

PREVENCIÓN DEL DELITO Y REDUCCIÓN DE LA VIOLENCIA

Jesús-María Silva Sánchez*

Resumen: El presente trabajo versa sobre un tema de mucha relevancia en el ámbito jurídico-penal como lo es la prevención del delito y reducción de la violencia. Empieza el autor explicando la diferencia entre la violencia que conlleva el Derecho Penal y la violencia social. Posteriormente el autor pasa a analizar una serie de interrogantes, donde se pone principal atención- de todas las respuestas- en la violencia propia del Derecho Penal como mecanismo para hacer frente a la violencia social a través de mecanismos de prevención que responden a la función preventiva de la pena; pero además de se hace referencia a la función restabilizadora de la misma, ambos como elementos de la orientación social.

Palabras clave: Violencia propia del Derecho Penal; Violencia Social; Función preventiva del delito; orientación social.

SUMARIO: Introducción. I. ¿Por qué prohibir y castigar cuando podríamos impedir? II. ¿Por qué no basta con el Derecho civil? III. ¿Previene la mera incriminación? IV. ¿Por qué es útil la distinción de normas primarias y normas secundarias? V. ¿Podría bastar con el proceso y el pronunciamiento de la condena? VI. ¿Qué añade a lo anterior la efectiva imposición y ejecución de la pena? VII. ¿Hay que ejecutar siempre las penas privativas de libertad? VIII. ¿Y por qué no perdonar?

Introducción

Sólo desde una perspectiva idealista extrema es posible negar (o dejar de lado) la relevancia teórica del hecho de que el Derecho penal conlleva el recurso a la violencia (denominada “coacción”). Esta violencia únicamente puede legitimarse como un mal menor. Ahora bien, sólo una perspectiva empirista extrema¹ podría ignorar la diferente naturaleza de la violencia propia del derecho penal (esa “coacción”) y de la violencia a la que éste trata de hacer frente. Mientras que esta última constituye únicamente un mal, en la coacción penal, sin dejar de constatarse obviamente también un mal, se da un elemento positivo: precisamente, el de reafirmar en términos formales el orden conmovido por la violencia social. Ello determina la aparición de un factor de

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra.

¹ Utilitarista, por ejemplo.

modificación, que impide situar en un plano de igualdad ambas formas de violencia a la hora de compararlas y optar por el mal menor. Sentada esta observación, ciertamente sustancial, sólo si la violencia que conlleva el Derecho penal resulta socialmente más tolerable que la que se produciría si se renunciara a éste, cabrá sostener su legitimación. El ideal viene dado por la reducción progresiva de la violencia jurídico-penal sin el correlativo incremento de la violencia social².

Por “violencia social” no debe entenderse sólo la producción efectiva de lesiones, sino también la alteración forzada de los planes ordinarios de vida, la reducción de los espacios de libertad de acción, así como la desorientación y la inseguridad real -e incluso representada- de las personas. Esta última merece especial atención, pues su ubicación en el plano de las representaciones permite de modo especial su reducción también mediante instrumentos expresivos.

La violencia del Derecho penal (especialmente, pero no sólo, la del Derecho penal de la privación de libertad) es superior a la de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. Por tanto, un análisis de la legitimidad de la violencia penal en un contexto de reducción de la violencia social general obliga a plantearse la hipótesis de la renuncia a dicha violencia penal y la consideración de sus alternativas. Al hacerlo, conviene tener presente que la peculiar potencialidad del Derecho penal radica por un lado en su fuerza fáctica (la pena que puede imponerse y ejecutarse), pero también, incluso previamente, en su fuerza comunicativa (expresiva, estigmatizante). Esta última deriva de su clásica vinculación con cuestiones de vida y muerte, así como de su peculiar iconografía (probablemente también condicionada por lo anterior).

La función específica del Derecho penal determina la existencia de un elevado grado de condicionamiento social a la hora de tomar la decisión acerca de qué conductas deberían ser criminalizadas por el Estado³. El Derecho penal, en efecto, debe ante todo producir paz social. Entre otras cosas, ello significa eliminar situaciones de venganza privada. Por tanto, el Derecho penal no puede mantenerse muy distante de los mecanismos ordinarios de valoración e imputación social. Así se genera un complejo proceso de racionalización jurídica de instituciones sociales en las que se entremezcla lo racional y lo irracional, lo que necesariamente ha de provocar tensiones.

A este respecto, es relativamente común requerir que la intervención del Derecho penal se asocie a la apreciación de que el hecho frente al que se reacciona es un delito en sentido material. Las diversas teorías que se sostienen al respecto coinciden, según creo, en admitir *prima facie* que son delitos en sentido material aquellas conductas cuya exclusión del ámbito del Derecho penal produciría más violencia social total que la que resulta de la intervención del Derecho penal. La diferencia entre ellas radica en la diversa valoración de la violencia penal y de la violencia social total y, por tanto, la discrepancia en cuanto a los casos en que la renuncia al Derecho penal produciría una mayor o menor violencia social.

² Cfr. ya *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª edic., Buenos Aires/Montevideo 2010, pp. 291 y ss., con referencias.

³ Seguramente, la obra más importante sobre la materia es la de *Feinberg*, que, como indica el propio autor, parte de esa cuestión: *What sorts of conduct may the state rightly make criminal?*. *Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law: Volume One. Harm to Others, Oxford 1984; Volume Two. Offense to Others, Oxford 1985; Volume Three. Harm to Self, Oxford 1986; Volume Four. Harmless Wrongdoing, Oxford 1990.

Ahora bien, ya se ha apuntado que existen otros medios, alternativos al Derecho penal, que pueden incidir de modo relevante en la reducción de la violencia social. Entonces, si “*el castigo (de otros) es un medio, pero sólo uno entre otros, de asegurar a cada persona que puede razonablemente hacer lo que señala la ley*”⁴, la pregunta es por qué no recurrir a alguno de esos otros instrumentos.

Es sabido que existen medios de prevención *fácticos-instrumentales* y medios de prevención *comunicativos*. Los primeros pretenden evitar el mal mediante mecanismos *causales*, impidiendo la propia posibilidad física de realización del hecho o neutralizando sus efectos lesivos. Los segundos pretenden prevenirlo mediante mecanismos *motivacionales*, esto es, influyendo sobre el proceso deliberativo que podría concluir en la decisión de ejecutar el hecho lesivo. Así las cosas, se plantea la cuestión de por qué no acudir a los primeros.

I. ¿Por qué prohibir y castigar cuando podríamos impedir?

Para responder a este interrogante, es importante determinar con base en qué criterio podría adoptarse la decisión de impedir físicamente la propia decisión delictiva - allí donde dicho impedimento fuera posible-. Parece claro que la decisión de impedir algo (no puedes físicamente hacerlo: *Du kannst nicht!*) requiere algún elemento de legitimación adicional al de simplemente prohibirlo en sentido fuerte (no debes hacerlo: *Du sollst nicht!*) o débil (no hagas esto *si* no quieres sufrir una sanción). Impedir algo por medios fácticos reduce más la libertad que el prohibirlo⁵, de modo que será necesario legitimar dicha restricción desde el punto de vista de los costes/beneficios de la libertad de acción⁶. Además, la decisión por el Derecho, en lugar de sólo por el control, conlleva una contribución al refuerzo de la relación de reconocimiento recíproco. En fin, y dejando lo anterior al margen, los modelos causales, que privan al autor de la posibilidad de hacer o no hacer⁷, renunciando a la comunicación, muestran consecuencias criminológicas que en absoluto son siempre las más deseables⁸.

⁴ Estos son los elementos de principio sobre los que se asienta una teoría de la "fairness" como fundamento del Derecho penal en *M. Davis*, *How much Punishment does a Bad Samaritan deserve?*, *Law and Philosophy* 1996-2, pp. 93 y ss., 106.

⁵ Lo que, a la vez, introduce un obvio elemento de riesgo para la sociedad. Cfr. *Hart*, *Introducción a los principios de la pena* (trad. Betegón), en Betegón/de Páramo (ed.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Madrid 1990, pp. 176 y ss.

⁶ Cfr. mi crítica a la posición de Steinert en *Silva Sánchez*, *Aproximación*, p. 352 y nota 89.

⁷ *Roxin*, *El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo*, en *Dogmática penal y política criminal* (trad. Abanto Vásquez), Lima 1998, pp. 435 y ss., 444: “¿Tiene, entonces, una perspectiva realista la divisa 'menos Derecho penal gracias a una total vigilancia'? No sólo los críticos de la cultura, sino también muchos penalistas suponen esto y no ven en ello una mejora social, sino una amenaza a la libertad ciudadana que debe ser rechazada”.

⁸ Cfr., sobre la cuestión, por ejemplo, *Rengier*, *Kriminologische Folgen der Bekämpfung des Bankraubs durch technische Prävention*, *MschKrim* 1985, pp. 104 y ss. En particular, pone de relieve cómo la utilización, por parte de los bancos, de medios electrónicos de protección puede haber producido, además de consecuencias de desistimiento, otras de diversificación delictiva y, en fin, un efecto de cualificación (*Eskalationseffekt*, pp. 108 y ss.), a través del incremento de actos de toma de rehenes o de ataque a los transportes de dinero, lo que resulta mucho más peligroso (también se detecta un incremento de la brutalidad).

Frente a los medios de prevención fáctica, la prevención comunicativa tiene lugar, como se ha indicado, mediante la motivación de las personas, es decir, mediante el intento de disuadirlas de la realización de conductas que se consideran lesivas para el grupo de que se trate o de convencerlas de la realización de conductas positivas para dicho grupo. Este intento de persuasión se manifiesta, por una parte, en la *información acerca de las razones* que determinan que dichas conductas den lugar, respectivamente, a hechos socialmente lesivos o bien a hechos positivos. Por otra parte, en el *anuncio de las consecuencias* negativas que recaerían sobre el sujeto si éste decidiera llevar a cabo tales conductas lesivas; o de las consecuencias favorables que incidirían sobre el sujeto si éste realizara alguna de las conductas positivas. En el caso de la prevención por normas, a la exposición de las *razones* por las que la conducta se entiende lesiva⁹, se añaden dos elementos adicionales: se le indica al sujeto que su *deber* es no realizar dicha conducta y se le *ordena* no llevarla a cabo.

Ahora bien, cabe imaginar una estructura distinta para la prevención jurídica.

II. ¿Por qué no basta con el Derecho civil?

El aseguramiento de las normas elementales de una comunidad no es cuestión específica de la pena, sino de todo el Derecho y, más aún, de la propia comunidad¹⁰. Ni la prevención general negativa, ni desde luego la prevención general positiva constituyen finalidades específicas del Derecho penal (se pueden advertir también en el Derecho civil o administrativo). En lo que se refiere a esto último, está claro que la existencia de una consecuencia jurídico-civil puede expresar la desaprobación del comportamiento y reafirmar la norma¹¹; y lo mismo cabe afirmar a propósito del Derecho administrativo sancionador. De hecho, ni más ni menos que *Jhering*, al subrayar la relación entre la existencia de penas y el grado de desarrollo cultural alcanzado en una determinada sociedad¹², había llegado a la conclusión de que la historia de la pena es la de su progresiva extinción¹³. A su juicio, la pena es, en efecto, „*expresión de un sentimiento jurídico irritado*” que sirve más al deseo de venganza del sujeto que a la idea de Derecho¹⁴. De este modo, el crecimiento de la idea de Derecho y la madurez de las naciones conllevaría la extinción de las penas, pues sólo la superación de la pena mediante el resarcimiento del daño sería expresión de que una sociedad se

⁹ *Razones deontológicas* vinculadas al contenido en sí de la norma jurídica y, también, al hecho de que se trate de una norma jurídica, esto es, rodeada de un consenso cualificado y formalizado; y *razones consecuencialistas*, relativas a los efectos que se derivarían para la sociedad de la realización de la conducta contraria a la norma.

¹⁰ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin/New York 1995, p. 13. En esta misma línea, Esser y Weyers (citados *apud Salvador/Castiñeira*, Prevenir y castigar, Madrid 1997, p. 111), que indican que el restablecimiento del orden jurídico alterado por la comisión del ilícito no es particularidad alguna del Derecho de daños, sino algo consustancial a todo el ordenamiento jurídico.

¹¹ *Jahn*, Wiedergutmachung und Integrationsprävention: an den Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Strafrechts, Rechtslehre 1/1996, pp. 65 y ss., 70.

¹² *Jhering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift, Giessen 1867, p. 2.

¹³ Importa señalar que lo hace pensando en la justicia civil y, en concreto, en las “penas civiles” (o privadas) del Derecho romano. Pero intuyendo que ello es válido para el propio Derecho penal, aunque dejando esta cuestión abierta a la consideración del homenajeado M.J. Birnbaum, a quien se dedica la obra: Das Schuldmoment, p. 68.

¹⁴ *Jhering*, Das Schuldmoment, p. 4.

toma en serio la idea de un “*manejo desapasionado del Derecho*”¹⁵. En este mismo sentido se ha señalado en nuestro tiempo que la innegable contribución de la reparación del daño (*Schadensersatz*) al aseguramiento de la confianza en el Derecho y el propio principio de subsidiariedad abonan la prioridad del Derecho civil en el (mal) denominado “control social”¹⁶.

La cuestión básica es determinar, por tanto, qué normas necesitan, para su estabilización, la imposición de una pena. Sin embargo, como es sabido, en general ésta no se contesta sino mediante expresiones demasiado vagas¹⁷. Son desde luego muchos los criterios apuntados: la dualidad entre la mera afectación de lo privado y la adicional afectación de lo público; el tipo de daño causado; los criterios de eficiencia; etc.¹⁸.

Un modelo especialmente interesante -pues, a mi juicio, tiene sustancialmente que ver con consideraciones que entre nosotros denominaríamos de “prevención general positiva”- es el de *Nozick*¹⁹. En efecto, en opinión de este autor, si bien el “Estado mínimo” habría de conformarse, por regla general, con la reparación (compensación completa) como medio de reacción, habría dos clases de acciones para las que ésta no sería una respuesta adecuada²⁰: aquéllas en las que se produce una lesión personal y, más en general, aquéllas que producen un miedo general (*general fear*). Hay, ciertamente, una serie de acciones, en particular aquéllas que conllevan una lesión personal, cuya producción es temida por la gente incluso aunque sepa que obtendría una compensación integral si se produjera tal lesión: “*Los daños públicos son aquellos a los que las personas les tienen miedo, aun cuando sepan que serán compensadas por completo si el daño ocurre*”²¹.

El problema del planteamiento de *Nozick* es, más bien, de compatibilidad de su propuesta con su teoría general libertaria (que reduce el ilícito a la violación de derechos subjetivos), pues habría hechos que producirían ese miedo y no serían susceptibles de ser catalogados como tales violaciones de derechos subjetivos. En todo caso, sin embargo, es evidente que el miedo constituye un factor fundamental en la interacción social: “*La interacción social depende de la predecibilidad de la conducta de los otros y de los sentimientos de seguridad. Un temor constante puede determinar que un individuo evite todas las interacciones sociales que no son absolutamente necesarias para su supervivencia, empobreciendo su vida al privarla de relaciones humanas. Sin una expectativa segura de que los demás se abstendrán de las acciones que teme, un individuo carece del grado de autonomía necesario para el enriquecimiento social*”²². Todo ello tiene que ver con la estabilización de expectativas y con la visión del Derecho

¹⁵ *Jhering*, Das Schuldmoment, p. 67.

¹⁶ *Frehsee*, Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, KrimJ 1986, pp. 105 y ss., 111.

¹⁷ *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt 1994, pp. 145-146, aludiendo a que ello depende de la concreta configuración de la sociedad y del acuerdo normativo que tenga lugar en ella.

¹⁸ Una descripción general en *Drane/ Neal*, On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction, en California Law Review 1980, pp. 398 y ss., 402 y ss.

¹⁹ En su conocido libro *Anarquía, Estado y Utopía* (1974; trad. esp. Tamayo, México 1988).

²⁰ *Nozick*, *Anarquía*, pp. 71 y ss.

²¹ *Nozick*, *Anarquía* p. 74. Ello, dejando aparte que un sistema que permite traspasar los límites con tal de que se pague una indemnización conlleva la utilización de las personas como medios.

²² *Drane/ Neal*, California Law Review 1980, p. 416.

como elemento de orientación social²³. Con base en esta pretensión se justifica la criminalización de conductas.

III. ¿Previene la mera incriminación?

La mera incriminación produce un efecto de prevención disuasoria, que aparece integrado por dos elementos. Por un lado, por el incremento de los costes de la decisión delictiva que se anuncia a un individuo que razone en términos egoístas-económicos. Por otro lado, por la comunicación de la reprobación moral del delito en cuestión (motivación por el significado de incluir un determinado hecho en el ámbito de lo punible, esto es, de lo que muestra una gravedad cualificada)²⁴. Esta es la denominada *función expresiva* de la norma penal²⁵.

En el Derecho penal como medio de prevención comunicativa ambos aspectos son muy relevantes. El primero, porque en toda decisión delictiva existe, en cierta medida, un cálculo de costes y beneficios. El segundo, porque pone de relieve que las normas penales no son condicionadas (como una norma técnica, por ejemplo), sino incondicionadas. Su mensaje no es, por tanto: “Si no quieres ir a la cárcel no mates”, sino que es “No debes matar”. Esta vía pasa, naturalmente, por las convicciones morales y la internalización de los contenidos de las normas²⁶. Así se constituye la dimensión positiva de la prevención disuasoria y la que, en mayor medida, permite distinguir al Derecho penal del Derecho tributario: pues ella pone de relieve que no sólo se trata de que el comportamiento delictivo puede salir caro, sino que no “debe” realizarse²⁷.

Pero también las garantías político-criminales, en cuanto determinan una percepción del castigo impuesto como “justo”, pueden contribuir a la prevención

²³ Una perspectiva distinta en *Frehsee*, KrimJ 1986, p. 106, para quien el Derecho penal podría reservarse a ilícitos contra bienes colectivos cometidos por poderosos, mientras que los casos afectación privada podrían resolverse al margen de aquél; en apoyo de cuya tesis cita el propio sentido histórico de la separación entre Derecho público y privado (sanción de la alta traición, etc., ilícitos contra el Estado)

²⁴ Con base en esta idea, distingue *Feinberg* entre “*penalties*” (genus) y “*punishment*” (species). Este último tendría una “*expressive function*” o, en otras palabras, “*a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties*”: *Feinberg*, *The Expressive Function of Punishment*, en su *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970, pp. 95 y ss., 98. Muy similar, *Eusebi*, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, en Picotti (ed.), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova 1998, pp. 61 y ss., 75: “*Non è dunque dall’entità quantitativa delle conseguenze negative previste per la commissione di un reato che possono attendersi automatici effetti di prevenzione; significative appaiono piuttosto la qualifica di illecità penale di un certo comportamento, che segnala l’importanza particolare attribuita all’intento preventivo di determinate condotte, e la strategia complessiva di intervento, di tipo penale ma anche di tipo extrapenale*”.

²⁵ Cfr. *Duff*, *Trials and Punishments*, Cambridge 1986, pp. 233 y ss., donde se señala que esta concepción es retribucionista, pero que “*it differs from other kinds of retributivist account in ascribing a forward-looking purpose to punishment*”, si bien “*this is not, however, a consequentialist purpose*” (p. 234). El problema que debe resolverse desde esta perspectiva es el de la relación entre el “*expressive punishment*” y la causación de sufrimiento (físico) o, en otras palabras, por qué el aspecto comunicativo ha de vincularse al padecimiento por el autor de un sufrimiento adicional al de la comunicación en sí.

²⁶ Esto no implica la aceptación, sin más, de la dudosa hipótesis de que cualquier norma tenga necesariamente un contenido moral positivo, pero sí al menos el reconocimiento de que toda norma legítimamente promulgada incorpora un cierto valor añadido.

²⁷ Cfr. *Schünemann*, *Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell*, en *Schünemann/ Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Köln etc. 2000, pp. 1 y ss., 1, 3.

comunicativa. Ello, en el siguiente sentido. Un castigo sentido como justo es esencial para producir en el sujeto un “*acknowledgment of shame*” (reconocimiento de la vergüenza)²⁸; algo que se halla en la base de la pretensión disuasoria²⁹. En cambio, un castigo sentido como injusto (con la consiguiente vergüenza no reconocida) puede invitar al desafío (*defiance*) y a una correlativa manifestación de “orgullo” que puede llevar a incrementar el delito en el futuro. Esto, ciertamente, puede neutralizarse con un incremento de las sanciones. Pero lo señalado permite comprobar cómo la justicia y el respeto al potencial infractor pueden tener como efecto niveles similares de disuasión que los que se derivarían del incremento de las sanciones³⁰.

IV. ¿Por qué es útil la distinción de normas primarias y normas secundarias?

La diferenciación entre normas de conducta y normas de sanción (o de decisión) es de suma importancia a la hora de articular una prevención orientada a la reducción de la violencia. Entre otras dimensiones que ahora no interesan, tal distinción tiene un sentido político-criminal, en la medida en que la separación (de “*acoustic separation*” se habla por algunos) entre ambas permite que la adopción de eventuales *medidas de tolerancia* en el ámbito de las segundas no coarte de modo relevante el alcance preventivo de las primeras³¹. Expresado de otro modo: permite mantener el nivel de prevención (afirmando qué es lo injusto, lo contrario a normas de conducta), al tiempo que disminuye el nivel de sufrimiento (mediante el amplio reconocimiento de excusas, o de causas de exclusión de la punibilidad).

Ello tiene que ver con lo que se denomina “*selective transmission*” (o parcial desconocimiento) entre los ciudadanos en general del conjunto de cuestiones relativas al modo de operar de la norma secundaria o de sanción (regla de decisión)³², que se dirige en primera instancia sólo a los funcionarios judiciales. En cambio, a propósito de la norma de conducta sí sería necesario el máximo conocimiento (pues mediante ésta se delimita el ámbito de lo prohibido y lo permitido).

²⁸ Cfr. el trabajo más significativo sobre esto en *Braithwaite, Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge 1989. Una valoración matizada del efecto de vergüenza en *Levi, Shaming and the Regulation of Fraud and Business “Misconduct”: Some Preliminary Explanations*, en Karstedt/ Bussmann (ed.), *Social Dynamics of Crime and Control. New Theories for a World in Transition*, Oxford/ Portland (Or.) 2000, pp. 117 y ss., 131.

²⁹ Por eso, quizá no debiera haberse prescindido radicalmente de una pena como la “reprensión pública”, antiguamente existente en España, cuyo sentido se agotaba precisamente en la reafirmación pública del valor de la norma vulnerada por la infracción (en la descalificación del infractor). En el ámbito del Derecho penal de Inglaterra y Gales se alude a ello con el término “*denunciation*” (anuncio público): “*The denunciation model stresses the role of the criminal justice system in publicly expressing society’s condemnation. Thus sentences can be used to underline the community’s outrage at the particular offence and crime in general. Denunciation is concerned with the impact of the sentence on the community and how this in turn affects the demarcation of the moral boundaries of society. Thus by identifying what behaviour is unacceptable, societies define themselves. Under denunciation theory, sentencing is an act of official disapproval and social censure*” (*Davies/Croall/Tyrer, Criminal Justice. An Introduction to the Criminal Justice system in England and Wales. London/New York 1995*, p. 216-217).

³⁰ Cfr. sobre todo esto *Sherman, Defiance, Deterrence, and Irrelevance: a Theory of the Criminal Sanction*, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, No. 4, November 1993, pp. 445-473

³¹ Cfr. la exposición extensa de esta cuestión en *Dan-Cohen, Decision Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation in Criminal Law*, *Harvard Law Review* 97, 1984, n° 3, pp. 625 y ss.

³² *Dan-Cohen, Harvard Law Review* 97, 1984, n° 3, p. 665: “...the use of selective transmission permits the law to maintain higher degrees of both deterrence and leniency than could otherwise coexist”.

A mi juicio, este modelo no tendría, en principio, consecuencias sociales negativas³³, a diferencia de otro que mantuviera la clara vinculación entre normas de conducta y de sanción. Pues este último habría de optar por la disminución de prevención en aras de la compasión o viceversa, lo que no sería tan satisfactorio. En cambio, mediante la separación expuesta, se resuelve la tensión existente entre “*los requerimientos de la prevención del delito y los de la compasión por el individuo acusado*”, una tensión que se advierte en la “*cesura existente entre la amenaza de castigo y la decisión de cumplir tal amenaza*”³⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que la intervención del Derecho penal se produce ante el fracaso de las normas primarias. Ello abre un nuevo interrogante.

V. ¿Podría bastar con el proceso y el pronunciamiento de la condena?

El proceso penal puede entenderse como una reacción jurídico-penal en sí misma³⁵, esto es, como un elemento del sistema jurídico-penal (un instrumento de la Política criminal). Como tal, entra en juego cuando *supuestamente* (la incertidumbre es lo consustancial al proceso) se ha cometido un hecho constitutivo de delito. Se trata, pues, de algo más que de una condición necesaria para la imposición de sanciones (prueba de los hechos e interpretación del Derecho) y de ahí su gran diferencia con respecto al proceso civil: constituye un instrumento autónomo de prevención (*eigenständiges Präventionsinstrument*)³⁶.

La cuestión es si las consecuencias político-criminales que conlleva el proceso son meros *efectos colaterales* de éste, o pueden estimarse auténticos *finés*³⁷. Al respecto, es preciso distinguir aspectos. Así, por un lado, sucede que la pura incoación formal del procedimiento tiene un importante significado de estabilización de la norma jurídica vulnerada: una repercusión simbólica que, seguramente, debe ser calificada ya como un auténtico fin del proceso, junto a otros más específicamente “procesales”. Por otro lado, como se ha indicado, el proceso aparece como procedimiento de determinación de la culpabilidad del agente. Ahora bien, la determinación de la responsabilidad del sujeto (o bien su atribución a éste) constituye un fin en sí mismo³⁸, al que le corresponden

³³ Dan-Cohen, Harvard Law Review 97, 1984, nº 3, p. 671: “*The need for security of individual expectations is not a great obstacle to the use of selective transmission when decision rules are more lenient than conduct rules lead people to expect. I have already observed that in such cases no one is likely to feel “entrapped” by the law or to complain of frustrated expectations*”.

³⁴ Dan-Cohen, Harvard Law Review 97, 1984, nº 3, p. 672, 675.

³⁵ La idea puede hallarse en Burgstaller, Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts, JBl 1996, pp. 362 y ss., 363, 366. Cfr. el expresivo título de la obra de Feeley, The Process is the Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court, New York 1977, que, sin embargo, tiene por objeto el análisis de los problemas de funcionamiento de los tribunales inferiores, que como tales repercuten sobre los imputados, más que una teoría general de los aspectos punitivos del proceso.

³⁶ Hasta el punto de que para Schünemann constituye la segunda columna del Derecho penal: Schünemann, en Schünemann/ Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers, pp. 1 y ss., 6 y ss.; en términos muy críticos con la posibilidad de que la víctima aparezca como una parte más en el proceso penal, pp. 8-9

³⁷ Cfr. Walther, Mehr Publizität oder mehr Diskretion? Zu den Grundlagen und zum zeitgemässen Verständnis von Gerichtsoffentlichkeit aus straverfahrensrechtlicher Sicht, JZ 1998, pp. 1145 y ss., 1149.

³⁸ Schulz, Strukturen von Verantwortung in Recht und Moral, en Schulz (Hrsg.) Verantwortung zwischen materiales und prozeduraler Zurechnung, ARSP-Beiheft 75, 2000, pp. 175 y ss., 200-201: “*Die Feststellung von Verantwortung ist mithin Selbstzweck*”.

diversas funciones comunicativas³⁹. Para el autor imputado, este proceso contiene el mensaje de que su comportamiento desviado no es una desgracia ni producto del destino, sino que surge de un comportamiento autorresponsable, que es culpa suya. A la víctima se le comunica que ella no tiene responsabilidad alguna en lo sucedido. Y otro tanto se le dirige a la sociedad. Todo ello refuerza la vigencia de la norma.

A esta dimensión punitiva (en el sentido de estabilizadora) del proceso, cabe añadir otras dimensiones asimismo punitivas. Con respecto a éstas, debe distinguirse, probablemente, entre el proceso en sí y las derivaciones fácticas de la publicidad de aquél (estas sí, en buena medida, meros *efectos colaterales*).

La condición de imputado, como descriptiva de una situación de limitación o puesta en cuestión de la presunción de inocencia, es, en sí misma, punitiva⁴⁰. En efecto, por mucho que la presunción de inocencia alcance incluso al condenado, en tanto que la sentencia no sea firme, parece claro que aquélla va experimentando una erosión a medida que avanza el proceso⁴¹ y entra en contacto con las circunstancias que refuerzan las sospechas que recaen sobre el imputado⁴². Llegado el juicio oral, ello se intensifica de modo notorio⁴³.

Con la expresión “derivaciones fácticas”, que no serían fines del proceso, sino meros efectos (incluso no deseados) de éste, se pretende aludir a la “*poena naturalis*” que se asocia, sobre todo en personas de cierto relieve público, a la condición de imputado: fotografías, comentarios, noticias de prensa, etcétera⁴⁴. Esto, que no se neutraliza ni con una sentencia absolutoria ni con un sobreseimiento, plantea la difícil cuestión de la relación entre el proceso penal y los medios de comunicación. Los

³⁹ Cfr. *Ashworth*, Principles of Criminal Law, 2ª ed., Oxford 1995, p. 17: “A conviction may be bad enough in itself: it is a form of public censure, and many convictions (at least for non-motoring offences) make it difficult or impossible to obtain certain jobs or enter a profession”.

⁴⁰ En España, la Audiencia Provincial de Santander Secc. 1ª), en su sentencia de 15 de abril de 1999, lo indicaba así: “...es inherente e inevitable al proceso penal su carácter infamante; quien tiene que someterse a él queda, por ello, estigmatizado, lastimado en su prestigio y fama; su valor social queda entredicho”.

⁴¹ La adopción de medidas como la prisión provisional, llamadas normalmente “cautelares”, pero cuya naturaleza real es más que discutible, acrecienta este efecto: Cfr. la crítica de *Moccia*, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, Napoli 1995, p. 90; *Hassemer*, Crítica al Derecho penal de hoy (trad. Ziffer), Buenos Aires 1995, pp. 117 y ss.

⁴² Cfr. *Bottke*, Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Berlin 1995, pp. 193 y ss., 222, 327-328: “Jeder strafprozessuale Akt, der das Verfahren weiterführt, setzt Tatverdacht voraus und ist gegenkommunikativ”.

⁴³ El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 20 de julio de 2001, ponente Giménez García, señalaba: “por el carácter estigmatizante que tiene el proceso penal, el abrir juicio contra una persona supone ya el sometimiento a lo que se suele denominar “la pena de banquillo”, y por ello la instrucción se justifica por la necesidad de encontrar indicios suficientes para objetivar un “juicio de probabilidad” justificador del sometimiento de la persona inculpada a la “pena de banquillo”, sin perjuicio de que la condena sólo sea posible tras la obtención de un “juicio de certeza”. El Tribunal Constitucional español ha aludido a la “penalidad” que comporta la publicidad del juicio oral en las sentencias 186/1990 y 121/1995, entre otras.

⁴⁴ Como señala *Hassemer*, Crítica p. 83, “los informes de la prensa prematuros y provocados por las autoridades instructorias acerca de la sospecha contra una determinada persona en el procedimiento instructorio, que es percibido por la opinión pública como una precondena, y que no pueden ser retrotraídos con la información posterior acerca de la absolución”, constituyen la antítesis de la presunción de inocencia. Sobre todo si, además, se tiene en cuenta que los medios de comunicación son todo menos un informador fiel de la justicia frente a la opinión pública interesada; ello, en la medida en que informan según sus propias reglas de relevancia (p. 101).

medios, por un lado, constituyen en la actualidad el máximo exponente de la publicidad procesal y, con ello, una garantía. Pero, por otro lado, está claro que constituyen un peligro, en la medida en que den lugar a la emisión de juicios prematuros sobre el imputado, cuando no directamente falsos, o bien en la medida en que condicionen el justo desarrollo del proceso (aunque sea en beneficio del imputado⁴⁵).

En conclusión: el padecimiento del proceso y la declaración, en su caso, condenatoria con la que éste finalice pueden ser suficientes para alcanzar los fines de prevención pretendidos con un recurso limitado a la violencia. Los efectos colaterales del proceso deben ser también tenidos en cuenta.

VI. ¿Qué añade a lo anterior la efectiva imposición y ejecución de la pena?

Para la estabilización de la norma, comunicando que ésta continúa siendo pauta de conducta vinculante, bastaría con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva. Sin embargo, la aflicción efectiva, el sufrimiento o “dolor penal” adicional a la declaración de culpabilidad parecen formar parte de cualquier teoría preventiva. Ello significa, a la inversa, que para infligir legítimamente el daño de la pena al agente condenado es necesaria una fundamentación preventiva específica de este extremo⁴⁶.

Dicha fundamentación preventiva ha sido extensamente expuesta en algunos de los últimos trabajos de *Jakobs*⁴⁷. Recogiendo un punto de vista bastante generalizado entre los críticos a las fundamentaciones idealistas de la pena, este autor reconoce que “*permanece sin resolver la cuestión de por qué se elige el infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?*”⁴⁸. La respuesta es, claramente: por razones preventivas. Por expresarlo en sus propios términos: “*en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo a la delincuencia, el derecho a la libertad de movimientos no es real, se mire como se mire*”⁴⁹ no haya razones para temer). La imposición del “dolor penal”⁵⁰ tiene el

⁴⁵ Cfr. la clara configuración del problema en *Roxin*, Strafrecht und Medien, en *Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung. Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft*, München 1996, pp. 97 y ss, rechazando tanto el sobreseimiento como la sanción penal como soluciones en casos de influencia de los medios sobre el Tribunal. Roxin se inclina por la abstención del juez que vea peligrar su imparcialidad por las informaciones mediáticas, por las restricciones a la publicidad del juicio oral (impedir su retransmisión), así como por el § 353 d 3. StGB, que a su juicio debería ampliarse a las reproducciones no sólo literales, sino también de contenido, de los expedientes judiciales. Ya antes, *Roxin*, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, pp. 153 y ss. Una visión general de Derecho comparado, comentando las regulaciones de diversos países, en *Eser/Meyer (Hrsg.)*, Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren, Freiburg 1986. Favorable a la publicidad, con alguna restricción, *Walther*, JZ 1998, pp. 1145 y ss., 1151 y ss.

⁴⁶ Cfr. *von Hirsch*, The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention, en: *von Hirsch/Ashworth*, Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, Oxford 2005, pp. 13 y ss., 21 y ss.

⁴⁷ *Jakobs*, La pena como reparación del daño, en *Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá 2005, pp. 339 y ss.; *El mismo*, La pena estatal: significado y finalidad (trad. Cancio/ Feijoo), Madrid 2006. Cfr. una recensión de estas obras en *Silva Sánchez*, Del Derecho abstracto al Derecho “real”, InDret 4/ 2006, octubre 2006, Paper 377 (www.indret.com).

⁴⁸ *Jakobs*, La pena estatal, p. 135.

⁴⁹ *Jakobs*, La pena estatal, p. 139.

⁵⁰ Lo que, por su parte, *von Hirsch*, en: *von Hirsch/Ashworth*, Proportionate Sentencing, pp. 21 y ss., denomina “*hard treatment*”.

fin de producir confianza real en que algunos se abstendrán de delinquir⁵¹. Sin embargo, para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales, es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, prevención general negativa)⁵². La consecuencia está a la vista: “*la prevención general negativa -junto con otros elementos, en particular, la producción de convicción- se halla contenida en la positiva, si bien simultáneamente es limitada por ésta de modo estricto a la reparación del daño culpablemente producido*”⁵³. Esto quiere decir que no puede imponerse la pena que, siendo necesaria para intimidar a otros, se manifieste como excesiva a la vista del daño producido por el autor que la sufre (en donde debe considerarse naturalmente el daño intelectual: es decir, la inseguridad cognitiva).

VII. ¿Hay que ejecutar siempre las penas privativas de libertad?

La entidad político-criminal de la efectiva ejecución de las sanciones pone de relieve que nos hallamos ante una cuestión que, frente a lo que pudiera parecer, dista sustancialmente de ser mecánica, al modo de la ejecución de las obligaciones civiles. En mi opinión, la ejecución de la pena privativa de libertad debe ser sometida, tanto en cuanto a su procedencia o no, como en cuanto a su concreta configuración, a un cuidadoso juicio político-criminal de legitimación. Este, además, debe concebirse como autónomo con respecto a los criterios que presidieron la previsión legal y la imposición judicial de la sanción. En efecto, no es obvio que toda pena impuesta deba ser, asimismo, ejecutada⁵⁴.

Lo anterior vale obviamente sobre todo para las penas privativas de libertad y, en concreto, para la de prisión. En efecto, una vez impuesta la pena privativa de libertad, su propia inejecución podría ser absolutamente indiferente en términos político-criminales. Excluido el riesgo de reincidencia, la finalidad de prevención especial inocuidadora no haría precisa la ejecución; no siendo preciso el tratamiento resocializador, la inejecución no sólo no aparece como una opción más, sino como la única legítima ante el riesgo evidente de desocialización. Conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma (así como ratificada la confianza general en el Derecho), su inejecución en muchos casos no tendría por qué pugnar contra las exigencias de la prevención de integración. Por fin, también cabría que la inejecución no obstara a los objetivos de la prevención general negativa (o disuasoria), en la medida en que, manteniéndose vigente tanto la norma de conducta como la norma de sanción, el potencial infractor no pudiera contar con su inejecución - lo que resulta evidente-.

⁵¹ *Jakobs*, La pena estatal, p. 148.

⁵² Ello tiene paralelismos importantes en la teoría de las normas: pues se pone de relieve que el aseguramiento de expectativas requiere la existencia de directivas de conducta: *Silva Sánchez*, ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?, en su: *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires 2003, pp. 15 y ss., 26 y ss..

⁵³ *Jakobs*, La pena estatal, pp. 148-149. Cfr. ya *Mir Puig*, Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva, en su: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1994, pp. 129 y ss.

⁵⁴ En el mismo sentido, *Eusebi*, en Picotti (ed.), *La mediazione*, p. 85: “*In questo senso un'efficacia generalpreventiva può permanere perfino in casi nei quali ci si astenga dal punire una condotta che resti peraltro qualificata come penalmente illecita, sempre che ciò non nasconda un disinteresse alla sua effettiva prevenzione*”.

Así, la primera cuestión político-criminal en este ámbito no es ya la de cómo procede ejecutar una determinada sanción, sino si acaso es preciso ejecutar *materialmente* las sanciones. En otras palabras, si lo esencial en la sanción es el aspecto simbólico de la publicidad de su imposición o el aspecto aflictivo-material de su ejecución fáctica. Pues bien, si bien es cierto que parece que *en nuestro modelo social* resulta preciso todavía, en general, ejecutar materialmente las sanciones, el hecho de que el propio planteamiento de la cuestión no resulte absurdo pone de relieve la relatividad político-criminal del modo de ejecución de las sanciones. Es decir, la posibilidad de acoger un modelo de amplia flexibilidad favorable al reo en la ejecución de las sanciones, sin que ello dé lugar a consecuencias político-criminales indeseables.

Así, las formas de ejecución más aflictiva deben sustituirse por otras menos aflictivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan. Por ello, he propuesto la vigencia de un principio que debería definirse como de restricción máxima de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como de aflictividad mínima de aquéllas que deban ser finalmente ejecutadas⁵⁵.

VIII. ¿Y por qué no perdonar?

No parece que en el Derecho penal actual exista el perdón como acto gratuito (gracia) que no pretende la obtención de fines instrumentales jurídicos, sociales o políticos⁵⁶. En el caso español, ello se manifiesta, por ejemplo, en el tenor del art. 11 de la Ley de 18 de junio de 1870 que establece las reglas vigentes en España para el ejercicio de la gracia de indulto. Según éste, “*el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador*”. El perdón que se manifiesta en el indulto tiene, pues, dos posibles fundamentaciones: o se entiende como reparación de una injusticia⁵⁷, o se sostiene sobre la base de razones de utilidad.

La primera fundamentación del perdón a través del indulto se manifiesta con claridad en el art. 4.3 del Código penal vigente en España, según el cual -sorprendentemente, por cierto- el Juez o Tribunal “*...acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*”. Es decir, que en

⁵⁵ Silva Sánchez, Estudios de Derecho penal, Lima 2000, pp. 247 y ss., 255 y ss.

⁵⁶ Lo que constituye el origen de la idea de “gracia”, como pone de relieve Radbruch, Gerechtigkeit und Gnade, en su Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie, III, Heidelberg 1990, pp. 259 y ss., 263.

⁵⁷ Del ejercicio de la “gracia” se afirma que constituya una vía de legitimación adicional y externa que se suma a las demás (internas). Se la califica como válvula de seguridad que permite afrontar de modo rápido y efectivo crisis de legitimación del sistema del Derecho penal en cuanto a la imposición de la pena, sin que sea necesaria una reforma del mismo. Alguno ha aludido a que las medidas de gracia constituyen una contrarreforma del Derecho penal. Cfr., de modo general, sobre los diversos aspectos del problema, Dimoulis, Die Gnade als Symbol, KritV 1998-3, pp. 354 y ss., 367-368. En realidad, sin embargo, debe repararse en que la gracia no le corresponde al poder judicial, sino al Jefe del Estado. Con un sistema flexible de imputación habría de ser posible que en el poder judicial se resolvieran estas cuestiones. Incluida la falta de oportunidad política de la sanción, que debería quedar en el ámbito sistemático de la punibilidad.

el marco de esta primera fundamentación del indulto, éste parece expresar la constatación de una ausencia de responsabilidad y en él se pone de relieve la finalidad de corregir leyes injustas⁵⁸.

La segunda fundamentación del indulto -la utilidad- es seguramente la que mejor expresa hasta qué punto la renuncia a castigar en Derecho penal puede no ser un perdón en sentido estricto. Pues se vincula directamente a consideraciones de utilidad pública, lo que la distancia radicalmente de la idea de gracia en sentido estricto.

Por lo demás, el perdón, entendido como renuncia a la imposición de castigos merecidos, tiene su expresión fundamental en Derecho penal en cláusulas legales, de modo que en él se manifiesta un “perdón” del legislador muy distante de la gracia del soberano a persona o personas individuales. Pero este perdón está, a su vez, regido por consideraciones instrumentales, con lo que también resulta muy lejano de la idea de “gracia”.

A pesar de todo ello, quizá convendría recordar que, como ya indicaba *von Bar*, *“El injusto podría posiblemente eliminarse del mundo de una forma absolutamente distinta de lo que llamamos pena, por ejemplo, perdonándolo y haciendo bien a quien obró mal”*⁵⁹.

Sin duda, es cierto que *“el perdón absoluto, sin que la desaprobación del acto malo haya tenido alguna expresión real -aunque sólo sea la privación de la confianza previamente existente- aplicado como máxima general eliminaría la moral: pues no indicaría otra cosa que el que la conducta contraria a la moral no afecta al valor de su causante”*⁶⁰. Precisamente por ello resulta importante distinguir entre el reproche comunicativo dirigido al autor del delito y la posterior causación de dolor a éste⁶¹.

Ahora bien, el perdón que se pide y se concede, aun cuando fuera gratuito, manifestaría el hecho injusto y la responsabilidad por éste, al tiempo que los elimina. Se podría afirmar, entonces, que cumple la misma función que la pena, de modo que podrían ser perfectamente intercambiables. No en vano, en su Fenomenología del

⁵⁸ Esta fundamentación, no infrecuente, del recurso al perdón es la que determinó que *Beccaria*, Tratado de los delitos y de las penas (trad. de las Casas), Madrid 1774, le dirigiera palabras muy duras. Así: *“A medida que las penas son mas dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡ Dichosa aquella Nación en que fuesen funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un Soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en una perfecta Legislación, donde las penas fuesen suaves, y el método de juzgar arreglado y corriente”* (p. 250); o bien: *“Sean, pues, inexôrables las Leyes, é inexôrables sus executores en los casos particulares; pero sea suave, indulgente y humano el Legislador”* (p. 252-253).

⁵⁹ *von Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882 (reimpr. Aalen 1992), p. 312.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 316.

⁶¹ *“...incluso en el perdón más completo, en el sentido de que el autor no sufra como consecuencia de su hecho el menor mal especialmente pretendido, permanecería siempre sobre su carácter como consecuencia del acto malo una sombra que, cuando pretendiera la plena comunidad con nosotros, contendría una desventaja que, aunque quisiéramos, no estaríamos en condiciones de anular sin más”*: *Ibidem*, p. 317.

Espíritu, pudo señalar *Hegel* que el perdón constituye *la máxima expresión del reconocimiento recíproco*⁶².

ITA IUS ESTO

La octava edición de la Revista Ita Ius Esto se realizó gracias al auspicio de:



www.itaiusesto.com

⁶² “Höchste Stufe der wechselseitigen Anerkennung“: Citado apud *Seelmann*, Ebenen der Zurechnung, en Kaufmann/ Renzikowski, Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt 2004, pp. 85 y ss., 91.