta cuestión no aparece dilucidada, ni podía serlo, por las teorías preventivas, con lo cual encubrían esta realidad y planteaban un Estado neutral o benefactor por principio, con la imposibilidad de entrar en discusión con él; los hombres eran los malos, no el Estado. Las teorías absolutas, en cambio, sí que tendían a responder a este problema, pero ligándolo con cuestiones metafísicas, con planteamientos dogmáticos absolutos, por ello también el Estado como ente moral por excelencia queda fuera de discusión. Ahora bien, de lo que es la pena no pueden surgir fines (ya que como tal se basta a sí misma), sino sólo funciones, que vienen a ser a su vez la fuente de su legitimación (su génesis). Así en otras épocas, del Estado absoluto, la autoconstatación cumplía la función de la justicia divina en la tierra, en cuanto el soberano era el representante de Dios, ésa era su legitimación y además su fuente de origen.

Pero en un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social (y no sobre una metafísica), la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social, que en el campo penal, implica la protección de los bienes jurídicos que ha fijado; en definitiva de las relaciones sociales concretas que ha determinado (por eso el delito en cuanto ataque a esos bienes jurídicos, es siempre cuestión de definición política). El Estado democrático se autoconstata en su propio sistema, luego en el conjunto de bienes jurídicos que lo integran; la protección de bienes jurídicos es la fuente de legitimación (y además génesis de la constatación). Luego el punto central de revisión crítica, de juego dialéctico, reside en los bienes jurídicos; un Estado democrático implica necesariamente la participación de todos en los bienes jurídicos y por tanto en su rediscusión constante, en su revisión crítica, con lo cual se pone en revisión la legitimación, la propia autoconstatación y las fuentes de su generación. El principio de lo que es la pena no se convierte así en un principio absoluto, carente de utilidad social, como en las teorías absolutas, sino todo lo contrario, en posibilidad de una constante profundización democrática del sistema, en el que entonces el individuo, con su capacidad de participar en las relaciones sociales, adquiere el rol más importante y básico del sistema. Ciertamente sería posible constatar empíricamente que la autoconstatación, así concebida, provoque como *efecto* el reafianzamiento de la conciencia jurídica y aun de intimidación, es decir, que haya un efecto preventivo-general. Pero ello no agrega ni quita a la autoconstatación (ideológica-simbólica), aunque no se produjera ninguno de ta-

les efectos, la pena seguiría siendo lo que es. Todo lo contrario, el preocuparse exclusivamente por los efectos transformaría al Estado de derecho democrático, lo llevaría sólo a preocuparse por la eficacia, por establecer mecanismos de obediencia (Stamme, p. 190ss.) y no de legitimación, se convertirían los bienes jurídicos en valores absolutos, se eliminaría la participación de todos, la constante rediscusión crítica, en definitiva se acogería la vía de un Estado autoritario o absolutista (totalitario o policial).

Por otra parte, la teoría retributiva y la teoría de la prevención general positiva absolutizan el carácter simbólico del derecho penal (desde esta perspectiva también ambas son teorías absolutas), ya que parten o del libre albedrío, o bien, de la presunción de motivación y de valores indiscutibles (del sistema, o bien, de un orden trascendental). Con lo cual entonces la pena es siempre representación de un poder sin límites, y de ahí su fuerza (pero también lo discutible de su legitimidad desde la perspectiva de un Estado de derecho).

b) *De la imposición de la pena*

Pero hay un segundo nivel en la pena, tan importante o más que el primero, el de su imposición. Las penas están para imponerse y ello sólo es posible mediante un proceso de concretización en un individuo. La pena implica pues siempre un proceso de imposición en un individuo. Ahora bien, la imposición, a diferencia de lo que es, por ser una cuestión práctica, de manejo instrumental, requiere necesariamente de un fin, de otro modo no tendría sentido. Pero en un Estado social y democrático, en que todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser medio en relación a otros hombres o a un objeto (bien social, utilidad pública, orden social, que por lo demás siempre implica considerar a otros individuos —grupo, mayoría, minoría, Führer, etc.—, en definitiva nuevamente medio en relación a otros hombres). Luego la finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de una sociedad democrática, esto es, aumentar su capacidad de liberación, de participación, resolución de sus conflictos sociales. Así supera el utilitarismo de las posiciones preventivas. Luego la pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales, dentro de lo cual el delito es sólo un conflicto agudo; alternativas en que todos han de tener la posibilidad de participar, tampoco pueden tener, por tanto, un carácter absoluto, han de profundizarse democráticamente.

El problema del delito y del sujeto responsable (delincuente) surge así como esencialmente político, en que todo el Estado, en su conjunto, es corresponsable, ya que de partida él fija el delito (al fijar los bienes jurídicos) y, por tanto, también ha de establecer las condiciones necesarias para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto. Todo delito en ese sentido implica también un fallo en dichas condiciones. De ahí que la pena en su imposición implique siempre una actividad positiva del Estado en su conjunto, lo que implica necesariamente una progresiva y mayor democratización del Estado. Por cierto, mientras el Estado exista, *la función* de la pena (protección de bienes jurídicos), legitimación de lo que es la pena (*autoconstatación del Estado*), predominará, en los casos límites, sobre el *fin* de la pena (*remover obstáculos a la participación libre y crítica del sujeto*), y este último, en esos casos, sólo servirá como principio garantizador limitativo pasivo para que no se anule la participación libre y crítica, pero no para promoverla (p. ej., en el caso de los llamados autores por conciencia).

Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías del derecho penal un tal planteamiento implica *reconocer el rol* que juega el individuo dentro de la sociedad y por tanto su

capacidad de relación social y de participar en ellas física y espiritualmente y por tanto conocerlas y reconocerlas. Luego implica que esas relaciones sociales pueden ser base para un sistema normativo, en que se puedan señalar determinados comportamientos sociales y fijar determinados hitos sociales. En definitiva, esto supone la posibilidad de valorar socialmente y de motivar conforme a esas valoraciones, supuesto indispensable para una teoría normativa y diferente a una teoría de la pura coacción. Así se puede construir una teoría del delito, a partir del comportamiento humano social (no metafísico) y no de la actividad del Estado. Pero también hay que ir más allá, hacia una teoría del sujeto responsable, esto es, de averiguar sus conflictos concretos en el hecho que realizó, sus condiciones tanto individuales y sociales, abarcarlo, por tanto, no sólo a él, sino también a toda la sociedad, al Estado en su conjunto (de este modo se supera un planteamiento puro de culpabilidad o reproche, como sucede en las teorías absolutas, sin caer tampoco en la negación del hombre, como sucede en las teorías preventivas). Y por último se construye una teoría de la pena, ya que es necesario indagar democráticamente sobre las alternativas que se han de ofrecer a conflictos sociales; con lo cual uno de sus principios básicos, de partida, ha de ser el de si la pena es necesaria o no (principio de necesidad). No se trata pues simplemente de establecer una relación matemática entre *culpa moral* y castigo, como en las teorías absolutas, en que la teoría de la pena se convierte en una teoría aritmética, ni tampoco de adecuar la pena a la evitación de un posible daño futuro, en que la teoría de la pena se convierte en una teoría de las probabilidades, sino en establecer *ahora* vías alternativas al sujeto para la resolución de *sus actuales conflictos sociales*, lo que es mucho más que un problema aritmético o de probabilidades (es un problema humano), pero también es lo menos que podría plantear un Estado democrático, si quiere seguir siendo tal y no derivar en un Estado autoritario o absoluto.

c) Derecho penal de alternativas

En definitiva, el derecho penal debería convertirse en un derecho de alternativas para el sujeto. Si el derecho penal entra a solucionar un conflicto, de partida implica alternativas, en cuanto señala cuál es la opción o alternativa que no se acepta por el sistema (en ese sentido previene de modo general) y al mismo tiempo deja abierta cualquier otra alternativa a las partes en el conflicto. Es, por eso, que el derecho penal sólo puede entrar a jugar cuando no se ha dado ninguna de las otras alternativas posibles y de ahí también que no debe jugar y ni siquiera ser considerado (o dejar de ser considerado ya sea materialmente o durante el proceso penal) cuando hay otras alternativas mejores para un determinado conflicto social. Por eso la propia pena en su imposición misma tiene siempre que partir de que se trata de solucionar conflictos en el presente y en el futuro y, por tanto, como tal debe estar en capacidad de ofrecer alternativas al sujeto en sus conflictos sociales.

Por otra parte, un derecho penal de alternativas presupone siempre que la intervención del Estado tenga una justificación; pero no basta con ello, pues si así fuese se estaría dando un poder omnímodo al Estado. De ahí que toda justificación ha de constituirse al mismo tiempo en un límite a esa intervención, ha de servir de garantía al mismo tiempo al ciudadano frente al Estado. Pero tampoco basta con ello, pues entonces querría decir que no habría posibilidad alguna de solucionar nunca de forma diferente el conflicto social producido. De ahí que al mismo tiempo tal justificación ha de ser un principio deslegitimador de la intervención del Estado. Toda fundamentación de la intervención del Estado ha de tener, por tanto, en un derecho penal de alternativas este carácter dinámico y dialéctico (ser justificación, garantía y deslegitimación respecto de la intervención punitiva).

Es por eso que un derecho penal de alternativas ha de reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos y en ese sentido ha de propender a posibilitar un encuentro entre autor y víctima, de modo que se produzca tanto una reconciliación entre ellos, lo cual requiere como base, en gran medida, una gestión reparatoria del autor a la víctima (aunque sea sólo simbólica). De este modo la reparación no sólo es algo que surge del hecho delictivo, sino que es un elemento sustancial de la cuestión criminal, que conduciendo a la reconciliación puede paralizar la intervención del Estado (conforme al principio de que ella es sólo *extrema ratio*).