

Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva (*)

Por el Prof. Dr. SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

— I —

El problema de la función de la pena jurídica se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva sociológica importa cuál es la función que efectivamente cumple la pena jurídica en un determinado sistema social. Desde el prisma de la Dogmática jurídica se trata de averiguar qué función se atribuye a la pena en el Derecho vigente. Ninguno de estos aspectos constituirá el objeto de las reflexiones que a continuación efectuaremos. Vamos a adoptar el punto de vista *filosófico-jurídico* que corresponde a esta primera parte del presente Seminario. El análisis de la teoría de la prevención general positiva que realizaremos no partirá de la comprobación de cuál es la función social o atribuida por el Derecho vigente a la pena, sino de cuál *debe ser* dicha función.

— II —

1. Las respuestas que se han dado a esta cuestión han pasado por distintas fases, bien conocidas, desde los orígenes del Derecho penal contemporáneo. A principios del siglo XIX predominaban concepciones preventivo-generales, como las de Feuerbach, Filangieri y Bentham, junto a posiciones retribucionistas como la de Kant. Los hegelianos insistieron, más avanzado el siglo, en la retribución. Apareció luego la nueva dirección del positivismo naturalista en favor de la prevención especial. La «lucha de Escuelas» que ello motivó entre los partidarios de la pena retributiva y los prevenciónistas se resolvió mediante un compromiso por las teorías eclécticas, que combinaron con distintos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Pero el compromiso suponía la renuncia al punto de partida que servía

* Ponencia presentada al Seminario sobre «Pena y prevención», celebrado en junio de 1985 en la Universidad Autónoma de Barcelona.

de fundamento a una verdadera concepción retributiva: suponía dejar de considerar a la pena como una *exigencia ética de Justicia*, pues ciertamente la Justicia no admite componendas derivadas de la utilidad social. Era fácil dar el paso siguiente y trasladar el centro de gravedad a la prevención, de la que la retribución sería sólo un *límite máximo* y/o mínimo. Se llega, así, al modelo de un Derecho penal entendido al servicio de la función de prevención, aunque limitada ésta por las ideas de proporcionalidad y/o culpabilidad. La fórmula, sintética como la de Estado social y democrático de Derecho y coherente con ésta, pretende conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico-penal, por una parte, y la conveniencia de someter dicha intervención preventiva a ciertos límites, derivados en parte de la consideración del individuo y no sólo de la colectividad.

Ahora bien, este planteamiento entraña la admisión de una relación de tensión entre principios que se acepta que puedan resultar contradictorios. Se reconoce la posibilidad de las llamadas «*antinomias de los fines de la pena*». Según ello, lo que puede resultar aconsejable para la prevención general, puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, y ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial. Ello supone conflictos tanto en el momento de la conminación penal por parte de la ley, como en las fases de determinación judicial y determinación penitenciaria de la pena. Para evitar o limitar estas antinomias y conflictos, en los últimos años se viene proponiendo, por distintos caminos, la doctrina de la «*prevención general positiva*». A ella dedicaremos nuestra atención.

Antes de analizarla, añadiremos que también ha contribuido a su difusión la llamada «*crisis de la resocialización*». Ultimamente ha ido desvaneciéndose el optimismo que se extendió durante los años cincuenta y sesenta ante las posibilidades de un tratamiento penitenciario individualizado. Es cuestionable la eficacia del tratamiento en condiciones de privación de libertad, como lo prueban los altos índices de reincidencia; pero también se advierten los peligros que supondría para las garantías individuales una ideología del tratamiento llevada al extremo. Aunque en general ello no ha determinado a renunciar por completo a la función de prevención especial, sí que ha puesto en entredicho su capacidad para ofrecer una fundamentación general del Derecho penal. Como entre tanto la concepción retributiva ha ido retrocediendo frente al cometido de protección social que hoy se atribuye al Estado, es comprensible que se vuelva la vista a la prevención general (1).

2. La concepción clásica de la prevención general veía en la pena la amenaza de un mal destinada a *intimidar* a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad. Si en el Antiguo Régimen ello

(1) Cfr. sobre esta evolución, HASSEMER, Generalprävention und Strafzumessung, en HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE, Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt, 1979, págs. 34 s.; ZIPP, Kriminalpolitik, 2.ª ed., Karlsruhe, 1980, páginas 84 s.

se esperaba conseguir principalmente a través de la ejemplaridad de la ejecución del castigo, Feuerbach vinculó a la ley la función de intimidación de la pena mediante su famosa «teoría de la coacción psicológica». Frente a ello, la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la «conciencia social de la norma» (2), confirmar la vigencia de la norma (3). Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma.

Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo éstas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales.

La teoría de la prevención general positiva ha sido objeto de apreciaciones críticas contrapuestas. Mientras que un sector doctrinal la ha recibido favorablemente como teoría que limita de forma racional la tendencia de la intimidación penal al terror penal (4), otros autores ven en ella el intento de legitimar tendencias irracionales que permitirían ampliar la prevención penal (5) o, en cualquier caso, de eliminar límites liberales materiales de la intervención penal (6). Esta diferencia de interpretaciones responde, a mi juicio, a la existencia de distintas orientaciones y formulaciones de la teoría de la prevención general positiva. Antes de tomar posición ante esta doctrina conviene exponer sucintamente algunos ejemplos de ello.

— III —

Los partidarios de la prevención general positiva pueden ser agrupados en dos direcciones. Por una parte, quienes defienden aquella forma de prevención como *fundamentadora*, y en su caso *ampliatoria*, de la intervención del Derecho penal. Por otra parte, los que con aquella concepción pretenden *poner freno* a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial.

1. A) La primera tendencia enlaza con una tradición que confiere al Derecho penal la misión de conformación de valores morales en la

(2) Cfr. HASSEMER, Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, en MIR PUIG (ed.), Derecho penal y Ciencias sociales, Bellaterra, 1982, pág. 137.

(3) Cfr. JAKOBS, Strafrecht, Allg. Teil, Berlín, 1983, pág. 7.

(4) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena, Rev. Fac. Derecho Univer. Complutense, monográfico 3 (1980), págs. 124 ss.

(5) Cfr. LUZÓN PEÑA, Prevención general y Psicoanálisis, en MIR PUIG (ed.), Derecho penal y Ciencias sociales cit., págs. 149 ss.

(6) Cfr. BARATTA, Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en CPC, núm. 24 (1984), págs. 541 ss., 549 ss.

colectividad (7). Pero el antecedente más inmediato se encuentra en Welzel y en su concepción de la función ético-social del Derecho penal: «Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares —escribía Welzel— es la tarea de asegurar la vigencia real... de los valores de acción de la actitud jurídica... La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo una finalidad de prevención *negativa*... La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social *positiva*: Al proscribir y castigar el apartamiento realmente actualizado de los valores fundamentales de la actitud jurídica, el Derecho penal expresa, de la manera más impresionante de que dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores positivos de acción, conforma el juicio ético-social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho» (8). Según esto, el Derecho penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético-social del ciudadano, en su actitud interna frente al Derecho. Ello supone una misión que *amplía* el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el Derecho penal.

Welzel no consideró esta función ético-social del Derecho penal como integrante de la prevención general, sino como vinculada a la «retribución justa» (9). Sin embargo, es evidente el carácter preventivo con que aquel autor defiende la mencionada función ético-social. Por de pronto, dicha función persigue prevenir la destrucción o puesta en peligro de la conciencia ético-social y la actitud jurídica de los ciudadanos: además, la protección de estos valores se considera por Welzel la mejor forma de prevenir a largo plazo la lesión de los bienes jurídicos (10). De ahí que este planteamiento pueda y deba verse como una concepción preventivo-general. En este sentido se manifiestan Armin Kaufmann y Hassemer.

El primero —cuya reciente muerte aún nos conmueve— entiende la función ético-social que Welzel atribuía al Derecho penal como «aspecto positivo de la prevención general», y la caracteriza como «socialización dirigida a una actitud fiel al Derecho». Destaca en ella tres componentes: una *informativa* de lo que está prohibido, otra de mantenimiento de la «*confianza* en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse», y una tercera de creación y fortalecimiento de

(7) Ver referencias en este sentido a H. MAYER, GRÜNWARD y NOWAKOWSKI, en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1969, pág. 242. Combate esta dirección frente a sus representantes de la Escuela de Uppsala (especialmente frente a LUNDSTEDT), GEIGER, Moral y Derecho, trad. GARZÓN VALDÉS, Barcelona, 1982, págs. 156, 170 ss.

(8) Cfr. WELZEL, op. cit., pág. 3.

(9) Cfr. WELZEL, op. cit., págs. 241 s. Del mismo modo, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, pág. 77, que considera que la sola retribución es la que mejor asegura el mantenimiento del orden jurídico y la impresión de inviolabilidad del Derecho.

(10) Cfr. WELZEL, op. cit., págs. 4, 5 s.

una permanente *actitud interna de fidelidad al Derecho* (11). Ahora bien, Armin Kaufmann no trata de sustituir la retribución justa por esta prevención general positiva, sino que cree que aquélla es presupuesto de ésta (11).

También Hassemer entiende que la concepción welzeliana de la misión ético-social del Derecho penal supone «una descripción precisa de lo que se puede denominar prevención «general» o «positiva» (13). Sin embargo, este autor atribuye a este concepto de prevención una función limitadora de la intervención penal que distingue su posición de las hasta ahora contempladas. Luego analizaremos más detenidamente su concepción.

B) El Tratado de Jakobs ha venido a mantener una variante algo distinta de la prevención general positiva. Coincide con Welzel en perseguir el mantenimiento de la fidelidad al Derecho en la colectividad, pero rechaza que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos. La única meta que corresponde, según Jakobs, al Derecho penal es garantizar la función *orientadora* de las normas jurídicas. Parte el tratadista alemán de la concepción del Derecho de Luhmann, como instrumento de estabilización social mediante la orientación de las acciones a través de la institucionalización de las expectativas sociales (14). La vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. Cuando se produce la infracción de una norma, conviene dejar claro que ésta sigue en pie y mantiene su vigencia pese a la infracción. Lo contrario pondría en entredicho la confianza en la norma y su función orientadora. La pena sirve para destacar con seriedad, y en forma *costosa* para el infractor, que su conducta no obsta al mantenimiento de la norma. La pena no ha de verse en su aspecto naturalístico de mal, de la misma forma que el delito no importa en cuanto lesión de un bien jurídico. Así como el delito es negativo en la medida en que supone infracción de la norma y, por tanto, defraudación de expectativas y un conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva en cuanto afirma la vigencia de la norma al negar su infracción (15). Se trata, como se ve, de una construcción que recuerda intensamente la de Hegel (16).

En concreto, la protección de la norma y de su función orientadora tendría lugar, según Jakobs, confirmando la confianza en la norma por parte de quienes confían en las normas. Ello no tiene lugar porque el castigo haga presumible la intimidación de los posibles delinquentes

(11) Cfr. ARMIN KAUFMANN, La misión del Derecho penal, en MIR PUIG (ed.), Política criminal y Reforma del Derecho penal, Bogotá, 1982, pág. 127.

(12) Cfr. ARMIN KAUFMANN, op. cit., p. 128.

(13) Cfr. HASSEMER, Fines cit., pág. 126, nota 33.

(14) Cfr. BARATTA, CPC, núm. 24 (1984), pág. 534.

(15) Cfr. JAKOBS, op. cit., págs. 4 ss., especialmente pág. 7.

(16) Lo reconoce expresamente JAKOBS, op. cit., pág. 11.

y su consiguiente inhibición frente al delito. La pena no persigue impresionar al penado ni a terceros para que se abstengan de cometer delitos. Trata sólo de «ejercitar en la confianza de la norma» a la colectividad para que todos sepan cuáles son sus expectativas, de «ejercitar en la fidelidad al Derecho», y de «ejercitar en la aceptación de las consecuencias» en caso de infracción. Estos tres efectos se resumen en el de «ejercitar en el reconocimiento de la norma». Ello tendría el sentido de prevención general porque busca proteger las condiciones de la interacción social, las expectativas y orientaciones estables de las cuales no cabe prescindir en la vida social (17).

2. Las posiciones examinadas hasta aquí, desde Welzel hasta Jakobs, buscan en la ahora llamada prevención general positiva *fundamental* la intervención del Derecho penal. Así entendida, la prevención general positiva permite e incluso obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general tradicional (como intimidación) ni de la prevención especial. Sucede algo parecido a lo que supone la admisión de la exigencia de retribución aunque no resulte necesaria para la prevención general ni especial en sentido clásico. En Jakobs, además, como veremos, desaparecen los límites materiales que debía respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo únicamente como función de la norma, cualquiera que ésta sea. Existe, sin embargo, otro sector doctrinal que defiende la prevención general positiva en un sentido *limitador* de la intervención penal. Mencionaremos los ejemplos de Hassemer, Zipf y Roxin.

En su trabajo sobre prevención general y medición de la pena, publicado en 1979, Hassemer ponía de manifiesto las dificultades de comprobación empírica de la eficacia de la intimidación penal como forma clásica de prevención general. En ello veía una razón que favorecería la tendencia a preferir la prevención general positiva. Sin embargo, advertía que no cabía tampoco comprobar empíricamente si la concreta fijación de la pena sirve de efectivo apoyo a las normas sociales. Hasta tanto dicha comprobación no fuera posible, Hassemer no consideraba lícita la agravación de la pena en el caso concreto en base a hipotéticas necesidades de prevención general positiva. Pero este concepto de prevención permitía una interpretación sí admisible por no redundar en perjuicio del reo. Esta otra interpretación, la defendida por Hassemer, parte de la diferencia específica del Derecho penal frente a los demás medios de control social. El Derecho penal aparece como un medio de control social caracterizado por su *formalización*. Esta tiene lugar mediante la vinculación a normas y tiene por objeto *limitar* la intervención penal en atención a los derechos del individuo objeto de control. La forma específica de afirmar las normas que corresponde al Derecho penal ha de ser, pues, su aplicación prudente y restrictiva, respetuosa de los límites que impone su carácter formalizado. De este modo, más que a través de la agravación de las penas, podrá el Derecho penal

(17) Cfr. JAKOBS, op. cit., págs. 8 s.

afirmarse a largo plazo y suponer un fortalecimiento de la confianza de la población en la Administración de Justicia (18).

En trabajos posteriores Hassemer ha desarrollado este planteamiento. Así, en la Ponencia que presentó al Seminario Hispano-alemán sobre Derecho penal y Ciencias sociales celebrado en Bellaterra en 1981, parte de la misma concepción del Derecho penal como medio formalizado de control social, en el cual importa tanto la función de control propia de la respuesta penal, como su juridicidad. Por ello, «la función de la pena —afirma— es la prevención general positiva», que no opera mediante la intimidación, sino que persigue la *protección efectiva de la conciencia social de la norma*. Ello supone dos cosas: por una parte, que la pena ha de estar limitada por la *proporcionalidad*, por la *retribución por el hecho*; por otra parte, que la misma ha de suponer un intento de *resocialización* del delincuente, entendida como *ayuda* que ha de prestársele en la medida de lo posible (19). En su Introducción a las bases del Derecho penal, Hassemer admite claramente que ello ha de conducir a una «reformulación de la idea retributiva (20)».

También Zipf y Roxin manejan en un sentido limitador el concepto de prevención general positiva. Ambos parten de la idea de que la prevención general de la intimidación entraña el peligro de una elevación excesiva de la pena. En concreto, entienden que la nueva regulación del Código penal alemán de la determinación de la pena ha venido a evitar este peligro. Zipf opina que el legislador alemán ha reducido la operatividad de la prevención general al referirse a la «defensa del orden jurídico». Así, según el parágr. 47 StGB, si la prevención especial no exige la imposición de una pena privativa de libertad de menos de seis meses de duración, sólo cabrá imponerla cuando sea «imprescindible para la defensa del orden jurídico». Para Zipf, ello sólo sucederá cuando esté en juego la «fidelidad al Derecho» de los ciudadanos, es decir, la prevención general positiva. No bastaría, en cambio, la conveniencia político-criminal de aumentar la intimidación general, esto es, la prevención general negativa (21). El actual Código alemán no menciona ningún otro aspecto de la prevención general como base de la determinación de la pena, que en general se basa en la culpabilidad del sujeto y en las consecuencias que pueda tener para el mismo (parágr. 46). Se seguiría, pues, que sólo sería admisible la prevención general positiva en el sentido restrictivo, de *ultima ratio*, que corresponde al concepto de «defensa del orden jurídico».

Por su parte, Roxin entiende que la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena del Código alemán, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general nega-

(18) Cfr. HASSEMER, op. cit. en nota 1, págs. 35 s., 52 s.

(19) Cfr. HASSEMER, Fines, cit., págs. 137 s.

(20) Cfr. HASSEMER, Fundamentos del derecho penal, trad. de Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, pág. 398.

(21) Cfr. ZIPF, Kriminalpolitik, cit., págs. 85 s.; EL MISMO, Principios fundamentales de la determinación de la pena, CPC, núm. 17 (1982), pp. 354 s.

tiva. Roxin llama a la prevención general positiva «prevención general compensadora» o «integradora socialmente» (22), mientras que denomina «prevención general intimidatoria» a la negativa. La prevención general compensadora o integradora, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de la culpabilidad. En cambio, la prevención general intimidatoria permitiría «ir más lejos», porque supone la tendencia a elevar la pena para conseguir su objetivo (23), una «tendencia al terror penal» (24). El profesor de Munich se manifiesta contrario a esta prevención intimidatoria y admite, en cambio, la prevención integradora, que es la que respeta el límite de la culpabilidad. Por otra parte, Roxin admite que en el caso concreto pueda imponerse una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad y, por tanto, a la prevención general integradora, si dicha pena pudiera resultar desocializadora y contraindicada preventivo-especialmente. Sin embargo, ello tiene un límite: el de que la pena no resulte insuficiente para la «defensa del orden jurídico». Esta defensa mínima del orden jurídico supone, para Roxin, «la última forma de prevención general, su límite último de contención» (25).

— IV —

La exposición anterior ha tratado de poner de manifiesto la existencia de dos direcciones distintas entre los partidarios de la prevención general positiva, una fundamentadora y la otra limitadora de la intervención penal. No es de extrañar, por lo tanto, que la crítica haya valorado de formas bien diversas, y hasta contrapuestas, el concepto de prevención general positiva. 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.

1. Digo, en primer lugar, que el respeto de la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como *fundamentadora* de la intervención jurídico-penal. La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel, y antes de él la corriente que proclamaba la «fuerza configuradora de las costumbres» (*sittenbildende Kraft*) de la pena jurídica. La «actitud interna» (*Gesinnung*) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena. Ello vale no sólo para la actitud frente a las normas

(22) Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, págs. 102, 104, 183.

(23) *Ibidem*.

(24) Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pág. 18.

(25) Cfr. ROXIN, *Culpabilidad*, cit., pág. 109.

morales, sino también para la actitud interna frente al Derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general positiva supondría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno.

La formulación funcionalista de Jakobs merece en parte estas objeciones y en parte otras adicionales. Baratta le ha dedicado un interesante trabajo en que efectúa críticas desde el punto de vista interno de la teoría y desde una perspectiva externa a la misma. Entre las críticas internas cabe destacar la de que queda sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalente (26). Permítaseme abundar en esta línea crítica. Si, como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a *poner de manifiesto* que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como la pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?

Las críticas extrasistemáticas que Baratta dirige a la construcción de Jakobs culminan en la conclusión de que la misma tiene una «función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales» (27). Ante la alternativa entre sistema social e individuo, Jakobs opta por el primero, «dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto a las necesidades y valores de los individuos» (28). Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad (29), la teoría sistémica de la prevención general positiva aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales.

Mención especial merecen las críticas que en nuestro país ha dirigido Luzón Peña a la teoría de la prevención general positiva. Según este autor, la sustitución de la prevención de intimidación por la prevención socialmente integradora, entendida como categoría autónoma o exclusiva y con exigencias propias, resulta regresiva por dos razones. Por una parte, porque «las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad (y aquí hay que plantearse: ¿toda, la mayoría o sólo los grupos dominantes?) para mantener su fidelidad al Derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores —y menos fundadas— que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la

(26) Cfr. BARATTA, CPC, núm. 24 (1984), pág. 545.

(27) Cfr. BARATTA, loc. cit., pág. 549.

(28) Cfr. BARATTA, loc. cit., pág. 550.

(29) Cfr. BARATTA, loc. cit., págs. 538 ss., 541 s

prevención general de intimidación». Por otra parte, porque «dicha tendencia implica sustituir un concepto —el de intimidación general— al que se acusa de irracional y que, sin embargo, es... susceptible de fundamentación, empleo y control plenamente racionales, por otro concepto —el de prevención estabilizadora o integradora— pretendidamente racional, pero que a mi juicio, si se lo maneja de modo autónomo, no es sino una «racionalización» de algo subyacente e inconsciente: impulsos, agresividad y emociones de carácter plenamente irracional» (30). En cuanto a esto último, Luzón considera que la prevención general positiva supone una racionalización de la teoría psicoanalítica del «chivo expiatorio», según la cual la pena vendría a satisfacer la envidia de la sociedad por quien ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, al privar a éste del fruto de su osadía. La función de estabilización de la conciencia jurídica general de que habla la teoría de la prevención general positiva, sería equivalente —según Luzón— a la función de «producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de la sociedad» que descubre el psicoanálisis en la pena (31).

2. Las diferentes objeciones mencionadas hasta aquí aconsejan rechazar las concepciones de la prevención general positiva que ofrecen una legitimación fundamentadora o ampliatoria de la intervención penal. En cambio, me parece progresiva en un Estado social y democrático de Derecho la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva. Un Estado social está empeñado en la misión de proteger a la sociedad y para ello debe acudir al Derecho penal si es absolutamente necesario. El primer fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención de delitos resulta admisible en un Estado democrático de Derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre —también del delincuente. Un tal Estado ha 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. El concepto de prevención general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos límites armonizando sus contradicciones recíprocas: si se entiende que *una razonable afirmación del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho exige el respeto de dichas limitaciones*. No se trata de autorizar la internacionalización del Derecho penal por el hecho de que éste proceda de un Estado social y democrático de Derecho, pues ello encerraría una grave contradicción con este modelo de Estado, que no ha de querer imponer por la fuerza una actitud interna de adhesión de sus ciudadanos. No es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea. Pero sí importa exigir que la pena, además de ser necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un Derecho social y democrático, sino precisamente su negación.

(30) Cfr. LUZÓN PEÑA, op. cit. en nota 5, pág. 149.

(31) Cfr. LUZÓN PEÑA, ibídem, págs. 150, 152.