

La prevención especial como límite de la pena

ENRIQUE CURY URZUA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Católica de Chile

I

Aunque todos saben que la teoría de la prevención especial tiene antecedentes remotos, lo cierto es que cuando en la actualidad se habla de ella generalmente se piensa en la formulada por Liszt (1). Ese es el punto de vista al que se adhieren fundamentalmente los partidarios de la concepción, y ese también al que dirigen las críticas de sus adversarios. Así pues, en una contribución al tema uno puede partir de él asumiendo que goza de reconocimiento generalizado.

En contraste con la teoría retributiva clásica, para Liszt la pena no se justifica a sí misma (2). Por el contrario, es sólo un medio para el logro de un fin (3). El objetivo de la pena es la *prevención*, es decir, evitar, hasta donde sea posible, la comisión de otros delitos. Esta finalidad debe alcanzarla preferentemente mediante la *resocialización* del sujeto que delinquiró, esto es, actuando sobre él para que en lo sucesivo reconozca y respete los bienes jurídicos. Cuando ello no es posible, al autor hay que segregarlo del grupo social a fin de impedir nuevos ataques (4). Impulsado en parte por la coherencia en su pensamiento y, en parte, por las convicciones culturales de su tiempo, Liszt acepta, para satisfacer este último objetivo, la reclusión perpetua y la pena de muerte (5), pero hoy casi todos están de acuerdo

(1) FRANZ VON LISZT: *La idea de fin en el Derecho penal*, traducción de Enrique Aimone Gibson, revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba, Edeval, 1984. En esta obra de Liszt, publicada originalmente en 1882 bajo el título *Programa de Marburgo*, se exponen sus ideas principales sobre el tema relativo al fin de la pena.

(2) Los argumentos de Liszt contra las teorías absolutas se derivan de un análisis de la historia de la pena privativa como «acción instintiva». Véase, especialmente, *op. cit.*, II, 3, pp. 75 y ss.

(3) LISZT: *Op. cit.*, IV, p. 106: «Sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin».

(4) LISZT: *Op. cit.*, V, 1, p. 112: «Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos».

(5) LISZT: *Op. cit.*, V, 2, pp. 115 y ss.

en que no debe atribuirse a esas conclusiones una importancia exagerada en la valoración de sus ideas (6).

La teoría de Liszt expresó, mejor o por lo menos con más éxito que cualquiera otra, los procesos ideológicos y culturales que se desarrollaban en Europa a fines del siglo pasado. Por tal motivo, constituyó un «salto adelante» respecto de los criterios que predominaban en el Derecho penal del período anterior. Su mérito principal fue introducir la consideración del hombre concreto en la apreciación jurídica del hecho punible, poniendo en evidencia la esterilidad de un sistema penal fundado en abstracciones idealistas y reclamando la instrumentalización de la sanción punitiva para fines sociales. La caracterizaron, además, la inserción de estas consideraciones en un sistema cuya fortaleza lógica ha prevalecido hasta ahora, y la prudencia con que evitó exagerar las consecuencias de sus puntos de partida. Así, después de un lapso históricamente breve en que las vicisitudes políticas la relegaron a un plano secundario —sin prescindir tampoco de ella por completo— su criterio ha retomado un puesto de primer rango en las concepciones penales centroeuropeas (7). Por otra parte, nunca perdió su fuerza expansiva en Latinoamérica y, aun cuando por cauces más pragmáticos, ajenos al pensamiento de Liszt y sus discípulos, se desarrolló constantemente en la práctica penal de los Estados Unidos.

Simultáneamente, sin embargo, la prevención especial es objeto de un conjunto de críticas severas, que proceden tanto de concepciones conservadoras como de corrientes liberales y radicales.

II

En primer lugar, siempre se le ha objetado que el Derecho penal preventivo especial no está en condiciones de garantizar apropiadamente los derechos del inculcado frente a los abusos de la autoridad. Si la pena se impone para resocializar al sujeto, su duración y la intensidad de sus efectos deben graduarse teniendo en cuenta ese objetivo y, por consiguiente, no pueden predeterminarse ni ser proporcionadas a la gravedad del hecho injusto cometido por el sujeto (8). Esto implica un deslizamiento hacia el «derecho penal de autor», que

(6) CLAUS ROXIN: *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, en «Problemas básicos del Derecho penal», Reus, S. A., Madrid, 1976, 3, b), pp. 66 y ss. MANUEL DE RIVACOBRA: *Franz von Liszt y el «Problema de Marburgo»*, prólogo a la *op. cit.* de Liszt, p. 24.

(7) Lo destaca en forma especial y pormenorizada ROXIN: *Op. cit., passim*. Asimismo, vease JIMÉNEZ DE ASÚA: *La vuelta de von Liszt*, incluido en LISZT: *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

(8) ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal*, en «Problemas básicos del Derecho penal», *cit.*, A, II, 1, p. 16: «La idea de prevención especial tampoco posibilita

en sí no es objetable. Pero como, por otra parte, los pronósticos sobre la resocialización del afectado son inseguros —y hasta el concepto mismo de la resocialización es impreciso (9)— en la práctica todo ello se presta para arbitrariedades: si se quiere evitar que los disidentes se reincorporen a la convivencia y creen problemas a quienes detentan el poder, basta con declarar que no se encuentran preparados para hacerlo o, simplemente, que son irrecuperables. Dado que no existen patrones objetivos firmes con los cuales contrastar esas decisiones, tampoco puede impugnárselas con perspectivas de éxito (10).

También es clásica la crítica de que en el caso de delitos «irrepetibles» la teoría de la prevención especial no puede justificar la imposición de una pena y debería abstenerse de ella. Cuando un delincuente especializado en robos con escalamiento cae de un muro y queda inválido después de cometer muchos de esos delitos, resultaría absurdo someterlo a una pena resocializadora, pues, atendidas las circunstancias, ya no podrá reincidir en los hechos punibles que solía perpetrar (11). Como ejemplo espectacular se cita el de los grandes criminales de guerra nacionalsocialistas. Cuando ellos lograron eludir en principio la persecución penal, se transformaron en pacíficos e inofensivos ciudadanos; y como, por otra parte, no existía posibilidad de que recuperaran el poder y pudieran cometer otra vez las atrocidades de que se los acusaba, era injustificado imponerles una sanción resocializadora que ya resultaba inútil (12).

Esta última objeción presupone, en verdad, una posición favorable a la función retributiva de la pena. Desde ella apela al escándalo social que implicaría la impunidad de los autores en las situaciones descritas. Pero es realista, pues es cierto que prescindir de la pena en tales casos conmovría desfavorablemente a la opinión pública, debido, precisamente, a que éste reacciona frente al delito con una mentalidad que se enraza en criterios vindicativos, y a partir de ellos exige retribución.

En todo caso, la teoría de la prevención especial retrocedió frente a estos reparos, sobre todo, después de que los autoritarismos le tomaron la palabra, asilándose en sus concepciones para perseguir a quienes se les oponían y cometer todo género de tropelías. La reac-

delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida».

(9) WINFRIED HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, 26, II, p. 355.

(10) ROXIN: *Op. y loc. cit.*, nota 8.

(11) Véase un ejemplo semejante en ROXIN: *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, 1.ª parte, III, p. 41.

(12) ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., A, II, 2, p. 16.

ción la indujo a una especie de compromiso con las otras teorías de la pena, en particular la retributiva. De acuerdo con esa solución, la pena debe ser proporcionada al injusto de cada delito, y su determinación en el caso concreto se efectúa de acuerdo a la culpabilidad (reprochabilidad) del autor. La prevención especial tiene lugar durante el período de ejecución de la sanción —especialmente, la privativa de libertad— y a través de un sistema de medidas alternativas (medidas de seguridad y protección) sin carácter punitivo, lo que ha dado origen a un «derecho penal de doble vía» (13). Pero tampoco esta fórmula de arreglo ha quedado a salvo de objeciones.

Por de pronto, las críticas afectan a las medidas de seguridad y corrección. Algunas de ellas, que implican privación de la libertad, no se diferencian en nada de una pena y su imposición con arreglo a criterios de oportunidad se presta para abusos tan graves como los que podían cometerse con aquélla o incluso peores. Todas implican invasiones severas en la esfera de derechos del afectado que, además, se acompañan con recursos de presión perturbadores sobre la estructura de su personalidad. Los resultados obtenidos son pobres y, lo que es peor, deformantes. En la práctica las medidas se han transformado en una amenaza más temible que la pena para la libertad de los individuos, que se encuentran ante ella particularmente indefensos. La trágica realidad del tratamiento de menores y de enfermos mentales —especialmente en países no desarrollados como los nuestros— constituye por sí sola un alegato en contra de la justificación de la doble vía. El castigo y el tratamiento se han confundido pero, además, la imposición de este último carece de garantías y límites (14). Si para corregirlo se introduce en el sistema una exigencia de proporcionalidad entre la naturaleza y duración de la medida y el injusto del hecho, se produce una distorsión inexplicable desde el punto de vista de la prevención especial.

Por lo que se refiere a la posible función resocializadora de la ejecución, la experiencia demuestra que sus posibilidades de éxito son inexistentes. La privación de libertad, a la que se vincula primordialmente, es por naturaleza «desocializadora», tanto más cuando se la ejecuta en condiciones deficientes, como ocurre en la mayor parte del mundo (15). Aun prescindiendo de esto último, el encierro provoca consecuencias negativas en la personalidad del sujeto, desarraigándolo del medio y dificultando su acomodación en él. Los tratamien-

(13) Una descripción sintética y exacta del compromiso se encuentra en HANS-HEINRICH JESCHEK: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, I, 1, II, 3, p. 1.

(14) Sobre todo lo expuesto en este párrafo, véase MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, III, 4, pp. 58 y ss.

(15) Véase, en general, sobre el tema, MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, IV, pp. 89 y ss.

tos impuestos coactivamente fracasan. Los progresos efectuados por el recluso en la convivencia carcelaria no coinciden, por regla general, con los que lo habilitan para desenvolverse en el medio social libre. Para congraciarse con los integrantes de la administración penitenciaria, algunos reclusos adoptan una actitud conformista y dependiente que no es apropiada para enfrentarse a los requerimientos de la convivencia en condiciones normales, pues los individuos con esas características parecen ser particularmente proclives a la reincidencia. En todos los casos la incorporación a la subcultura carcelaria ocasiona resultados devastadores en la personalidad de los internos. Aun prescindiendo de todo esto, el solo hecho de vivir por un tiempo prolongado en espacios cerrados desarrolla en los individuos la necesidad de limitaciones espaciales que les provoca ansiedad cuando recuperan la libertad. La idea de resocializar en un establecimiento penal es, pues, una contradicción semejante a la de rehabilitar a un inválido sin permitirle abandonar su lecho. Por eso, no es extraño que las experiencias realizadas no sean fructuosas, a pesar de los esfuerzos desplegados y el dinero invertido en algunos países desarrollados. Los índices de reincidencia siguen siendo alarmantes aún entre los egresados de las instituciones penitenciarias mejor organizadas y dotadas.

Además, incluso cuando se lo relega al período de ejecución, el tratamiento resocializador puede conllevar violaciones incontrolables de los derechos del recluso. La intervención coactiva en su personalidad crea siempre el riesgo de sufrimiento terribles y puede conducir a deformaciones aún peores que las combatidas. De hecho, ni siquiera puede saberse con mediana certeza cuáles serán sus resultados y, dadas las condiciones desfavorables en que se la ejecuta, lo más probable es que sean insatisfactorios. Pero lo peor de todo es que tampoco estamos en condiciones de precisar cuál sería el objetivo deseable de la resocialización pretendida.

Esto último se vincula a objeciones más profundas presentadas contra la teoría de la prevención especial por autores de tendencias radicales, las cuales no sólo afectan a su practicabilidad, sino también a sus fundamentos. Se refieren al tipo de resocialización perseguido por la pena preventivo especial. Puesto que la sociedad está organizada de manera injusta, la resocialización a que aspira tiene por objeto obtener la adhesión conformista de quienes se rebelan contra ella a ese orden arbitrario destinado a servir los intereses de una minoría dominante. Desde este punto de vista la teoría de la prevención especial aparece como un instrumento ingenioso elaborado por la burguesía emergente de la revolución industrial para perpetuar su poder hegemónico. Los valores que se intenta reforzar con ella son aquellos en los cuales la clase privilegiada asienta su dominio sobre las mayorías sojuzgadas. La crítica alcanza, así, a los objetivos de la resocialización; por lo menos en el contexto de la sociedad capitalista burguesa, pues la mayoría de quienes sostienen este criterio abriga la

esperanza de que un cambio radical en las relaciones de producción permitiría encontrar el camino hacia la socialización auténtica de los hombres.

Puede prescindirse de las connotaciones ideológicas de la objeción, y disentirse de los supuestos científicos en que la fundan sus sostenedores ortodoxos. Aún así, conserva fuerza. Por las razones que se quiera, la sociedad en que vivimos es sumamente imperfecta y su organización está plagada de injusticias y desigualdades indefendibles (16). Es verdad, también, que muchos de los delitos consagrados por la ley atentan en contra de intereses subordinados de grupos privilegiados y se cometen generalmente por los integrantes de las clases más desfavorecidas; en cambio, se contemplan con indiferencia benevolente conductas que causan grandes daños a toda la comunidad o lesionan bienes jurídicos de primer rango, y que son perpetradas por quienes detentan poder político, económico y bélico (17). Muchos individuos que concitan el respeto y la admiración de sus conciudadanos han conquistado su posición social mediante manobras gravemente inmorales y perjudiciales para la paz social. Entretanto, las cárceles están pobladas por miserables que en toda su vida no han hurtado, robado o estafado ni siquiera lo necesario para asegurar el sustento diario, o que han expresado su rebeldía impotente en riñas de bar absurdas, en las que han herido o muerto a otros infelices como ellos. Los grandes asesinos y los violadores incontrolables son pocos y casi todos fueron deformados por las circunstancias desfavorables en que se han desarrollado sus vidas. ¿Cómo puede esta sociedad aspirar a reconquistar la adhesión de los que se rebelaron contra sus normas, coaccionándolos para que hagan suyos los valores casi indefendibles sobre los que se encuentra erigida? ¿No es la desocialización de los delincuentes una consecuencia previsible de la organización social que pretende ahora tan sólo reeducarlos en la conformidad? Las bases deterministas sobre las cuales descansa la teoría de la prevención especial, ahondan de manera insalvable esta contradicción entre la realidad y sus objetivos.

(16) Véase, entre lo más reciente, ALESSANDRE BARATTA: *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, en «Nuevo Foro Penal», núm. 34, Temis, Bogotá, 1986, pp. 421 y ss. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ: *La dimensión política del abolicionismo*, en «Nuevo Foro Penal», núm. 32, Temis, Bogotá, 1986, pp. 178 y ss. LOLITA ANIYAR DE CASTRO: *Prevención del delito y medios de comunicación: entre la vaguedad y lo imposible*, en «Derecho Penal y Criminología», vol. IX, núms. 32 y 33, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1987, pp. 115 y ss. Para una visión sintética y comprensiva consúltese MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, cit., II, 3 y ss., pp. 41 y ss.

(17) En este sentido, JUAN BUSTOS: *Estado actual de la teoría de la pena*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», Temis, Bogotá, 1982, p. 170.

III

¿Qué queda de la teoría de la prevención especial después de estas críticas? ¿Debemos renunciar a ella del todo? ¿Es el propósito de «mejorar» al que ha cometido un delito una utopía o, peor aún, una manifestación de hipocresía social que hay que desenmascarar, prescindiendo explícitamente de ella?

Aunque parezca curioso, nadie llega hasta estos límites en sus conclusiones. Algunos, aunque parecen desembarazarse de los fines preventivo especiales, los transfieren en realidad a otra función de la pena. En mi opinión, eso ocurre en parte con la concepción preventivo general positiva fundada en la motivación, elaborada por Gimbernat (18) y acogida expresamente por Muñoz Conde (19); pues si la aplicación de la sanción penal tiene por objeto motivar al sujeto —y a los otros participantes en la convivencia— para formar en él una actitud de respeto a los bienes jurídicos más importantes, ella involucra un intento de «mejorarlo» desde las valoraciones sociales vigentes. Otros suponen que la prevención especial es incumplible e indeseable en la sociedad occidental del presente, pero confían en que un cambio de sus estructuras conduciría a una situación en la que sería posible y digna de aprobación (20). Los hay para quienes el sistema punitivo en su totalidad debiera desaparecer, entre otras razones, a causa de su inutilidad comprobada para satisfacer finalidades de prevención especial (21). La mayoría se abstiene de hacer juicios radicales, contentándose con proponer correcciones y limitaciones.

¿Qué es lo que permanece de la teoría de la prevención especial y parece ponerla a salvo de ser excluida definitivamente de entre los fines de la pena? ¿Cuál es su verdad y la razón de su capacidad de supervivencia a las críticas? ¿Cuáles son sus verdaderas posibilidades de contribuir a la pacificación de la convivencia? Las reflexiones que siguen procuran dar una respuesta a estas interrogantes.

IV

Lo primero que debe intentarse para aclarar el problema es precisar algo más el concepto de *resocialización*.

(18) ENRIQUE GIMBERNAT ORDREIG: *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Temis, Bogotá, 1983, II, 2, pp. 11 y ss.

(19) MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, II, 1, pp. 32 y ss. Una visión diferente de la *prevención general positiva* presenta HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, *op. cit.*, 27, III, p. 391 y ss., pero véase la nota del traductor en pp. 393 y 394.

(20) Una exposición sobre distintos criterios que se orientan en este sentido puede encontrarse en BUSTOS: *Pena y Estado*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», *cit.*, I, pp. 113 y ss.

(21) LOUK HULSMAN: *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, traducción de Sergio Politoff, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1984, *passim*. Hay que atribuir también especial importancia al hermoso postfacio del traductor, en pp. 131 y ss.

Esta es una idea que envuelve un cierto prejuicio. En efecto, «resocializar» es «volver-a-socializar»; por consiguiente, presupone la idea de una socialización *adecuada* preexistente, y algo así como un momento en que el sujeto la ha perdido, por lo cual hay que ayudarlo a recuperarla. Visto de este modo, el concepto es incorrecto o, cuando menos, discutible.

Si entendemos por *socialización* la forma en que el individuo resuelve los problemas que le plantea la relación con los otros participantes en la convivencia y con la sociedad como un todo, es preciso aceptar que todo integrante del grupo social se encuentra socializado de alguna manera. Pero esto no significa que su modo de socialización sea *adecuado*.

La cuestión es particularmente difícil por varias razones. La primera, porque la «adecuación» implica un juicio de valor que está sometido a todas las vicisitudes consiguientes. Dentro de una misma estructura social puede no coincidir lo que unos y otros intervinientes en esa convivencia consideran como la forma apropiada de relacionarse entre sí. Pero, además, en una sociedad cualquiera coexisten estructuras sociales muy diferentes, que enjuician de manera distinta la propiedad de las relaciones de sus integrantes entre sí, de cada uno de ellos con los pertenecientes a otro conglomerado y de la estructura como un todo con las otras que en conjunto configuran esa sociedad en general. El delincuente profesional, por ejemplo —y no todos ellos por igual— está socializado de una cierta manera que puede ser la más correcta para la estructura social delictual de que forma parte, y la más criticable, no sólo para los miembros de la sociedad que permanecen fuera de cualquier grupo criminal, sino, incluso, para los que participan de otro. En los establecimientos penitenciarios esta realidad origina centros de socialización perfectamente diferenciados, que obedecen a códigos éticos contrastantes, se organizan de manera distinta y suelen enfrentarse en forma ostentosa. Pero si eso ocurre ahí, es aún más perceptible en la sociedad de los «ciudadanos honestos», en donde desde el lenguaje, la vestimenta y los hábitos sociales, hasta los intereses, las expectativas y las concepciones éticas y estéticas varían de manera sustancial.

Estos hechos, familiares para la mayoría de los criminólogos contemporáneos, demuestran que tras el error envuelto en el concepto de resocialización se esconde más que una incorrección formal. La tarea que la teoría de la prevención especial pretende confiar a la pena no es la resocialización de un sujeto que se ha «desviado» de un camino nítidamente demarcado y al cual hay que hacerlo regresar, sino una modificación total de su socialización originaria, a la que se juzga inapropiada. De acuerdo con este punto de vista el afectado

no solamente tiene que «volver al camino» del cual se apartó; debe cambiar de ruta, iniciando el viaje nuevamente; la pena penal tiene que socializarlo de una manera distinta a como lo estaba, comenzando desde el principio.

No obstante, las reservas que existen sobre el punto, puede concederse que existen unas formas básicas de socialización más adecuadas que otras y que, sin exigir al individuo acatar todos los modos de relacionarse con el grupo social impuestos por la cultura o ideología dominante, es posible y deseable obtener que respete algunos más elementales, es decir, aquellos que son vistos de manera general como *condiciones de posibilidad del vivir juntos (del convivir)*. El respeto a la vida, a la libertad y a la dignidad del hombre, la tolerancia o la solidaridad, son actitudes sociales que todos queremos encontrar en la vida comunitaria —aunque no siempre seamos capaces de observarlas ni sepamos cómo hacerlo, porque nos damos cuenta de que sin ellas el destino mismo de la humanidad es incierto. Así, pues, quizá pueda convenirse en que existe una socialización fundamental a la cual se considera apropiada uniformemente o, cuando menos, por una inmensa mayoría de los hombres. Entonces, si la teoría de la prevención especial sólo se propone obtener que el autor del delito adquiera esta socialización primaria, parecería que no se la puede objetar; e, incluso, semejante aspiración coincidiría con el principio de «ultima ratio» que actualmente es prevalente en la doctrina (22). Pero una conclusión como ésta supone una apreciación superficial del asunto.

El problema de fondo radica en que, cuando se le atribuye a la pena la finalidad de modificar la forma en que el delincuente se relaciona con la sociedad —esto es, de socializarlo correctamente— se le está transfiriendo, en el momento más inoportuno y las condiciones más inconvenientes, una responsabilidad que no sólo es inidónea para asumir, sino que, además, se sustrae de ese modo a las instituciones que verdaderamente están obligadas a cumplirla. Se deposita en la pena la función de socializar adecuadamente al autor de un delito, con la misma liviandad del padre que no supo ni quiso educar a su hijo y, cuando ya no soporta las travesuras del chico, pretende corregirlo a golpes.

(22) Así, GIMBERNAT: *Op. cit.*, II, 3, pp. 13 y ss. MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, II, A, pp. 51 y ss. ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., B, 1, pp. 21 y 22; e *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., p. 31. BUSTOS: *Pena y Estado*, cit., 2, p. 149. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal, Parte General*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1978, I, 2, pp. 20 y ss. SANTIAGO MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 124 y ss. CURY: *Derecho penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1982, I, 2, IV, p. 41, por no mencionar sino algunos.

La obtención de una socialización primaria apropiada es, en efecto, una tarea que debe ser asumida por otras instancias de control social, como las educativas, las éticas, las religiosas, las de asistencia social o las laborales. Si éstas consiguieran, ante todo, racionalizar su acción, democratizando sus expectativas y si, además, hicieran un esfuerzo serio y sostenido por cumplir su cometido con inteligencia y tolerancia, destinándole los recursos y el tiempo necesarios, es posible que obtuvieran más éxito que en el presente. Lo que ocurre en la práctica, en cambio, es que esas instancias funcionan de manera atrabiliaria y selectiva, favoreciendo intereses y estigmatizando a determinados sectores de la sociedad. Con frecuencia no son consecuentes con los modelos de conducta que favorecen explícitamente, y observan complacientes los quebrantamientos que proceden de quienes ocupan posiciones privilegiadas. En el marco de esta situación, el delito —incluso en sus formas verdaderamente graves que, por razones de «ultima ratio», debieran ser quizá las únicas a considerar— se transforma en un acto de deformación, ignorancia o rebeldía consciente o inconsciente, en la cual la co-responsabilidad de la propia sociedad se encuentra actualmente reconocida por casi todo el mundo. La de-socialización, entendida como socialización primaria defectuosa, se presenta entonces como una consecuencia de la ineptitud y desorientación de las instancias de control social distintas de la pena para evitarla, y el acto criminal como un fracaso de la organización social justa y liberadora a la cual todos tienen derecho a aspirar. En tales circunstancias constituye una utopía —por decir lo menos— pretender que la pena asuma la función de realizar la tarea que los restantes instrumentos de socialización fueron incapaces de cumplir.

Esto último parece claro si se considera que, como quiera se la conciba, la pena es una reacción social que implica el empleo de *violencia* para irrumpir en la esfera de derechos del afectado por ella (23). Ahora bien, la violencia no es un recurso socializador apropiado y, sobre todo, no para obtener una socialización primaria fundada en valores como la tolerancia, la solidaridad y los otros cuyo papel primordial hemos destacado más arriba. La teoría de la prevención especial intenta soslayar esta realidad mediante la proposición de sustituir las penas y, principalmente, sus formas de ejecución, por otras a las que atribuye cierta eficacia modeladora de la personalidad del sujeto. Pero, aparte de que las metas perseguidas son sospechosas, porque se orientan a eliminar los *síntomas incómodos* para la cultura dominante, con eso sólo se oculta la coactividad de los procedimientos que se están empleando, la segregación y estigmatización que implican y el sufrimiento que consiguientemente provocan. Por esto, la asignación a la pena de tales cometidos termina causando la impre-

(23) MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, cit., I, pp. 14 y 15.

sión de ser sólo una manera mediante la cual la sociedad se libera de los sentimientos de culpabilidad que le provoca la evidencia de su fracaso y de la responsabilidad que le cabe en él.

Un análisis desapasionado de esta situación lleva a concluir que la pena, por su naturaleza, las circunstancias y el momento en que se la llama a intervenir, sólo puede tener por objetivo la prevención general; esto es, el reforzamiento de la vigencia de los bienes jurídicos más fundamentales, mediante la amenaza efectiva de una irrupción en la esfera de derechos básicos de quien los lesione o ponga en peligro y la realización efectiva de esa amenaza cuando sean infringidos la prohibición o el mandato a los que se asocia (24). Desde este punto de vista, la sanción punitiva se presenta descarnadamente como lo que es: *un mal* que el afectado siente y experimenta como tal incluso cuando se intenta morigerarlo mediante formas de ejecución con apariencia educativa o medicinal, y que con frecuencia surte más efectos desocializadores que formadores de una actitud social adecuada. Por consiguiente, un despliegue de fuerza con el cual la comunidad intenta defender las condiciones mínimas de su propia supervivencia, con postergación inocultable de los derechos del individuo sobre el cual recae. Finalmente, un procedimiento del que la convivencia precisa echar mano con el objeto de enfrentar situaciones provocadas en gran medida por ella misma, a causa de que no ha velado con la oportunidad, rectitud, generosidad y energía necesarias para asegurar una socialización primaria apropiada de todos sus integrantes.

Las cuestiones relativas a si la prevención general puede justificarse desde el punto de vista ético o político, y a su eficacia, escapan a los propósitos de esta investigación. Pero, sea cual fuere la respuesta que se les dé, no puede modificar el hecho de que la pena se comporta en realidad de esa manera y de que históricamente se la ha empleado siempre, de modo más o menos consciente, con esa finalidad. Quien quiera desembarazarse honestamente de la prevención general no tiene más remedio que renunciar a la pena como recurso para enfrentar los conflictos sociales y adoptar una concepción abolicionista (25). Esta es una solución que me parece utópica e, incluso, peligrosa (26), pero tampoco es este el lugar para discutir sobre ella. Para los objetivos que me he propuesto en este trabajo basta con subrayar que, en mi opinión, la finalidad de la pena como tal es preventivo general y, por el contrario, los fines de prevención especial contrastan irreconciliablemente con su naturaleza. Lo cual nos recon-

(24) Esta concepción llamada «positiva» de la prevención general, coincide con la expuesta por GIMBERNAT: *Op. cit.*, II, 2, pp. 11 y ss. HASSEMER: *Op. cit.*, 27, III, pp. 391 y ss.

(25) Véase *supra*, nota 21.

(26) En el mismo sentido HASSEMER: *Op. cit.*, 27, pp. 399 y 400.

duce a la interrogante inicial: ¿por qué el derecho penal contemporáneo prosigue ocupándose con tanta insistencia de algo que, aparentemente, le es ajeno?

V

Lo que ocurre es que si bien la obligación de velar por la socialización primaria de quienes participan en la convivencia no es un cometido al cual la pena pueda servir positivamente —como lo pretende la teoría de la prevención especial— constituye, en cambio, una obligación de la organización social de la que ésta no puede *desentenderse tampoco* cuando verifica que no ha conseguido asegurarla en el momento y con los instrumentos de que debió servirse para ello y tiene que recurrir a la sanción punitiva para defender las condiciones de posibilidad de su existencia. Entonces, precisamente porque la pena es un recurso *desocializador*, que conspira contra una de sus finalidades esenciales, cuando echa mano de ella por razones de prevención general el Estado democrático de Derecho debe hacerlo adoptando las mayores precauciones, con el objeto de reducir sus efectos indeseables. En este sentido, pues, *la función socializadora no es un fin de la sanción punitiva, pero la responsabilidad cautelar de la socialización constituye un límite del sistema penal en general y de la pena en especial*. En el reconocimiento de esta *misión negativa* radica, a mi juicio, lo que puede encontrarse de duradero y fecundo en los hallazgos de la teoría de la prevención especial. En efecto, ella no puede proveer a la pena de idoneidad socializadora, porque ésta es contradictoria con su naturaleza y con las circunstancias en que se la emplea; en cambio, ha mostrado —y debe mostrar todavía mucho más— lo que la pena *no debe ser* y las fronteras que *no le es legítimo sobrepasar* ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general.

De acuerdo con lo expresado, la función limitadora de la prevención especial opera en dos sentidos. *Por una parte, exige prescindir de la pena siempre que sea posible, evitando de ese modo los efectos sociales negativos que le son propios y reservándola únicamente para los casos de extrema necesidad; por la otra, requiere que aún cuando sea indispensable acudir a ella, sus formas y su modo de ejecución se conciban de manera que causen los menores perjuicios al afectado, en especial, desde el punto de vista de su socialización*. De estas premisas fundamentales derivan numerosas consecuencias prácticas de carácter político criminal. Aquí, seguramente, no es posible referirse a todas ellas, y una investigación más amplia debería ir descubriendo otras nuevas, pero vale la pena aludir a algunas que merecen ser destacadas por su importancia y porque, en la mayoría de los casos, son ya moneda corriente entre los especialistas.

a) En primer lugar, a partir de estos principios debe afirmarse, una vez más, que la pena —y, consiguientemente, el Derecho penal— es un recurso de *ultima ratio*. Un instrumento intrínsecamente desocializador como la sanción punitiva no puede ser usado para reprimir cualquier conducta molesta o disidente o, incluso, atentatoria contra los valores aceptados por la mayoría de los participantes en la convivencia, sino sólo para prevenir aquellas infracciones que ponen en peligro la subsistencia misma del grupo social. La pena no tiene por objeto obligar a todos a comportarse igual —para lo cual, además, es inidónea—, sino a conducirse de una manera que haga viable la vida en común de personas distintas, que piensan y actúan en forma diferente. Sólo cuando se cometen actos que vulneran esa posibilidad debe acudir a ella, a plena conciencia de que constituye únicamente *un mal menor* del cual, por desgracia, no podemos prescindir. La pena es un despliegue de violencia social motivado por una situación de necesidad (27) y, en consecuencia, sólo puede justificársela cuando el daño que con ella se causa es inferior al que se trata de evitar (28).

Usualmente se vincula el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal con la necesidad de revisar las incriminaciones contenidas en la legislación respectiva. Efectivamente, esa es una de sus derivaciones más importantes y aparentes. Pero también deben considerarse otras que desde el punto de vista práctico pueden resultar fecundas inmediatamente.

Así, por ejemplo, aun cuando se trata de un hecho que está incriminado y merece estarlo, la consideración preventivo-especial debe conducir en el caso concreto a reducir la pena o, incluso, a excluirla, si con ello no se deteriora su función de prevención general. Aquí cobra importancia el concepto de la *peligrosidad personal del autor*, pero precisamente en un sentido inverso al que le atribuye la teoría clásica de la prevención especial. Un diagnóstico siempre impreciso sobre la supuesta peligrosidad del autor no debe tenerse en cuenta para agravar la pena —usualmente, de manera arbitraria—. En cambio, la apreciación de que la peligrosidad del inculpado es reducida o inexistente debe militar en su favor, incluso si la prueba referente a ella es dudosa (porque eso sólo implicaría aplicar estrictamente el principio *in dubio pro reo*) (29).

(27) En la Exposición de Motivos del Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de los Profesores Socialdemócratas se dice: «Imponer la pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad dentro de una comunidad de seres incompletos como ahora son los hombres». Cfr. ROXIN: *Franz v. Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, en «Problemas básicos del Derecho penal», *cit.*, 1, p. 42.

(28) Entre nosotros, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal es reconocido también ampliamente por A. ETCHEBERRY: *Derecho penal*, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976, I, pp. 22 y ss.

(29) Claro que esto no puede llevar hasta renunciar a la pena cuando es necesaria para fines de prevención general (En el mismo sentido, ROXIN: *Sentido y límites de*

Otra consecuencia del principio de *ultima ratio* entendido en esta forma es que debe renunciarse a la imposición de la pena penal desocializadora allí donde la costumbre socialmente aprobada ha creado alternativas de control menos dañinas —y normalmente más eficaces— para cumplir la función de prevención general respecto de ciertos hechos que, en rigor, son inculminables. Hay ejemplos conocidos de estas situaciones. Las lesiones causadas durante la práctica de un deporte, incluso cuando son graves y dolosas, son mejor controladas mediante sanciones impuestas por los tribunales disciplinarios de la actividad respectiva que si se las intentara reprimir penalmente; y para el inculpadado, obviamente, esa clase de punición comporta menos riesgos de desocialización que los aparejados a la pena criminal. Lo mismo ocurre con los ataques contra la integridad corporal o el patrimonio cometidos por jóvenes imputables al interior de comunidades educacionales: la costumbre generalizada acepta, con provecho, que tales infracciones se castiguen por las autoridades del establecimiento respectivo mediante instrumentos sancionatorios *sui generis* de índole educativa. Aunque no dispongo de pruebas decisivas al respecto, existen también motivos para creer que la sanción de los fallos médicos y otros de carácter profesional es más efectiva y apropiada cuando la administran organismos gremiales que cuando se la abandona a los tribunales ordinarios de justicia. Finalmente, en esta misma idea puede encontrar incluso nuevo apoyo la transferencia de ciertas facultades punitivas a los órganos de la administración, despenalizando al mismo tiempo las conductas respectivas; pero este es un proceso que debe ser cumplido con prudencia, pues puede dar origen a abusos cuyas consecuencias serían aún más deplorables que los de la pena preventivo general.

b) Una de las contribuciones más perdurables de la teoría de la prevención especial —precisamente porque actúa de manera limitadora— ha sido su denuncia sobre los efectos desocializadores de ciertas penas. El alegato de Liszt contra las penas cortas privativas de libertad ha conducido a su abandono progresivo por la mayoría de las legislaciones. En la lucha contra la pena de muerte los argumentos de prevención especial ocupan la primera línea de ataque y, posiblemente, son responsables de su derogación en un número creciente de países. Los estudios preventivo-especiales sobre otras formas de sanciones, como las privativas de libertad de larga duración y las restrictivas de libertad, han conducido a hacer denuncias, sustitucio-

la pena estatal, cit., B, III, pp. 31 y ss.). Por esto los delitos irrepetibles también deben ser castigados. Pero conviene tener en consideración que respecto de ellos el peligro de una nueva infracción es insignificante, para morigerar la severidad de la sanción. En la práctica, esto último muchas veces no ha sido observado, porque las pasiones políticas han postergado las exigencias de humanidad. El caso de Rudolph Hess constituye un ejemplo reprochable.

nes y progresos en relación con todas ellas. Por ese mismo camino se ha llegado a un aprovechamiento mejor de ciertas penas privativas de derechos (como la suspensión o privación de la autorización para conducir) y, sobre todo, de las pecuniarias.

En muchas oportunidades estas conquistas se evalúan desdeñosamente, asegurando que no han significado logros apreciables. Pero eso se debe, precisamente, a que se las mide con el baremo de su potencialidad socializadora, invocando su incidencia insignificante en la disminución de la reincidencia; y, claro está, desde ese punto de vista resultan muy desfavorecidas. La cosa me parece diferente si las contemplamos como esfuerzos destinados únicamente a reducir los efectos negativos de la pena preventivo-general. Quizá, la supresión casi total de las penas privativas de libertad de corto tiempo no ha *contribuido* gran cosa a que no reincidan los jóvenes desviados por la educación que han recibido, la ausencia de oportunidades y, en general, la sociedad en que viven; pero seguramente ha *impedido* que muchos delincuentes ocasionales se transformen en habituales o profesionales peligrosos e irremisiblemente desocializados. No tenemos informaciones fiables sobre el aumento o disminución de la delincuencia en los países que han derogado la pena de muerte, pero podremos encontrar muchos ejemplos de hombres valiosos que, después de cometer un delito por el cual antes se los habría enviado al patíbulo, logran convertirse más tarde en ciudadanos apreciables y creadores. Los ejemplos podrían multiplicarse. Todos ellos demuestran que el combate de la teoría de la prevención especial por racionalizar las formas de castigar puede convertirse en un límite eficiente a la prevención general excesiva, aunque probablemente haya socializado a pocos.

Esto es importante destacarlo, porque lo que es riesgoso para la libertad de los ciudadanos en las pretensiones de la teoría de la prevención especial es su convicción de que puede convertir a las penas en un tratamiento «mejorador»; es decir, en un instrumento positivo de socialización. Todos los abusos de la «ideología del tratamiento» han derivado de esta perspectiva errónea. La tentación de emplear la pena en esa forma abre las puertas a la de «manipular» al condenado, irrumpiendo coactivamente en la estructura de su personalidad. Si, en cambio, se reconoce que la sanción punitiva será siempre todo lo contrario de un recurso apto para socializar, se podrá trabajar seriamente en el sentido preventivo especial, tratando solamente de disminuir sus efectos desocializadores mediante la adopción de nuevas formas de castigar.

Las observaciones precedentes son válidas también para las *medidas de seguridad y corrección*. Tales medidas fueron concebidas por la teoría de la prevención especial precisamente como instrumentos de resocialización del delincuente e, idealmente, como sustitutos de la pena. En el fondo, sin embargo, han demostrado no ser sino inge-

rencias forzadas en el círculo de sus derechos, en su educación y en su psiquis, que en muchos casos no se diferencian de una pena propiamente tal y, en algunos, producen efectos aún más devastadores que ella (30). Para colmo, como en la práctica no consiguieron reemplazar a la sanción, se han superpuesto a ella y, salvo en las legislaciones que acogen el principio vicarial, implican una exasperación inmotivada del sufrimiento infringido al delincuente, que se intenta justificar con referencias a una peligrosidad afirmada en indicios inseguros. Más aún, para nadie es un secreto que la índole de algunas medidas sobrepasó los límites de lo ético-socialmente tolerable, como ocurrió con la castración forzosa de los delinquentes sexuales «peligrosos»; asimismo, que los gobiernos totalitarios de todas las tendencias se han servido de conceptos ideologizados sobre la «temibilidad delictual» para someter a medidas segregadoras a sus adversarios políticos. En conjunto, esta situación ha conducido al desprestigio de las medidas de seguridad y corrección tradicionales. Para remediarlo, se han proyectado sistemas más elaborados pero, al mismo tiempo, tan costosos, que ni los países más desarrollados han logrado implementarlos con éxito (31).

Desde el punto de vista que expongo aquí, las medidas podrían cumplir también la función de limitar los efectos desocializadores de la pena, siempre que se las reformulara sobre bases diferentes. En principio, ellas deben constituir una *oferta de apoyo* al condenado, facultándolo para aceptarla o rechazarla libremente. Se trata de crear un *conjunto de oportunidades de auto-formación personal* y no de imponer coactivamente regímenes a los que se supone «saludables». Aún en los casos de perturbaciones patológicas clínicamente verificables, en los cuales exigencias relativas a la prevención de la integridad personal del afectado hacen indispensable un tratamiento, éste debe llevarse a cabo con la máxima prudencia y someterse a una fiscalización judicial permanente. También los profesionales de la salud deben comprender que ellos son servidores de los pacientes que han cometido hechos punibles, y no dispensadores de salud a toda costa o —lo que es igual— ejecutores omnipotentes de una «obligación de curarse». Por supuesto, en un contexto como éste la introducción del sistema vicarial es una *conditio sine qua non* del funcionamiento del sistema. Es muy posible que al reelaborarlas de acuerdo con este criterio, las medidas de seguridad y corrección realicen una función valiosa, no para el objetivo socializador que le atribuyeron sus auspiciadores clásicos, pero sí para evitar el deterioro del sujeto sometido a la pena preventivo-general.

(30) Sobre ello, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social, cit.*, V, pp. 121 y ss.

(31) Un ejemplo de esta situación lo constituyen las vicisitudes por las que ha pasado el «establecimiento de terapia social» en Alemania. Puede encontrarse información al respecto en ROXIN: *Iniciación al Derecho penal de hoy, cit.*, pp. 88 y ss.

c) También en el campo de la ejecución de la pena los esfuerzos de prevención especial pueden ser mejor orientados y valorados si se los destina a limitar los efectos negativos de la propia sanción, en lugar de intentar hacerlos cumplir, en las condiciones más desfavorables, lo que la sociedad no fue capaz de hacer por el sujeto en el momento oportuno. Es prácticamente imposible que un hombre aprenda a disponer en forma adecuada de su libertad, justamente cuando se encuentra cumpliendo una pena que lo priva de ella en mayor o menor medida. En cambio, es posible aspirar cuando menos a que esas limitaciones de su facultad de autodeterminación no lo induzcan a renunciar del todo a conducir su propia existencia, abandonándose a los avatares de la adversidad. A esto último deben encaminarse las investigaciones de prevención especial.

Si se plantea el problema desde esta perspectiva se advierte, además, que los problemas de ejecución no sólo se prestan respecto de las penas privativas de libertad, como en la práctica se piensan usualmente, sino en relación con casi todas ellas. Considérese —por sólo mencionar un ejemplo relativo a una sanción que rara vez se tiene en cuenta al discutir esta materia— en la *suspensión de la licencia para conducir* decretada en contra del conductor de un camión de carga que ha cometido un delito del tránsito cuando de desempeñaba en estado de embriaguez. Sin duda, la pena es apropiada desde el punto de vista de la prevención general, sobre todo si la duración de la suspensión impuesta es adecuada al injusto concretamente realizado y a la culpabilidad (reprochabilidad) del autor. Pero, al mismo tiempo, esa sanción provocará efectos desocializadores muy serios en el sujeto si conducir el camión era su único medio de subsistencia, como ocurre frecuentemente en situaciones semejantes. Por tal motivo, habría que estudiar alguna forma de ejecutar la pena reduciendo esas consecuencias negativas. Así, podría pensarse en extender la duración de la suspensión, pero otorgando al condenado autorización para continuar guiando su instrumento de trabajo únicamente en días y horas laborales. De esta manera se conseguiría, posiblemente, que la pena siga reforzando efectivamente en el sujeto una actitud de mayor respeto por los bienes jurídicos —puesto que de todas maneras la experimentaría como una severa limitación de su derecho a conducir otros vehículos, o cualquiera fuera de las horas de trabajo— y, al mismo tiempo, se evitaría causarle el perjuicio que puede significar para su socialización el verse privado de todo medio honesto de sustento. El ejemplo demuestra, me parece, que existe todo un campo de reflexión referente a la ejecución de las distintas formas de pena, en que un criterio limitativo fundado en consideraciones de prevención especial podría efectuar aportaciones valiosas.

VI

La exposición precedente sólo constituye una presentación muy general del punto de vista en que se basa. A partir de ella, sin embargo, creo que puede efectuarse una revalorización de las concepciones preventivo-especiales y una utilización más realista y rendidora de sus hallazgos en el futuro.

Porque el criterio que defiendiendo aquí no significa en modo alguno disminuir la significación de la prevención. Es verdad que le niega la posibilidad de alcanzar las metas más ambiciosas que le confían sus adherentes clásicos y la excluye de entre los fines de la pena. Pero, al mismo tiempo, le confiere la dignidad de cumplir funciones de garante de las libertades ciudadanas y de la dignidad humana, en lugar de constituir un peligro para ellas. La pena es un instrumento odioso del que, por desgracia, las necesidades de regulación de la convivencia no nos permite prescindir. Por eso, ocupar un sitio entre sus finalidades puede ser menos importante que constituir un correctivo y un límite de sus consecuencias dañinas.

Finalmente, no está de más señalar que las conclusiones defendidas se orientan en sentido semejante al de la teoría de la *responsabilidad* sustentada por Roxin (32) y de los criterios expuestos por Gimbernat (33) para la determinación de la necesidad de pena, puesto que en ellos se acude también a puntos de vista preventivo-especiales para delimitar en concreto el campo de lo punible. En conjunto, todo ello debe conducir a una reformulación dogmática y político-criminal del sistema de Derecho penal que haga efectiva su pretensión de convertirse, mucho más que en un medio de represión, en un recurso eficaz para la preservación de la convivencia pluralista y en una normativa cautelar de los derechos del inculpa-do.

(32) ROXIN: «Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales, en «Problemas básicos de Derecho penal», cit., esp. VI, pp. 215 y ss.; *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., pp. 24 y ss.

(33) GIMBERNAT: *Op. cit.*, II, 6, pp. 16 y ss.