

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PENA

Manuel Jaén Vallejo

Profesor Titular de Derecho Penal

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DERECHO PENAL Y JUSTICIA: LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA
- III. DERECHO PENAL Y UTILIDAD SOCIAL: LAS TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA
 - 3.1 Derecho penal y prevención especial
 - 3.2 Derecho penal y prevención general (negativa)
- IV. LA SÍNTESIS ENTRE LA JUSTICIA Y LA UTILIDAD SOCIAL
- V. LAS NUEVAS CONCEPCIONES REFERENTES A LA UTILIDAD SOCIAL
(PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA)

I. INTRODUCCIÓN

Sobre el fundamento legitimador del Derecho penal se ha debatido mucho. Esta cuestión, que no es otra que la relativa a la función que deba cumplir la pena, ha sido tratada, además, no sólo por juristas, sino también por filósofos.

Desde hace ya dos siglos se viene produciendo un enfrentamiento entre teorías preventivas y teorías absolutas. Mientras que Feuerbach¹ había defendido la concepción de la prevención general, y Grolman² la de la prevención especial, Kant³ y Hegel⁴ defendieron la teoría de la retribución. Más tarde, con la irrupción del positivismo, estas mismas teorías caracterizarían el enfrentamiento de la llamada escuela clásica con la escuela sociológica.

Veamos los distintos puntos de vista que intentan explicar cuál es la función de la pena, agrupados en las llamadas teorías de la pena.

II. DERECHO PENAL Y JUSTICIA: LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Las teorías absolutas centran su atención en el *por qué* de la pena, respondiendo que se impone la pena porque se ha cometido un delito. La pena es *retribución* por la comisión de un delito (*punitur quia peccatum est*; porque se ha delinquido), y se debe imponer por razones de *justicia* o de *imperio del Derecho*; fines o valores absolutos, que no tienen un carácter empírico.

La teoría de la *retribución moral*, que se debe al filósofo alemán KANT, sobre la base de que el hombre es libre, afirma que éste, al hacer mal uso de su libertad, se hace acreedor, *en justicia*, del mal de la pena. En esta concepción la pena, como retribución por el mal uso de la libertad, viene a ser un *imperativo categórico*, esto es, una exigencia incondicionada de la Justicia; ésta debe imperar a toda costa y

1 *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (ed. con notas de C.A.J. Mittermeier), 13ª ed., 1840.

2 *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., 1805.

3 *Metaphysik der Sitten*, 1785.

4 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, núm. 99.

por ello se debe imponer la pena. Todo el énfasis del idealismo alemán se contiene en la citada y conocida frase: “si perece la justicia, ya no tiene ningún valor que los seres humanos vivan en la tierra”. Según Kant, *la pena es un fin*, porque si se convirtiera en un medio para conseguir un bien, para el propio penado o para la sociedad, como se sostiene en el marco de las teorías relativas, se trataría al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, con menoscabo de la dignidad humana⁵.

La teoría de la *retribución jurídica*, que propuso el también filósofo alemán Hegel, fundamenta la pena en un *proceso dialéctico*: como el delito (*tesis*) es la negación del Derecho, y la pena (*antítesis*) la negación del delito, la pena resulta ser la afirmación del Derecho (*síntesis*); la pena se impone porque debe imperar el Derecho.

Como *notas comunes* a las teorías absolutas se pueden destacar las siguientes:

a) la pena debe ser equivalente al daño causado por el delito; cuando, por ej., se comete un asesinato, un conflicto social insoluble, la muerte de la víctima no tiene solución, pero hay que hacer algo, hay que dar una “solución” al conflicto acontecido, ¡hay que demostrar que se ha hecho justicia! (¡o que impera el Derecho!), y, para ello, se le retribuye al autor con una pena equivalente al mal que ha causado, y si esta equivalencia no es posible se le impone al autor una pena que le produzca un mal que compense el mal que él ha causado libremente;

b) otra nota común a estas teorías es que, según ellas, como se dijo, en ningún caso la pena debe perseguir fines útiles de prevención del delito, pues de lo contrario se lesionaría la dignidad humana, por cuanto que ello supondría tratar al hombre de la misma forma que se trata a un animal⁶;

c) finalmente, en el contexto de las teorías absolutas, la pena que corresponde al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad, pues de lo contrario no se alcanzarían las exigencias irrenunciables de la Justicia o el Derecho.

Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente lo siguiente⁷: a) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito; b) que la pretendida equivalencia entre el mal causado y la pena es difícilmente alcanzable, y, aun en los casos en que aquélla es posible, un necesario

⁵ Kant, op. cit. (ed. de 1797), p. 332.

⁶ Coherente con esta concepción de la pena, la teoría de las normas de Binding diferencia entre norma y ley penal (cfr. *Normen*, I, pp. 3 ss.). Con esta diferenciación se pretendía que el ciudadano no se sintiera amenazado por la pena prevista en la ley penal, ya que ésta no se consideraba dirigida al ciudadano sino al juez encargado de aplicarla; sólo la norma estaba dirigida al ciudadano, siendo éste libre de obedecer o no.

⁷ Cfr., por todos, Roxin, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. y notas por D. Luzón Peña, ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 12 ss.

correctivo de humanidad impediría hoy esta solución⁸; c) que la pena *justa* en el sentido de estas teorías no siempre va a ser útil⁹.

Estas teorías tuvieron en España poca difusión. Y es que fue más bien escasa la influencia en nuestro país del idealismo alemán durante el siglo pasado; sí tuvo una gran influencia, en cambio, en nuestra cultura jurídica, el "Krausismo"¹⁰. En cambio, según Roxin, han sido dominantes hasta principios de los años sesenta en la doctrina penal alemana, explicando este autor que "el que estas doctrinas pudieran adquirir en la posguerra una importancia tal que las concepciones que partían del significado social del delito, si bien no fueron olvidadas, sí fueron relegadas a un segundo plano, debe entenderse como una reacción a la experiencia histórica. La dictadura nacional-socialista había ensalzado un 'Derecho' biológico-racista 'del más fuerte', que ignoraba cínicamente el valor ético de la tradición occidental. Frente a ello, se quiso entonces restablecer la justicia, para que Alemania fuera restaurada como Estado de Derecho y volviera a tener valor -totalmente en el sentido de Kant- vivir en este Estado"¹¹. Con razón critica Mir Puig estas teorías al señalar que la función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización de la Justicia absoluta sobre la tierra; esta tarea -añade- no corresponde a un Estado como el actual, que mantiene la distinción entre la Moral, la Religión y el Derecho; en un Estado teocrático sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal, pero, en un Estado democrático, en el que las sentencias no se pronuncian ya en nombre de dios, sino en nombre del pueblo, el Derecho sólo se puede justificar como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses, que es, precisamente, el punto de partida de las teorías relativas o de la prevención¹².

III. DERECHO PENAL Y UTILIDAD SOCIAL: LAS TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

Hemos visto cómo las teorías absolutas responden al por qué de la pena, mirando hacia el pasado al limitarse a hacer justicia mediante la retribución del mal causado. Pues bien, las teorías relativas responden al *para qué* de la pena: la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Estas teorías miran, pues, hacia el futuro: la pena se utiliza como instrumento de lucha contra el delito con el fin de evitar conductas que lesionen los bienes jurídicos básicos en los que la comunidad se sustenta y que son necesarios para su pervivencia. Se las denomina relativas porque la pena sólo se legitima si tiende al logro de un fin, no absoluto sino relativo, cam-

8 Según el art. 15 CE: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

9 Así, por ej., no tendría utilidad alguna la pena impuesta al que, aun habiendo cometido un delito, se sabe con seguridad que no va a volver a delinquir, como ocurre en el caso del que cometió un homicidio pasional.

10 V. Jiménez García, A., *El krausismo y la institución libre de enseñanza*, ed. Cincel, Madrid, 1996, pp. 27 y ss.

11 Roxin, C., "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal" (*Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik*), en CPC, nº 48 (1992).

12 Mir Puig, S., *Derecho Penal*, PG, Barcelona, 1990, PPU, p. 54.

biente y circunstancial, como lo es el fin útil de la prevención (evitación) del delito. La pena no se justifica como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Como se dijo, *mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro*.

Las teorías relativas defienden, pues, una concepción de la pena referida exclusivamente al fin racional de prevenir el delito, cuyos orígenes se remontan al pensamiento iluminista de finales del siglo XVIII¹³; posteriormente, la Escuela sociológica del Derecho penal de Franz von Liszt centraría su atención en el sujeto que ya ha delinquido, dirigiendo sus esfuerzos a impedir la reincidencia. En cualquier caso, el fundamento de la pena se halla en la necesidad de la misma para evitar la comisión de delitos futuros.

Como se dijo, estas teorías defienden una concepción utilitaria de la pena, responden al para qué. Ahora bien, lo hacen desde distintos puntos de vista, que dan lugar a la teoría de la prevención especial y a la teoría de la prevención general. Veamos con más detenimiento cada una de estas teorías.

3.1 Derecho penal y prevención especial.

Así como la prevención general se dirige a la colectividad, la prevención especial tiende a *prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada*. Es decir, el fundamento de la pena está en evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro. Se refiere, pues, al sujeto que ya ha delinquido, pretendiendo que la pena sirva para *evitar la reincidencia*; evidentemente, la prevención especial no puede operar, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en el de la *ejecución de la pena*.

La teoría de la prevención especial se extiende a partir del último tercio del siglo XIX, coincidiendo con la influencia de la filosofía positivista, de poca intensidad en nuestro país, y fue defendida por distintas tendencias doctrinales. En España, por el *correcionalismo*, que tuvo en Pedro Dorado Montero a su gran defensor¹⁴. Este autor, en su obra cumbre *“El Derecho protector de los criminales”* (publicada en Madrid en 1913), entiende que el delincuente debe ser corregido, enmendado, y en

13 Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, una de las más destacadas figuras del movimiento de reforma penal que, a fines del siglo XVIII, haciendo aplicación de las más importantes ideas de la Ilustración, exigía una reforma a fondo, consideraba que el fin de la pena no era otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (prevención general).

14 Según Dorado Montero, el nuevo Derecho penal “quiere que a los delincuentes se les considere como a lo que son, como seres necesitados de auxilio, según lo demuestra su propia conducta, y que pres-tándoselo fraternal y amorosamente, ..., se les coloque en disposición de poder contribuir de algún modo al bienestar y adelanto de la colectividad social de que forman parte, en vez de ser un elemento de perturbación y un peligro constante en ella (...). Tornarase (la función penal) de represiva en preventiva, de punitiva en correcional, educativa y protectora de ciertos individuos a quienes se da el nombre de delincuentes” (*Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1902, p. 18).

su extraordinaria visión imaginativa, quizás utópica, preveía la existencia de jueces higienistas o médicos sociales, más preocupados de sanar y curar que de castigar¹⁵.

En Italia, la *Escuela positiva* llevó la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Sus principales representantes fueron los italianos Ferri, Lombroso y Garófalo. Se suele afirmar que la Escuela positiva se inició con el libro del médico Lombroso "*El hombre delincuente*", que mantenía la tesis de que el delito era un producto natural, una realidad biológico-social. Aquellos autores, pues, prestan una mayor atención a los factores psico-físicos y antropológicos del delincuente, frente a los factores de culpabilidad y responsabilidad. Por consiguiente, se preconiza un estudio del delincuente como un enfermo o inadaptado social, que ha de ser sujeto a medidas de seguridad que anulen su propensión al delito, y no a penas, dada su inexistente culpabilidad. La irrupción de este pensamiento penal positivista en España no supuso, como en otros países, una revolución contra el pensamiento establecido, sino más bien la incorporación a la ciencia penal de los conocimientos empíricos provenientes de la antropología, la sociología o la psicología, que tanto necesitaban las concepciones correccionalistas, en cierto modo dominantes. Ahora bien, la dirección impresa por el positivismo no fue aceptada acriticamente en España.

En Alemania destaca la figura de Franz von Liszt, dentro de la *Escuela sociológica alemana*. Para v. Liszt la finalidad preventivo-especial de la pena requería que se investigara en función de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces, de manera uniforme para cualquier autor. Para ello, según v. Liszt, la ciencia del Derecho penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes. En su famoso *Programa de Política Criminal de Marburgo*, en 1882¹⁶, publicado al año siguiente en la revista por él creada con Dachow (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*), v. Liszt establecía tres efectos distintos para la prevención especial: la intimidación, no de la sociedad sino del delincuente concreto; la inocuización; y la corrección. Como se sabe, este último aspecto es el único que ha pervivido en la actualidad, identificándose prevención especial con resocialización. La dirección iniciada por v. Liszt triunfó no sólo en Alemania, sino también en otros países, como Francia e Italia.

15 Donde ha alcanzado los mayores éxitos la doctrina postulada por Dorado Montero y por el correccionalismo en general es en las cuestiones de régimen penitenciario. Tanto Quintiliano Saldaña, como Salillas, y Concepción Arenal propugnaron la participación de los jueces en la ejecución de las penas, pero fue Dorado Montero quien, a través de abogar por un amplísimo arbitrio judicial, se muestra acérrimo defensor de la intervención judicial en fase de ejecución; así, en *El Derecho protector de los criminales* dice que los jueces del porvenir no deberán desentenderse de sus funciones después de emitido el fallo, puesto que no podrán dictar sentencias definitivas, sino únicamente providencias provisionales, rectificables según y cuando lo tengan por conveniente para la mejor ejecución del fin que persiguen.

16 *Die Zweckgedanke im Strafrecht*, obra traducida por primera vez al español por el Prof. Dr. Carlos Pérez del Valle (*La idea del fin en el Derecho penal*), en ed. Comares, Granada, 1995, con una extraordinaria introducción a cargo del Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada José Miguel Zugaldía Espinar.

En España, en cambio, las *concepciones correccionalistas*, expresión del importante movimiento intelectual liberal del *Krausismo*, continuaron siendo, de algún modo, dominantes, durante el último tercio del siglo XIX y primero del XX. Dorado Montero se distancia bastante del positivismo italiano, representado por Lombroso, Ferri y Garofalo, rechazando las explicaciones causales del delito seguidas por éstos. También rechaza las clasificaciones de delincuentes, características tanto del positivismo italiano como de la Escuela sociológica alemana, sosteniendo que “toda clasificación que de los mismos se haga tiene que ser artificial, pues cada delincuente, como cada hombre en general, es distinto de todos los otros, y forma, por consecuencia, una categoría a se”¹⁷. La actitud escéptica de Dorado Montero fue desarrollada posteriormente por Jiménez de Asúa, quien partiendo también del correccionalismo intentó circunscribir la tarea propia de la Criminología frente a la del Derecho penal. Jiménez de Asúa entendió que la posibilidad de una criminología clínica en el sentido defendido por Dorado Montero, que viniera a reemplazar el Derecho penal, estaba condicionada por una previa reforma de la sociedad. Según Jiménez de Asúa, los postulados defendidos por Dorado Montero, esto es, la implantación de un sistema puramente preventivo especial, sólo son realizables con un cambio absoluto, total, tanto de horizontes políticos como de ambientes sociales, agregando, además, que tales postulados, “al adaptarse a los regímenes vigentes, se transforman en arma de arbitrariedad y defensa de la clase dominante”¹⁸.

Muy probablemente, Jiménez de Asúa tuvo presente para llegar a tales conclusiones la evolución de Ferri hacia planteamientos de compromiso con el régimen fascista, y también las tendencias a una reducción de las garantías del Derecho penal, implícitas en buena medida en un programa puramente preventivo especial. Consecuentemente, las explicaciones causales del delito dadas por la Escuela italiana no son aceptadas ni por Dorado Montero ni por Jiménez de Asúa. El primero puso en duda su científicidad; el segundo, advierte sobre sus consecuencias políticas, y acentúa más el problema de la libertad que el de la pura prevención especial. En este sentido, señala Jiménez de Asúa que “el principio de la libertad está protegido por el clasicismo y, en cambio, corre enorme peligro en la escuela positiva”¹⁹. Decía Jiménez de Asúa: “Yo defiendo la peligrosidad subjetiva, el arbitrio de los juzgadores, la sentencia indeterminada y otras muchas instituciones de nuevo cuño, para cuando el viejo derecho punitivo se transforme en una institución protectora de los delincuentes y de la sociedad”²⁰.

Posteriormente, el programa de reformas postulado por Dorado Montero, que no logró imponerse ni en la teoría ni en la legislación, fue considerado por uno de sus biógrafos como utópico. Me refiero a Antón Oneca, para quien “son utópicas aquellas orientaciones que trascienden la realidad, y al pasar al plano de la práctica, tien-

17 *Bases para un nuevo Derecho penal*, p. 38.

18 *Problemas de Derecho penal*, 1931, p. 15, 134 ss.

19 Op. cit., p. 14.

20 Op. cit., p. 135.

den a destruir, ya sea parcial o completamente, el orden de cosas existente en determinada época”²¹. Por ello, para Antón Oneca la reforma radical del sistema penal pregonada por el correccionalismo debía aplazarse hasta que la evolución de la sociedad juntara la utopía con la realidad²². Antón Oneca fundamenta un sistema de doble vía en el que distingue entre penas y medidas, que es paralela a la diferenciación entre prevención general y especial; la pena sirve a la prevención general, mientras que la medida sirve a la prevención especial²³. Frente a la posición adoptada por Dorado Montero hubo durante el primer tercio del siglo XX otras tendencias, menos radicales, orientadas a la determinación de las leyes naturales que explican y permiten predecir cómo una persona llega a ser un criminal, y que en la doctrina se han encuadrado bajo la rúbrica de *teorías de la criminalidad*²⁴.

A pesar del auge que en un principio alcanzaron, aquellas clasificaciones de delincuentes fueron abandonadas a partir de la década de los sesenta, experimentando la prevención especial una amplia reformulación. Así, se definió el fin de la pena, de una manera uniforme, a través del concepto de *resocialización*. Se abandonó el causalismo antropológico y biológico, propio del positivismo italiano, cuyo déficit de verificación científica lo hacía científicamente insostenible, atendiéndose paralelamente a las consideraciones que ponen de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito; finalmente, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento. Esta nueva idea de prevención especial llevó a la aparición de una serie de instituciones que permiten dejar de ejecutar total o parcialmente la pena en delitos poco graves cuando lo permiten las condiciones del delincuente, como es el caso, en nuestro Código penal vigente, de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss.), la sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 y ss.) y la libertad condicional (arts. 90 ss.)²⁵. También responde a la idea de prevención especial la concepción resocializadora de las prisiones que se ha extendido en las distintas legislaciones, entre ellas la nuestra²⁶. Sin embargo, la moderna concepción de la prevención especial ha sido sometida en los últimos años a fuertes discusiones²⁷, sobre todo como consecuencia de las dificultades teóricas y prácticas

21 *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1950, p. 86.

22 Op. cit., p. 87.

23 *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1945, pp. 105 ss.

24 Como máximos representantes de estas teorías destacan R. Salillas, J. Montes, Quintiliano Saldaña y M. Ruiz Funes; cfr. Cobo del Rosal, M., y Bacigalupo, E., en “Desarrollo histórico de la criminología en España”, CPC, nº 11/1980, pp. 38 ss.

25 V. Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Madrid, 1990; recientemente Bacigalupo, “Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo actual”, *Revista del Poder Judicial*, 43-44, 1996 (II), pp. 119 y ss.

26 Según el art. 1 de la LOGP: “Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.”

27 Cfr. Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, cit., pp. 15 ss.; Bacigalupo, “Significación y perspectivas de la oposición Derecho penal-Política criminal”, RIDP, 1978, pp. 15 ss.; Bergalli, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976; García-Pablos Molina A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, en *Estudios penales*, Barcelona, 1984, pp. 17 ss., con amplia bibliografía.

que suscita la meta de la resocialización. Veamos algunas de las principales objeciones con que tropieza la prevención especial como único fundamento de la pena.

En primer lugar, si el fin de la pena fuera exclusivamente impedir la reincidencia del autor concreto, el recurso a la pena debería vincularse con la tendencia del sujeto a reincidir, luego muchas veces los delitos deberían permanecer impunes; concretamente, en los casos en los que no se diera dicha tendencia y, por consiguiente, fuera innecesaria la prevención especial y, por tanto, la pena. Así ocurriría en no pocos delitos graves, en los que la actuación del delincuente obedeció a estímulos y circunstancias que casi seguro no se van a volver a repetir en la vida del sujeto²⁸; por ej., en los delitos pasionales. En todos estos casos, sin embargo, es indudable que la improcedencia de la prevención especial no debe conducir a dejar sin castigo al delincuente. Por el contrario, la prevención especial como único fundamento de la pena permitiría la aplicación de penas muy graves por hechos de gravedad relativamente pequeña, en los casos, por ej., de multirreincidencia en delitos contra la propiedad, en los que no existen prácticamente posibilidades de resocialización.

En segundo lugar, tampoco esta teoría de la prevención especial, lo mismo que la de la prevención general, tiene un carácter empírico-científico. Son muchos los delincuentes que reinciden tras haber sufrido una pena²⁹, lo que pone de manifiesto el fracaso, generalmente al menos, del tratamiento en las cárceles, orientado a la reeducación y reinserción social, es decir, de la prevención especial. Y es que, en verdad, no resulta nada fácil compatibilizar la privación de libertad, básicamente desocializadora, con la resocialización del autor.

Finalmente, se le critica a la teoría de la prevención especial, desde un punto de vista ético y constitucional, que el Estado no puede incidir en la libre personalidad del sujeto. En un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del sujeto. ¡No se puede *imponer* un determinado tratamiento a una persona y experimentar con ella! Sería el caso, por ej., de los delincuentes por convicción, políticos, terroristas, que rechazan toda resocialización.

3.2 Derecho penal y prevención general (negativa).

Cuando el Derecho penal se desplaza desde el delincuente concreto a la sociedad en general, se habla de prevención general. Pero el Derecho penal puede incidir en la sociedad de dos formas: a través de la prevención general negativa o intimidatoria y a través de la prevención general positiva o integradora. Mientras que esta última se dirige a la colectividad como conjunto de potenciales víctimas, la pre-

28 Mir Puig, S., *Derecho Penal*, PG, Barcelona, 4ª ed., 1996, p. 55; se refiere este autor a los delincuentes nacionalsocialistas juzgados después de la guerra que, "pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política *dejaron*, en su mayor parte, de encerrar peligrosidad criminal, condicionada al régimen que potenció su actividad criminal".

29 V. al respecto la obra de Bergalli, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980.

vención general negativa contempla la sociedad como conjunto de delincuentes en potencia. Desde esta última perspectiva la estrategia que se emplea en la lucha contra el delito es clara: la pena se concibe como una intimidación, como una amenaza dirigida al ciudadano para que se inhiba de cometer delitos. Durante el *Antiguo Régimen* era el momento de la ejecución de la pena, de carácter público y contenido altamente aflictivo, el que desempeñaba esta función. Pero con la teoría de la coacción psicológica de v. Feuerbach, y también con Filangieri, en Italia, y Bentham, en Inglaterra, aquella función de intimidación se traslada al momento anterior de la conminación legal. La prevención general consiste en conminar o amenazar con una pena la realización de determinadas conductas consideradas delictivas, orientándose hacia la generalidad de los ciudadanos. Se trata de inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados; la amenaza de la pena puede infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer delitos. Para el autor alemán, la pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal; la ejecución, por su parte, tendría el sentido de confirmar la seriedad de la amenaza legal.

Con acierto, se le ha objetado a la teoría de la prevención general que permite elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, la pena, más grave será el efecto intimidante. Esta es, pues, la primera crítica a dicha teoría³⁰: el riesgo de incrementar la gravedad de las penas. Un Derecho penal basado exclusivamente en la prevención general daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometan con mayor frecuencia, llegándose así fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito. Por este motivo, la prevención general requiere un correctivo o límite que, en verdad, no se puede extraer de su propia lógica y, por ello, debe ser externo (por ej., la culpabilidad por el hecho).

La teoría de la prevención general (negativa) también es criticable desde un punto de vista empírico. Se habla así de la indemostrabilidad del carácter intimidatorio de la pena³¹, cuestionando con ello la eficacia de esta estrategia en la prevención de delitos. Es decir, hasta ahora no se ha demostrado convincentemente que la pena consiga ese fin preventivo general, esto es, ese fin de prevenir el delito por el temor que pueda infundir la pena; ejemplo bien conocido es el de la pena de muerte, pues donde se ha implantado no se ha logrado por ello evitar, ni disminuir siquiera, los

30 Cfr. Roxin, op. cit., p. 18.

31 Gimbernat, desde la perspectiva del psicoanálisis, explica el mecanismo de la intimidación de la siguiente manera: "De la misma manera que la conciencia, el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado, expresado más correctamente: se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir -creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo- que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana" ("¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Estudios de Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 146 y 147).

delitos que la tienen prevista. Como dice Roxin, “cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general”³².

Desde un punto de vista ético, se le puede criticar su incompatibilidad con la dignidad de la persona, porque difícilmente puede ser compatible con la dignidad humana el castigar a una persona por lo que puedan hacer los demás, es decir, utilizarla como ejemplo para los demás. La dignidad humana impide que el Estado tome a la persona como medio para lograr un fin; ¡la persona es un fin en sí misma! En esto llevan razón los seguidores de las teorías absolutas.

Finalmente, se dice que la pena no se puede legitimar en su necesidad y utilidad para la prevención de delitos, por cuanto que “la *mejor forma* de prevenir la criminalidad suele ser la del recurso a mecanismos distintos a los de la pena (v. gr.: estructuras sociales más justas, más equitativo reparto de la riqueza, fomento de la educación y de la cultura, asistencia a marginados, etc.)”³³.

En la actualidad, como se dijo, una corriente doctrinal sostiene que la prevención general no debe buscarse a través de la intimidación, sino mediante una ratificación de la confianza de la sociedad en la vigencia de las normas penales (prevención general positiva). Pero de esta nueva perspectiva de la función de la pena, actualmente en auge, me ocuparé más adelante. Antes quiero hacer alguna referencia a las teorías mixtas.

IV. LA SÍNTESIS ENTRE LA JUSTICIA Y LA UTILIDAD SOCIAL

Un tercer grupo de teorías lo componen las llamadas teorías mixtas o de la unión (*Vereinigungstheorien*), que tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una *teoría unificadora*; estas teorías mixtas son fruto en buena medida de las enconadas discusiones entre los partidarios de las teorías absolutas y relativas (“lucha de Escuelas”) que presidieron el panorama científico-penal de principios de siglo en Alemania. La dirección ecléctica que suponen estas teorías ha venido constituyendo desde entonces la opinión dominante en Alemania y otros países. Se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena. Para ellas, la pena es retribución (de la culpabilidad; idea de la justicia) y prevención (del delito; idea de la utilidad) al mismo tiempo. Luego, la pena será legítima en la medida en que sea, a la vez, *justa y útil*.

Ahora bien, dentro de este grupo de teorías mixtas, que, como se ha dicho, pretenden dar satisfacción al mismo tiempo a las exigencias de la justicia y a las exigencias de la prevención, hay, básicamente, dos direcciones. Una primera dirección da prioridad a las exigencias de la justicia sobre las de la prevención, es decir, se orienta preferentemente hacia la justicia³⁴. Sus seguidores creen que

32 Op. cit., p. 18.

33 Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, Universidad de Granada, 1991, p. 61.

34 Cfr. Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4ª ed., 1971, p. 63.

la función de protección de la sociedad, de protección de bienes jurídicos, que corresponde al Derecho penal, ha de basarse en la retribución justa, y en la determinación de la pena conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, siempre dentro del marco de la retribución. Esta posición es la que inspiraba el Proyecto gubernamental alemán de nuevo Código penal de 1962³⁵.

La segunda dirección de las teorías de la unión se orienta preferentemente hacia la utilidad (prevención), correspondiendo únicamente a la retribución la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo así que tales exigencias conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido (pena justa como límite). Ahora bien, a diferencia del anterior punto de vista, esta segunda dirección permitiría disminuir, e incluso prescindir de la pena, por debajo de lo que exigiría la retribución; se trata de hallar *soluciones útiles que no sean injustas*. Una clara e importante expresión de esta posición se puede encontrar en el Proyecto Alternativo alemán (*Alternativ Entwurf*) que, en 1966, un grupo de profesores opusieron como alternativa al proyecto gubernamental de 1962³⁶.

El Proyecto Alternativo, partiendo en su fundamentación de que “la pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres”, rechaza ya la retribución como fundamento de la pena, y la concibe en el sentido de protección de la comunidad y de los bienes jurídicos de sus integrantes, y de reincorporación del sujeto a la misma. La pena sirve, según el parágrafo 2 del Proyecto, “para la protección de los bienes jurídicos y para la reinserción del delincuente en la comunidad”, y según el parágrafo 7 “el fin de la ejecución de la pena es fomentar la reinserción del condenado en la comunidad”. El Proyecto alternativo alemán suprime totalmente las penas privativas de libertad de corta duración. De otro lado, aun manteniendo el sistema dualista³⁷, modifica la relación entre pena y medida de seguridad,

35 En el Proyecto alemán de 1962 se señalaba lo siguiente:

“El Proyecto no ve el sentido de la pena sólo en que compense la culpabilidad del delincuente. Junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer el orden jurídico. Además sirve a determinados fines políticocriminales, en primer término al fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no se cometan tales hechos. Y puede lograrse de modo más duradero, actuando sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar de modo especial conseguirlos con la clase y medida de la pena”; texto tomado de “Sentido y límites de la pena estatal”, cit., p. 19.

36 Integrado, concretamente, por los siguientes 14 profesores:

Baumann, Brauneck, Hanack, Arth. Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, R. Schmitt, Schultz, Stratenwerth y Stree; crf., sobre la doctrina contenida en este Proyecto, Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 73 ss.

37 Se habla de *sistema dualista* (por oposición al monista, que sólo prevé penas o medidas) o de *doble vía*, desde que Carl Stooss, profesor de Derecho penal en la Universidad de Berna, propusiera en 1894 en el Anteproyecto de Código penal suizo un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, unas condicionadas por la culpabilidad del autor (las penas), y otras que no presuponen dicha culpabilidad, sino más bien peligrosidad (las medidas de seguridad y corrección).

al establecer que las medidas privativas de libertad deben cumplirse siempre antes de la pena y computarse sobre ésta (principio vicarial)³⁸.

En el marco, pues, de las teorías mixtas que se encuadran en la segunda dirección, se procura una adecuada protección de los valores fundamentales (bienes jurídicos) de nuestra sociedad, pero con el menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual.

A las teorías mixtas se les ha objetado que, al tratar de compaginar lo incompatible, “atraen hacia sí los inconvenientes de las teorías absolutas y de las teorías relativas”³⁹, pues la pena justa puede ser normalmente inútil y la pena útil puede ser injusta.

Mención aparte requiere la construcción dialéctica de Roxin (*teoría dialéctica de la unión*); dialéctica porque acentúa la oposición de los diversos puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis⁴⁰. La forma de alcanzar esta síntesis, según Roxin, consiste en atribuir a la pena distintas funciones, según el momento de que se trate, esto es, según se trate de la amenaza o conminación legal, del momento de la determinación de la pena, o del momento de la ejecución.

En el momento de la *amenaza* (fase de individualización legislativa) la función o fin de la pena, según Roxin, es la protección de bienes jurídicos; protección que sólo podrá buscarse a través de la prevención general intimidatoria. Es decir, la pena, en este primer momento, pretende disuadir a todos los ciudadanos para que se abstengan de delinquir. Evidentemente, el legislador, encargado de establecer la pena abstracta que corresponde a cada delito, no puede tomar en consideración circunstancias relativas al autor concreto del delito, pues desconoce quién va a infringir la norma, pero sí puede y debe tener en cuenta algunos elementos preventivo-especiales de carácter abstracto⁴¹.

En el momento de la aplicación o *determinación judicial de la pena* (fase de individualización judicial), que supone el fracaso de la prevención general frente a un

38 El Proyecto alternativo alemán de 1966 contenía medidas privativas de libertad tales como el internamiento en una casa de curación y asistencia (para alcohólicos y drogadictos), el internamiento en un establecimiento de desintoxicación (para alcohólicos), el internamiento en un establecimiento de terapia social (para los delincuentes con alteraciones de la personalidad y multirreincidentes) y en un establecimiento de seguridad. Según el parágrafo 69.6: “En el establecimiento de terapia social deben desarrollarse en el interno, mediante especiales ayudas psiquiátricas, psicológicas y pedagógicas, la voluntad y la capacidad de llevar en el futuro una vida en libertad”.

39 Zugaldía, *Fundamentos*, cit., p. 67.

40 Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 28.

41 Con razón dice Zugaldía al respecto (op. cit., p. 72) que no tiene mucho sentido amenazar los delitos socio-económicos con multas, pues los delincuentes económicos o de “cuello blanco” pueden considerar dicha pena como un “riesgo económico” de la operación realizada; por el contrario, añade Zugaldía, “parece más adecuado conminar esos delitos con penas privativas de libertad de corta o mediana duración que tiendan (...), no a la resocialización del autor (normalmente innecesaria en estos delitos), sino directamente a la intimidación general y a la admonición individual”.

individuo concreto que, pese a la amenaza de la pena, ha delinquido, corresponde a la pena, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general, pues la imposición de la pena por el Juez supone la confirmación de la seriedad de la amenaza legal. Ahora bien, “en la medición de la pena el Juez debe someterse a una limitación: *la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor*”⁴². De lo contrario, se caería en la objeción kantiana que Roxin hace a la prevención general: el autor sería utilizado como medio para lograr efectos sobre otros, por cuyos comportamientos él no es responsable⁴³; esta instrumentalización de la persona sería contraria a la idea de dignidad proclamada en el art. 10.1 CE⁴⁴. La objeción anterior se evita, según Roxin, cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone sólo “según la medida de su persona”⁴⁵. En segundo lugar, la aplicación judicial de la pena sirve también a la prevención especial. Se trata de determinar individualizadamente la pena concreta que se va a imponer al autor que ya ha delinquido, desplegando entonces la pena efectos sobre el autor del delito en orden a evitar su recaída en el delito.

Finalmente, en el momento de su *ejecución* la pena (fase de ejecución de la pena) sirve a la confirmación de los anteriores fines, pero de forma que tienda a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial. En nuestro Derecho esta función de la pena está establecida en el art. 25.2 CE, a cuyo tenor “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social ...”, pudiéndose entender este mandato como “la adopción de las medidas pertinentes para remover los obstáculos externos que hayan impedido o dificulten al delincuente las posibilidades de adaptar su vida al conjunto de los valores constitucionales”⁴⁶. En el momento de la ejecución, pues, adquieren preponderancia los fines resocializadores⁴⁷.

42 Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 67.

43 *Ibidem*.

44 Señala Zugaldía, op. cit., p. 73, que al autor primario de un delito no grave, como, por ej., el de utilización ilegítima de vehículo de motor (art. 516 bis; 244 del nuevo Código penal), y cuyas posibilidades de recaída en el delito no constan, no sería lícito imponerle la pena privativa de libertad de arresto mayor, y no simplemente la de multa, argumentando que de esa forma “se puede disminuir o combatir” la alarma social que causa la comisión de un número elevado de delitos de esa clase.

45 Mir, *ibidem*; cfr. Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal” (trad. por D. Luzón Peña), p. 27.

46 Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal*, PG, 2ª ed., Valencia, 1987, p. 602.

47 En nuestro Derecho bajo el control y observación de los Jueces de Vigilancia, institución introducida en nuestro Derecho positivo a través de la Ley General Penitenciaria, aprobada por L.O. 1/1979, de 26 de septiembre. Los Jueces de Vigilancia o de ejecución de penas tienen a su cargo: funciones de vigilancia, como cuidar de que se cumplan las normas penitenciarias por parte del personal encargado de la custodia del reo; funciones de decisión, como aprobar sanciones, resolver los recursos formulados por los reclusos sancionados, resolver propuestas de libertad condicional y su revocación, aprobar propuestas de beneficios penitenciarios, permisos de salida, etc.; y funciones consultivas, como emitir informes y formular propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en todo lo referente a la organización y desarrollo del régimen y tratamiento penitenciario (arts. 76-78).

V. LAS NUEVAS CONCEPCIONES REFERENTES A LA UTILIDAD SOCIAL (PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA)

Como se vio, ni la prevención a través de la intimidación o coacción psicológica, ni la resocialización, son fines verdaderamente alcanzables. Por ello, dice Hassemer que sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos son metodológicamente atacables⁴⁸, y que la función de la pena es la *prevención general positiva*, es decir, “la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social”, esto es, “la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales”⁴⁹. En el mismo sentido sostiene Jakobs que “la tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado”⁵⁰.

Mediante la aplicación de la pena se ratifica constantemente la vigencia efectiva de las normas penales (del orden jurídico-penal en general) que han sido vulneradas, en cuanto que se contrapone al delito la pena, reforzándose de este modo la confianza general en torno a la vigencia de aquellas normas. Al propio tiempo, se fomentan los lazos de solidaridad social frente a los posibles infractores y se afianza la confianza institucional en el sistema y la fidelidad al ordenamiento jurídico; cada vez que se impone una pena, se restablece la norma, quebrantada por el delincuente, y los ciudadanos en general comprueban la ratificación de aquel orden jurídico-penal, así como que sus expectativas sobre la imposición de una pena en caso de comisión de un delito se ven satisfechas. Así, por ej., cuando se amenaza con la pena de prisión de seis meses a dos años el delito de allanamiento de morada, no se pretende tanto intimidar a los potenciales infractores para que no cometan este hecho delictivo, como el fin funcional de mantener la vigencia en la sociedad de la norma que protege el ámbito de privacidad que supone el domicilio, por ser disfuncionales para el sistema social los actos que la atacan.

Tres funciones atribuye Armin Kaufmann a la prevención general positiva: una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; una función de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de imponerse; y, por último, una función de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho (no una actitud moral)⁵¹.

48 En Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, 1983, pp. 39 ss. A juicio de Hassemer, “las fundamentaciones referentes a intervenciones en la libertad y en el patrimonio, como las que ocasiona la pena, pierden, en caso de falta de base, no sólo su dignidad científica, sino también su legitimidad práctico-normativa” (p. 56).

49 Hassemer, op. cit., p. 64; del mismo, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 296.

50 *Strafrecht*, 1991, pp. 9 ss.

51 “La misión del Derecho Penal” (trad. de S. Mir Puig), en *La reforma del Derecho Penal II*, Bellaterra, 1981, p. 19; cfr. Pérez Manzano, M. *Culpabilidad y prevención*, eds. de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 248 ss.; muy interesante su último trabajo en el Libro Homenaje a Claus Roxin, sobre “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de

A la teoría de la prevención general positiva se le ha criticado, principalmente, que supone un puro retribucionismo, por cuanto que al criticar la resocialización deja sin respuesta el problema fundamental del fin que se persigue mediante la ejecución de penas. En particular, según Baratta no se acompaña la crítica “de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus órganos y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente”⁵². De otro lado, se le ha objetado que supone una injerencia en la esfera interna del ciudadano⁵³.

En realidad, la teoría de la prevención general positiva no impide un desarrollo adecuado, en fase de ejecución penal, del tratamiento dirigido a la reeducación y reinserción social. Además, esta función de la pena es una exigencia de nuestra Constitución; lo mismo que también lo son los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, entre otros, que constituyen las bases institucionales de nuestro Derecho penal. Más bien, “la teoría de la prevención general positiva tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y, de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena”⁵⁴.

En mi opinión, la teoría de la prevención general positiva lo que hace es independizar la cuestión de la legitimidad del Derecho penal y, por consiguiente, de la pena, de la cuestión de los fines de la pena. Muy probablemente la razón haya que buscarla en la dificultad de demostrar empíricamente la utilidad de la pena, tanto desde un punto de vista de prevención general como especial. En verdad, si la utilidad se pone en duda, también se podría dudar de la legitimidad del Estado para imponer sanciones, si se parte de la utilidad como fundamento legitimante del “ius puniendi”.

Como se dijo, la teoría de la prevención general positiva sostiene que la legitimidad del Derecho penal, del ejercicio del “ius puniendi” por el Estado, radica en mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma. Las penas se aplican para demostrar que la norma está vigente; el autor que comete un delito defrauda la confianza de todos en la vigencia de la norma y entonces, para restablecer esa confianza, aunque no empíricamente, hay que aplicar una pena. Esta es la *función social* del Derecho penal. Es probable que, al mismo tiempo, la pena también logre algún efecto de prevención general y especial; pero se trata de una cuestión *abierta*, que no

la pena”, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 73 y ss. Mir Puig ha desarrollado en nuestro país una concepción peculiar, por cuanto que rechaza una concepción fundamentadora de la prevención general positiva, aceptando, en cambio, la concepción integradora, en la medida en que aquella puede aportar límites a la mera intimidación (cfr. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derechos*, Barcelona, 1982, pp. 31 ss.).

52 *Dei delitti e delle pene*, nº 1/1984, p. 21.

53 Mir Puig, op. cit., p. 32.

54 Bacigalupo, *Principios de Derecho penal*, PG, Madrid, 1990, pp. 24 y 25.

forma parte ya de la legitimación del Derecho penal. Como ha dicho Bacigalupo, “la decisión en favor de la prevención general positiva requiere por lo tanto que, al mismo tiempo, no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano”⁵⁵.

55 Op. cit., p. 25.