

La lógica del sistema punitivo: modelos punitivos

Daniel Varona Gómez

PID_00202688



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. Modelo retribucionista: pena justa y proporcionada.....	7
2. Modelos preventivos: el castigo como medio de prevención de delitos.....	11
2.1. La prevención general negativa: intimidación	12
2.2. La prevención general positiva: reafirmación del derecho	15
2.3. La prevención especial negativa: incapacitación	17
2.4. La prevención especial positiva: rehabilitación	19
3. Modelo reparador.....	21
4. ¿Tiene una lógica el sistema punitivo español?.....	24
5. Criterios de valoración de los modelos punitivos.....	28
Resumen.....	32
Ejercicios de autoevaluación.....	35
Solucionario.....	37
Glosario.....	38
Bibliografía.....	39

Introducción

Hasta aquí hemos analizado los rasgos generales del sistema punitivo español y cómo ha funcionado en la práctica. En el presente módulo pretendemos avanzar en la comprensión de dicho sistema preguntándonos por su propia lógica, esto es, cuál es el fin o fines que deben guiar al legislador y al aplicador a la hora de castigar una conducta e imponer una sanción penal. Esta es, según veremos, una cuestión capital: de cuál o cuáles sean los fines perseguidos a la hora de castigar debiera depender el catálogo de sanciones disponibles y todas las prácticas de los agentes protagonistas del sistema punitivo. Por ello, como veremos, nosotros nos referiremos a los diversos fines del castigo como **modelos punitivos**, pues no estamos aquí ante una discusión filosófica sin consecuencias prácticas, sino ante la definición de estrategias punitivas concretas de reacción frente a la delincuencia.

Objetivos

En este módulo se pretenden alcanzar los objetivos siguientes:

- 1.** Conocer los diferentes modelos punitivos, identificando sus características definitorias.
- 2.** Reflexionar sobre la adecuación del sistema punitivo español a uno u otro modelo punitivo.

1. Modelo retribucionista: pena justa y proporcionada

Para una doctrina retribucionista el fin del derecho penal es expresar censura/condena por el hecho realizado. ¿Por qué se censura este hecho?: porque la persona que lo ha llevado a cabo ha vulnerado con ello el orden de justicia establecido. De esta manera, el castigo sería contemplado para los partidarios de este modelo punitivo como la respuesta merecida frente a la realización del delito.

De aquí el nombre de esta doctrina del castigo: *retribucionismo*, porque el castigo es la retribución (respuesta) justa por el hecho cometido. La función del derecho penal sería así, por medio del castigo, restablecer la justicia vulnerada por el delito. De hecho, esta es una idea tan antigua como la propia reflexión sobre el Estado, tal como puede apreciarse en el siguiente párrafo extraído de *La República* de Platón:

...se reconoce que esta justicia tiene necesidad de premio cuando se cumple, de castigo, de remuneración cuando se infringe. Cuando nuestras acciones con la justicia están conformes, hay bien en el acto humano; cuando nuestras acciones no están conformes con la justicia, hay mal en el acto que verifica el hombre. Cuando hay bien en los actos humanos, hay entonces aquella recompensa a que hace acreedor al hombre el mérito de sus acciones; cuando hay mal en el acto humano, cuando hay demérito en nuestras acciones, es indispensable que el mal quede remunerado con el mal; y si este no existiese, entonces la justicia no quedaría cumplida...

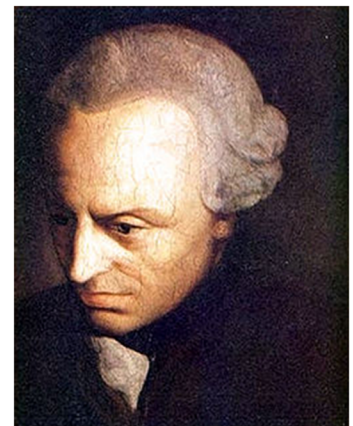
Platón

Como puede observarse, para una doctrina retribucionista la justificación del derecho penal está así básicamente orientada al pasado: se te castiga por lo que has hecho, no por lo que otros o tú hagáis o dejéis de hacer en el futuro. En este sentido, uno de los más insignes defensores de esta doctrina escribía lo siguiente:

“La pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele por la sola razón de que ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege su personalidad innata (...). Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo”.

Kant, 1797 (pág. 166)

Otro filósofo alemán, Hegel, es considerado también un defensor de esta doctrina del castigo. Así, Roxin destaca que Hegel en su obra *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* (1821) interpreta el delito como negación del derecho y la pena como negación de esta negación, esto es, como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez”, por lo que con la pena logramos



Immanuel Kant (1724-1804)

el “restablecimiento del derecho”. Para Hegel, al igual que Kant, el castigo no debe perseguir fines preventivos como la intimidación de la colectividad o la corrección del penado, pues:

“Con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro”.

Cita en Roxin, 1997 (pág. 83)

El “éxito” del modelo punitivo retribucionista tiene que ver con el hecho de que esta doctrina da cuenta de una de las intuiciones básicas del castigo (se castiga a una persona porque ha obrado mal), y además es capaz de funcionar como un claro límite a la potestad punitiva estatal. Ello porque de este modelo punitivo fluyen de forma natural dos de los principios básicos del castigo:

1) El **principio de responsabilidad** (o **culpabilidad**), según el cual, el destinatario de la pena debe considerarse responsable del mal que la pena retribuye (debe ser juzgado “digno de castigo”, decía Kant).

De aquí deriva que el retribucionismo reciba en el mundo anglosajón el nombre de *desert theory*: teoría del merecimiento, pues esta es la idea clave en esta justificación del castigo (el merecimiento).

2) El **principio de proporcionalidad**: el mal implícito en la pena debe ser proporcional al mal que ella retribuye (en este sentido se refería Kant a la famosa Ley del Talión) y al grado de responsabilidad del agente.

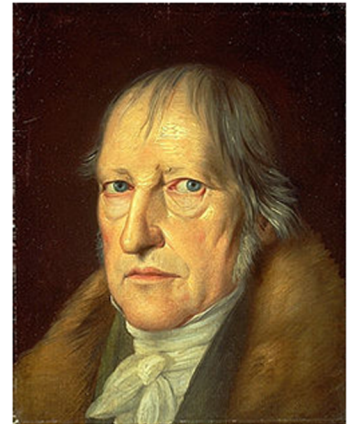
A pesar de ello, esta doctrina de justificación del castigo ha recibido numerosas críticas. Vamos a mencionar aquí las más significativas:

1) Una de las críticas más comunes al retribucionismo consiste en atribuirle un pretendido carácter metafísico o irrealizable, pues se le reprocha que “la realización de la justicia” es algo que trasciende en realidad los límites de un sistema normativo.

Así, por ejemplo, Roxin (1997, pág. 84) escribe que:

“el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello”.

En realidad, esta crítica no es acertada ya que los modernos partidarios de una teoría retribucionista o del merecimiento no se refieren a la Justicia (con mayúsculas) como fin trascendente o metafísico. Cuando se habla de restablecer el orden de justicia vulnerado por el delito se refiere con ello a un orden de justicia concreto establecido por un sistema normativo determinado. En otras palabras, el Código penal de un país representaría el orden de justicia penal concreto, que se vulneraría con la comisión del delito.



Georg Wilhelm FriedrichHegel (1770-1831)

En este sentido, en nuestra doctrina penal considera por ejemplo Cerezo (Curso, I, pág. 29) que:

“La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución. No puede concebirse, en cambio, la retribución como la compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente”.

2) Llegados a este punto se plantea una segunda crítica a este modelo punitivo: si no estamos hablando de un orden de justicia extranormativo (ideal o metafísico) sino que nos referimos simplemente a la vulneración de las leyes vigentes en un determinado sistema normativo ¿no implica entonces esta doctrina del castigo una legitimación acrítica del derecho penal existente? En otras palabras, si decimos que el castigo se justifica como una mera reafirmación de la justicia vulnerada por el delito, y a su vez definimos el orden de justicia como el plasmado en un determinado ordenamiento ¿no caemos con ello en la mera justificación formal del derecho penal? (ya que, por definición, si existe una ley penal el castigo ya estaría justificado).

Este es, efectivamente, un serio problema para el retribucionismo. Un autor partidario de una doctrina de este tipo podría plantear que esta teoría se ocupa únicamente de la justificación de la imposición del castigo en un sistema determinado y que la cuestión de la propia justificación de la prohibición penal es un problema distinto, que no concierne tanto al derecho penal como a la política-criminal (no es, en este sentido, un problema del penalista sino del legislador). Pero esta es una respuesta algo decepcionante.

Por ello, algunos autores modernos partidarios de la doctrina del merecimiento se han preocupado por buscar la base última de legitimación de la pena más allá de las normas penales y, en concreto, en la existencia de un daño susceptible de merecer un reproche o condena penal. En palabras de algunos de sus más ilustres defensores:

“Castigar a alguien consiste en imponerle una privación (un sufrimiento), porque supuestamente ha realizado un daño, en una forma tal que exprese desaprobación de la persona por su comportamiento.”

Von Hirsch, 1998 (pág. 34-35)

“...el derecho penal, siendo la forma más fuerte de censura oficial y castigo en manos de la sociedad, debería reservarse para los bienes jurídicos centrales y los daños importantes...”

Ashworth, 2003 (pág. 18)

En este sentido, pues, si el delito no implica la causación de un daño digno de represión penal, no estaría justificada la prohibición penal y por supuesto el castigo. Ahora bien, si la prohibición penal está efectivamente justificada porque sanciona la causación de un daño socialmente relevante, entonces el autor de ese daño merece ser castigado:

“Cuando se pone el acento en la censura se asume que el delito es, en algún sentido, algo dañoso y por ello merece un reproche de culpabilidad. Sin embargo, las prohibiciones penales modernas tienen un alcance más amplio e incluyen conductas que no parecen en modo alguno reprochables. Un enfoque censorador, no obstante, no tiene por qué defender tales prohibiciones (...) De hecho, considerar al derecho penal como un mecanismo censorador nos proporciona un argumento crítico: nos da razones para despenalizar una conducta que no pueda razonablemente considerarse que implique un daño de ninguna clase.”

Von Hirsch y Ashworth, 2005 (págs. 18-19)

3) Los detractores del modelo punitivo retribucionista le han cuestionado a esta doctrina de justificación que no es capaz de explicar convincentemente un elemento central del castigo, que es el consistente en la privación de derechos¹. Ello porque aunque el castigo implique la censura por el hecho realizado, no consiste solo en eso. La censura se expresa de forma concreta a través de la imposición de una privación de derechos (un *hard treatment*, esto es, un elemento punitivo). La cuestión es, ¿cómo se justifica este elemento punitivo del castigo?, ¿no es suficiente con la mera expresión de censura?

⁽¹⁾Lo que los anglosajones llaman el *hard treatment*.

La respuesta retribucionista es que el elemento punitivo del castigo es necesario para hacer creíble la censura (para que esta sea “tomada en serio”). Si la reprobación por el hecho cometido no fuera acompañada de un elemento punitivo difícilmente sería interpretada como tal por los ciudadanos.

4) ¿Puede haber castigo justo en una sociedad injusta? Otra cuestión que se le reprocha a las teorías retribucionistas o del merecimiento es que hablar de **castigo justo** en una sociedad determinada exige que podamos considerar que en dicha sociedad se dan las condiciones sociales suficientes como para poder reprochar legítimamente a una persona el comportamiento realizado. Es decir, castigo justo solo puede existir en una sociedad justa, que pueda así legítimamente reclamar de los ciudadanos el respeto a sus normas. Pero si en una determinada sociedad, los bienes y las oportunidades están muy desigualmente distribuidos, de tal manera que existe una amplia capa de la sociedad marginada y en condiciones de vida muy precarias, ¿cómo podríamos decir que el castigo que se les impone a las clases marginadas es la respuesta merecida por el hecho cometido?

5) Por último, haremos referencia también a otra clásica crítica a las teorías del merecimiento: la desconsideración de la rehabilitación del delincuente. Se le critica aquí al retribucionismo que el castigo en atención al daño cometido desatiende otros intereses básicos del castigo como la rehabilitación del delincuente. Es decir, si una persona, después de cometido el hecho, se ha rehabilitado y ya no puede considerarse una persona “peligrosa” para la convivencia, ¿aun así debe imponérsele un castigo por el hecho realizado?

2. Modelos preventivos: el castigo como medio de prevención de delitos

El modelo (o modelos) preventivo(s) del derecho penal asigna a este como función básica la prevención de delitos futuros. En este sentido, podemos apreciar ya aquí una diferencia básica con el modelo retribucionista ya que mientras este, según vimos, justifica el castigo en atención al pasado (al delito realizado), para los modelos preventivos el delito realizado puede ser presupuesto de hecho del castigo, pero de ningún modo su justificación (ya que, según dicen algunos partidarios del modelo preventivo “no se puede deshacer el daño ya causado”): su punto de mira se sitúa de este modo en el futuro (evitar la comisión de delitos futuros).

Para ilustrar esta diferencia esencial entre los modelos punitivos, podemos imaginar el caso de un homicidio. Ante este delito, a un retribucionista le preocupará saber, ante todo, quién ha cometido el delito y el castigo será contemplado como la respuesta merecida ante tal hecho. Para un partidario del modelo preventivo, el aspecto esencial del castigo no será, en cambio, el delito cometido (el “muerto”), sino la evitación de delitos futuros (que no haya más muertos). El daño cometido no se puede ya remediar, por lo que hemos de enfocar nuestros esfuerzos (diría el defensor del modelo preventivo) en que no existan más homicidios en el futuro.

Entender bien el modelo preventivo de derecho penal requiere situarlo en su contexto filosófico/ético más amplio: la doctrina utilitarista. Para una doctrina utilitarista el fin del derecho penal es aumentar o maximizar la felicidad de los ciudadanos. En palabras de uno de sus más insignes defensores:

“El objeto general que todas las leyes deben tener en común es aumentar la felicidad total de la comunidad, y, por tanto, en primer lugar excluir, tanto como fuere posible, todo aquello que tiende a disminuir la felicidad: en otras palabras, excluir el daño. Mas cualquier castigo es un daño: cualquier castigo es en sí mismo un mal. Bajo el principio de utilidad, si el castigo debe ser admitido, debe serlo solo en el caso de que el castigo consiga excluir algún mal mayor”.

Bentham, 1789 (pág. 158)

La cuestión, es, pues, la siguiente: ¿cómo puede aumentar la utilidad (felicidad) colectiva el derecho penal?: mediante la prevención de delitos (evitando delitos se protegen los bienes jurídicos de los ciudadanos). De nuevo en palabras de Bentham:

“...el fin inmediato principal de la pena es el control de la acción. Esta acción es o bien la del ofensor, o bien la de los demás: la del ofensor se controla por su influencia, o bien en su voluntad, en cuyo caso se dice que opera en la forma de reformatión; o en sus facultades físicas, en cuyo caso se dice que opera en la forma de inhabilitación. La de los demás solo puede controlarse a través de la influencia en sus voluntades, en cuyo caso se dice que opera en la forma de ejemplaridad.” (pág. 158); siendo este objetivo de la ejemplaridad el más importante. (pág. 180).

Bentham (1789)



Jeremy Bentham (1748-1832)

Como podemos observar en esta cita de Bentham, en realidad no existe una única estrategia en la prevención de delitos, sino varias. Estas diferentes estrategias o formas de funcionamiento de la prevención de delitos son las que vamos a estudiar a continuación, y las que configuran diferentes modelos preventivos.

2.1. La prevención general negativa: intimidación

Para el modelo preventivo-general negativo, el derecho penal sirve para prevenir delitos porque es contemplado por la colectividad como una amenaza (un mal), que se hará efectiva si cometen un delito. En este sentido, se considera el código penal o las leyes penales como un catálogo de amenazas dirigidas a los ciudadanos, que se abstienen así de cometer delitos por el temor de que se les aplique la sanción estipulada por la ley.

Es por ello por lo que al modelo preventivo-general se le denomina también modelo de la intimidación, ya que entiende básicamente el derecho penal como un medio de intimidación (amenaza) a los ciudadanos. De ahí también que se hable de **prevención general negativa: general** porque se dirige a toda la colectividad (no a un delincuente determinado), y **negativa** porque el medio que se utiliza para prevenir delitos es de carácter negativo, en el sentido de que no se trata de reeducar o rehabilitar al presunto delincuente, ni de convencer a la colectividad de la legitimidad de la prohibición, para que así la respeten, sino meramente de reprimir sus “instintos criminales” con el mecanismo de la coacción o amenaza.

En palabras de otro de los fundadores ilustrados de esta doctrina:

“el fin de infligir [sc. la pena, está en la] motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, en fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley.”

Feuerbach, citado en Roxin, 1997 (pág. 90)

Muchas críticas se han realizado a este modelo preventivo. Una de las más comunes es que conduce a un estado de **terror penal**, pues nada más fácil ante el aumento o continuidad del delito que el aumento de pena. Ello porque un partidario de este modelo podría fácilmente interpretar la escalada o continuidad del delito como un síntoma de que la amenaza “no es tomada en serio” por los ciudadanos, con la consiguiente tentación de aumentar la pena para así aumentar la magnitud de dicha amenaza. Ello llevaría en últimas a una escalada de penas y una sobrecriminalización.

Que esta crítica no es ninguna exageración puede comprobarse de hecho con un simple vistazo a los medios de comunicación. Ello porque es común que, cuando se verifica un (presunto) aumento de cierto tipo de delincuencia, el Gobierno de turno justifique su intención de modificar el Código penal con el



Anselm V. Feuerbach (1775-1833)

argumento de que es necesario elevar las penas para frenar dicha delincuencia, como si el origen de la misma radicara en que los delincuentes no se toman en serio la amenaza penal debido a la benignidad de la pena prevista.

Puede comprenderse ahora la tradicional crítica que se ha realizado a este modelo punitivo, enunciada ya por Hegel (véase *supra*), referente a que dicho modelo trata a las personas como perros, a los que se pretende educar y motivar con el simple mecanismo de la amenaza y el palo.

Ello nos lleva a una segunda crítica fundamental que se realiza a dicho modelo punitivo, y es aquella que subraya que la prevención general negativa tiene un concepto demasiado ingenuo de la dinámica que rige el comportamiento humano. Como hemos visto, este modelo trata en últimas a los ciudadanos como animales (algún autor crítico con esta doctrina ha dicho textualmente que trata a las personas “como tigres de circo” educados con el látigo) que solo responden a los estímulos primarios de la recompensa y el castigo, y por ello, no hay otra vía para lograr que se abstengan de cometer delitos que amenazarles con un castigo si lo cometen.

En contra de ello, se señala que la mayoría de personas no cumplen o dejan de cumplir las prohibiciones penales por el miedo a un presunto castigo, sino por otro tipo de consideraciones (básicamente, porque creen en la legitimidad del sistema y en el valor de respetar las leyes o porque tienen valores morales o una ética individual que les impide causar daños a los demás). La intimidación serviría así entonces solamente para aquellas personas que no tengan asumidos ya internamente los controles morales o sociales que son decisivos para no cometer delitos.

Una tercera (y clásica) crítica al modelo preventivo general es que no respeta la dignidad de las personas, ya que el castigo a una persona concreta no se justifica en sí mismo, sino únicamente como medio para evitar que otras personas (en el futuro) delincan. De aquí la famosa crítica de Kant (reproducida anteriormente) sobre que la doctrina utilitarista utiliza a las personas como medios para un fin. Por ello, prosigue la crítica, una doctrina utilitarista podría llegar hasta el extremo de castigar al inocente o a personas no culpables con tal de que eso fuera funcional para la prevención de delitos.

Esta crítica que apunta a la posibilidad del castigo del inocente siempre que ello sirviera para evitar delitos quizás sea exagerada. Pero lo cierto es que el modelo preventivo general negativo, sin llegar al extremo aludido, puede justificar las llamadas **penas ejemplarizantes**, esto es, castigos que vayan más allá de la pena proporcional con fin de servir de ejemplo e intimidación de la colectividad.

Relacionado con ello podemos mencionar una cuarta y última crítica a este modelo punitivo, que tiene que ver con el hecho de que (dicen los partidarios de otros modelos), la idea de la prevención general negativa no logra funda-

mentar adecuadamente los principios de culpabilidad y proporcionalidad del castigo. Como ha dicho algún autor, este modelo justifica de forma plausible por qué castigar (para evitar delitos), pero no a quién castigar. Desde el momento en que se asume que el fin del castigo es la intimidación, ciertamente estos principios básicos que, según vimos, fluyen de forma natural de un modelo retribucionista, no se deducen sin embargo tan claramente.

Ciertamente, los defensores del modelo preventivo general se afanan por defender dichos principios, negando que sea posible castigar a un inocente o castigar de forma desproporcionada los delitos. Así, ya Beccaria en su clásico *De los delitos y las penas* aludía a que la prevención de delitos será más eficaz si se respeta el principio de proporcionalidad, pues:

“No solo es interés común que no se comentan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas. (...)

Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.

Beccaria, 1774 (cap. 6)

En nuestra doctrina penal ha expresado también muy claramente esta vinculación del principio de proporcionalidad con la idea de **prevención selectiva**:

Pues si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitorio de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería por ejemplo absolutamente injustificable que se castigase más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la vida. El legislador en un caso así, no habría hecho un recto uso del medio –que con tanto cuidado hay que manejar– de la pena: estaría dando un vigor innecesario a la prohibición de lesionar la propiedad e, indirectamente, restando eficacia a la prohibición de matar sobre cuyo carácter absolutamente incondicional no debe existir ninguna duda entre los ciudadanos...

Gimbernat, 1971 (págs. 151-152)

Y por lo que respecta al principio de culpabilidad, desde la perspectiva de la prevención de daños mediante la intimidación, se ha argumentado que al derecho penal le interesa imponer la sanción solo a aquellas personas que pueden ser consideradas responsables de dichos daños. Pues el mensaje preventivo propio de toda norma penal (por ejemplo, “prohibido matar”), que se refuerza con la intimidación de la amenaza penal, solo tiene sentido dirigirlo a aquellas personas que están en condiciones de adecuar su conducta al mismo, y por tanto, que pueden evitar la realización del daño (¿qué sentido tendría una norma penal que prohibiera la causación de muertes debida a sucesos naturales como un rayo o a acciones no dominables por una persona?). Esta es, en definitiva, la defensa tradicional del principio de culpabilidad por parte de los utilitaristas, que en nuestra doctrina penal ha sido expuesta de forma clara por Gimbernat:



Cesare Beccaria 1738-1794

“Si alguien mata a otra persona casualmente, esto es: con ocasión de una conducta de la que es imprevisible que derive una muerte, ¿qué controles podría crear o reforzar la pena si ese hecho se declarase delictivo? Pues no se puede pensar en serio que la sociedad esté interesada, por ejemplo, en impedir que los pilotos, al levantar el vuelo, replieguen el tren de aterrizaje, a pesar de que alguna vez ha sucedido que con esa acción se ha causado imprevisiblemente la muerte de un polizón. Acudir en un caso (fortuito) así a la pena sería imponer un sufrimiento inútil [...]”

Gimbernat, 1971 (pág. 154)

2.2. La prevención general positiva: reafirmación del derecho

Frente al efecto meramente negativo de la prevención general (prevención de delitos mediante la intimidación o amenaza penal), esta teoría destaca que la función del derecho penal es la afirmación o estabilización de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o en fin, de una actitud de respeto por el derecho.

En suma, la pena sirve para fortalecer la lealtad normativa de los ciudadanos, porque el castigo sirve para ratificar (reafirmar) las normas frente a los delincuentes (que “niegan” su vigencia al cometer el delito) y frente a la colectividad (que al ver el castigo ve reafirmado su comportamiento respetuoso con la prohibición). En este sentido, los partidarios de esta teoría del castigo argumentan que de no castigarse la infracción de la norma, la colectividad ya no la consideraría como la pauta de comportamiento adecuada (si el sistema no reacciona ante la sistemática vulneración de una norma, esta ya no tendrá valor para la ciudadanía, por lo que la sanción penal sirve así en últimas para reafirmar la norma y ratificar a los ciudadanos en su obediencia).

Esta idea se ha utilizado para limitar los posibles excesos de la prevención general negativa (tratados anteriormente), señalándose que una justificación de la pena basada en la lealtad normativa de los ciudadanos presupone la aceptación social de la prohibición penal y del castigo. Ello, a su vez, lleva consigo que únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y, en suma, desencadenar el proceso de motivación que se desea.

De ahí, pues, que se hable de prevención general positiva: general porque se dirige igualmente a la colectividad, pero positiva porque se estima que el derecho penal contribuye a la prevención de delitos no meramente mediante la intimidación de los ciudadanos, sino a través de la reafirmación de la norma y del fortalecimiento de la lealtad al derecho.

En nuestro país puede verse un ejemplo de este pensamiento en la obra de Mir Puig:

“la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad (...) Un derecho penal democrático ha de prevenir no solo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo.”

Mir Puig, 1982 (pág. 31)

Sin embargo, llegados a este punto, esto es, cuando concluimos que el fin del derecho penal es la confirmación del orden normativo (de las expectativas generadas por las normas penales), la duda que surge es si no estamos en el mismo punto que el representado por el modelo retribucionista.

Ello puede parecer paradójico, porque hablamos aquí de **modelos preventivos**, esto es, que se remiten a los efectos futuros del castigo, y no al pasado (nota distintiva de la teoría retribucionista). Sin embargo, si se analiza cuál es el fin de la pena que, en definitiva, se propugna con el rótulo de la **prevención general positiva** en algunas de sus construcciones, parece descubrirse un retorno a las tesis de Hegel (de hecho, se ha llegado a decir que estas teorías que no son más que la vuelta a la retribución con un “tinte psico-social”, ved Pérez Manzano, 1997, pág. 77).

Así, uno de los más influyentes defensores de este modelo, el profesor alemán Jakobs, escribe lo siguiente:

“...no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma... (1995, pág. 13). La protección [sc. que la pena proporciona] tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales (...) Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar (...) se trata de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma.” (1995, pág. 18)

Con ello, como decíamos, parece que hemos vuelto a Hegel, pues en definitiva la misión del derecho penal es la reafirmación del orden jurídico. Prueba de ello es que, Lesch, discípulo de Jakobs, dé explícitamente tal paso en su monografía dedicada a la justificación de la pena:

“...la pena tiene un significado muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia. Se muestra que el autor no ha organizado el mundo de forma correcta: por ello se le retiran medios para seguir organizando.(...) (1999, pág. 48). El mal específicamente jurídico-penal de un homicidio, no es el cadáver de la víctima —ese daño es, además irreparable— sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe matar. En palabras de Hegel: “Al matar, afirma como universal que está permitido matar”. Mediante la pena se refuta esta afirmación del autor y se demuestra para todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia, y que aquel que se orienta de acuerdo con ella estará actuando correctamente, en consonancia con el derecho, así como que puede seguir amparando sus expectativas en expectativas de expectativas de terceros... La pena sirve para la estabilización de expectativas, expectativas que se pueden abrigar en la vida en sociedad; estas, en caso de defraudación, no deben decaer, sino que pueden mantenerse contrafácticamente”. (1999, pág. 49)

Según el propio Lesch (1999, pág. 50), esta teoría de la pena suele ser designada con el nombre de **prevención general positiva**, pero la denominación no es acertada, porque “no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad (...) Es [una teoría] absoluta, porque se pena *quia peccatum est* y *no ne peccetur*. Es relativa, porque esa punición no es absoluta *ab effectu*, no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad”.

En definitiva, con la alusión a los **efectos positivos** de la prevención general no resulta del todo claro a qué nos referimos, y si ello, en últimas no implica una versión moderna del modelo retribucionista.

Por otra parte, como algún autor ha señalado:

“...mientras resulta plausible aceptar que la pena desempeña al menos ciertos efectos preventivos, existen menos puntos de apoyo para afirmar que estos se producen no con la intimidación sino con el fortalecimiento de la lealtad al derecho. Sabemos muy poco acerca del grado y el modo en que la pena fortalece la autodisciplina, por lo que todo esto representa un fundamento bastante inseguro de los límites morales al derecho penal.”

Von Hirsch, 2003 (pág. 130)

2.3. La prevención especial negativa: incapacitación

Los modelos preventivos especiales ya no justifican el castigo en atención a la colectividad (los ciudadanos en general), sino en función del delincuente concreto detectado por el sistema. De lo que se trata entonces es de diseñar el castigo de forma que evite que ese delincuente ya identificado vuelva a delinquir en el futuro. ¿Cómo hacerlo?

Una primera posibilidad consiste en articular el castigo de forma que mediante el mismo se impida fácticamente que el delincuente vuelva a delinquir (por ejemplo, encerrándole). De ahí que este modelo punitivo haya recibido el nombre de **prevención especial negativa**: no se trata de rehabilitar o reeducar al delincuente, sino simplemente de evitar que delinca en el futuro (se trata de impedirle o negarle tal posibilidad). Y de aquí también que este modelo punitivo sea denominado también **modelo incapacitador** (o **inocuidador**), pues propugna como fin incapacitar al delincuente para cometer delitos en el futuro.

Así, por ejemplo, una pena incapacitadora por naturaleza sería la pena de muerte, que obviamente priva al penado de forma absoluta de la posibilidad de cometer delitos futuros. En el mismo sentido, la cadena perpetua sería igualmente fácil de justificar de acuerdo a este modelo punitivo. También se ha planteado esta necesidad incapacitadora o inocuidadora en la discusión relativa a la castración química de los delincuentes condenados por delitos contra la libertad sexual.

A pesar de los ejemplos mencionados, hay que tener en cuenta que penas menos severas pueden encajar también claramente en la filosofía del modelo punitivo incapacitador. Piénsese por ejemplo en penas como la privación del permiso de conducir en los delitos contra la seguridad del tráfico. De lo que se trata con ellas es de apartar al penado de la circulación para impedir que vuelva a cometer un delito relacionado con la seguridad vial. Ciertamente, en este caso se trata más bien de una incapacitación jurídica, y no fáctica, pues no se le impide en realidad conducir un vehículo, solo se le priva de la posibilidad de hacerlo de forma legal.

Una incapacitación fáctica en este tipo de delitos requeriría diseños punitivos más imaginativos, como por ejemplo lo que ya es posible en otros países, que es obligar a un penado por un delito de conducción bajo la influencia del alcohol a instalar en su vehículo un aparato (denominado *alcohol ignition interlock*) que exige, para poder ponerse en marcha, que el conductor se someta a una prueba de alcohol en aire expirado, de tal forma que si el aparato detecta que aquel ha bebido, el coche no puede arrancar.



Fuente: www.justdrivepa.org

Debe señalarse que el modelo incapacitador es un modelo muy influyente en la actualidad en el ámbito anglosajón, en donde se distingue entre un modelo de incapacitación general y uno basado en la incapacitación selectiva. El primero de ellos (incapacitación general) justificaría el castigo en aras de la incapacitación de cualquier tipo de delincuente, mientras que la incapacitación selectiva va dirigida únicamente a aquellos delincuentes que se consideren especialmente inclinados al delito (multirreincidentes), pues se argumenta que son precisamente estos los que el sistema tiene especial interés en “apartar de la circulación”.

Agravantes específicas para la reincidencia o multirreincidencia serían así fácilmente defendibles desde la óptica de la incapacitación selectiva, pues estamos ante delincuentes que el propio sistema penal ha identificado como proclílicos.

Un genuino ejemplo del modelo de incapacitación selectiva lo tenemos en Estados Unidos en las denominadas leyes del *Three strikes and you're out*². Son leyes que castigan la comisión del (segundo o) tercer delito de una persona con una pena muy superior a la correspondiente al delito en sí (por ejemplo, al tercer delito violento, pena de cadena perpetua).

⁽²⁾Símil extraído de la terminología del béisbol.

Puede verse un modelo concreto de este tipo de leyes en el estado norteamericano de California:

Tabla 1. Esquema de la ley de California

	Antecedentes	Delito actual	Condena obligatoria
Segundo “golpe” (<i>strike</i>)	Delito definido como violento	Cualquier delito	El doble de la condena prevista para el delito con obligación de cumplir un mínimo del 80% condena.

Fuente: Zimring; Franklin-Hawkins; Gordon-Kamin, 2001 (pág. 8).

	Antecedentes	Delito actual	Condena obligatoria
Tercer "golpe"	Delitos definidos como violentos	Cualquier delito	25 años a cadena perpetua con obligación de cumplir un mínimo de 20 años.

Fuente: Zimring; Franklin-Hawkins; Gordon-Kamin, 2001 (pág. 8).

Obviamente, las críticas a un modelo punitivo basado en la incapacitación de los delincuentes no se han hecho esperar, y básicamente subrayan que un sistema punitivo diseñado primordialmente en función de la incapacitación de los delincuentes implica un modelo draconiano de derecho penal, que difícilmente respeta los derechos de los individuos.

Ved también

Veremos más ampliamente estas cuestiones en el módulo "Modelos punitivos en acción".

2.4. La prevención especial positiva: rehabilitación

En el otro lado de la prevención especial se sitúa la doctrina de la rehabilitación. De ahí que se denomine a este modelo punitivo **prevención especial positiva**: se trata de evitar que el delincuente vuelva a cometer delitos en el futuro, pero no incapacitándolo, sino de una manera mucho más "positiva", a través de su reforma, rehabilitación o reeducación. Es decir, reintegrándolo a la sociedad en condiciones de no volver a delinquir.

En definitiva, el modelo rehabilitador:

"...parte de la premisa de que el castigo debe servir fundamentalmente como un instrumento para que la persona no vuelva a delinquir en el futuro. Para conseguir este objetivo, plantea adecuar el tipo y duración de la pena a las necesidades específicas de la persona, de manera que el castigo sea visto como una obligación de la persona de llevar a cabo, en caso necesario, una actividad dirigida a confrontar los factores que se vinculan a su actividad delictiva."

Cid, 2009 (pág. 30)

De hecho, esta ha sido siempre una de las justificaciones tradicionales del castigo: mediante la sanción penal debe tratarse de reeducar o rehabilitar al delincuente para que se abstenga de cometer delitos en el futuro (no en vano, muchas prisiones son todavía denominadas en algunos países "casas de reforma o reeducación").

Sin duda, el atractivo del modelo rehabilitador reside en la visión humana e integradora de la delincuencia, pues antes que como a un delincuente considera al que vulnera la ley penal como un conciudadano que, con ayuda del sistema, puede reintegrarse en la comunidad. No obstante, este modelo debe abordar también importantes cuestiones.

1) La primera y más obvia es cómo conseguir, a través de un castigo, rehabilitar o reeducar a una persona.

2) Un segundo interrogante hace referencia a que si convertimos la rehabilitación en el fin primordial del castigo tenemos una medida muy insegura de la pena. En otras palabras: si el castigo a una persona ha de fijarse y graduarse en

Ved también

En el módulo "Modelos punitivos en acción" veremos con más profundidad las difíciles cuestiones que ello plantea.

atención a sus necesidades de rehabilitación y no en función del delito cometido, en teoría sería posible que por delitos pocos graves una persona estuviera bajo la tutela penal de forma indeterminada (mientras no se rehabilite...), y que por delitos muy graves, personas sobre las que existiera un pronóstico favorable de rehabilitación no fueran castigados o lo fueran de forma leve.

3) Otro problema del modelo punitivo rehabilitador es que, precisamente por la indeterminación de la pena que señalábamos, desplaza el centro de gravedad del sistema punitivo de la ley a los aplicadores, y en concreto a los agentes que intervienen en la decisión y aplicación del castigo (jueces y agentes de la Administración que intervienen en la ejecución penal). ¿No supone ello debilitar la legitimidad democrática del derecho penal?

4) Y por último, dentro de las críticas que se han realizado al modelo rehabilitador, podemos hacer referencia a la cuestión relativa a con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos por el Estado. En otras palabras, ¿es una tarea legítima del Estado en un régimen democrático reeducar a sus ciudadanos mediante el uso de un instrumento coactivo como es el derecho penal?. ¿No se vulnera con ello su dignidad como personas?

Ejemplo

Se acostumbra aquí a poner el ejemplo (para el primer caso) de personas condenadas por delitos contra la propiedad de poca monta que provengan de familias desestructuradas y que por ello se estime que necesitan una intervención penal intensiva para superar sus déficits educativos, emocionales y sociales. Y para el segundo caso, se alude al ejemplo de criminales de guerra que solo en su vejez son descubiertos y que obviamente no están en condiciones de volver a cometer los atroces delitos de los que fueron responsables.

3. Modelo reparador

Al margen ya de los modelos retribucionista y preventivo (en sus diversas variantes), debe situarse el modelo propugnado por la denominada **justicia restauradora o reparadora**.

Esta concepción del derecho penal y del castigo implica una nueva forma de abordar el delito, que subraya que este, básicamente, es un conflicto entre los afectados, del que el Estado, por medio del derecho penal clásico, se ha “apropiado ilegítimamente”, olvidando y marginando así al principal afectado (la víctima). En este sentido, uno de los eslóganes clásicos de esta doctrina es “devolver el conflicto a las partes” implicadas, esto es, autor y víctima.

Los partidarios de la justicia restauradora subrayan que el delito implica fundamentalmente un conflicto entre personas que debe ser resuelto mediante su confrontación en un proceso dialogado. El objetivo último del derecho penal y así su justificación es la resolución de dicho conflicto reparando el daño realizado. Por ello, se señala que la justicia restauradora, en contraposición con la justicia penal clásica, es aquella que compensa (en vez de castiga), reintegra (en vez de excluye) y media (en vez de impone). (Larrauri, pág. 173)

Obviamente, este modelo admite muchos matices y ha generado una gran controversia en la actualidad, existiendo recientemente una tendencia, más o menos acusada, a la introducción de experiencias de justicia reparadora en el tradicional sistema penal. Entre esas experiencias podemos destacar las siguientes:

a) La justicia restauradora puede plantearse como un *sistema* alternativo al propio proceso penal.

Esta es la vía más potente para dar entrada al modelo reparador, pues implica de hecho construir una alternativa a la justicia penal tradicional, y se plantea precisamente como un medio de evitar que el conflicto (delito) llegue a la misma.

Un ejemplo de este modelo puede encontrarse actualmente en el sistema de justicia juvenil, donde existe una experiencia ya contrastada sobre los beneficios de la mediación juvenil, como medio de resolución de los delitos de menores, evitando que sean judicializados.

b) La reparación del mal causado por el delito puede servir únicamente para ser tenido en cuenta en el seno del proceso penal (a la hora de imponer la pena, rebajándola, por ejemplo).

Existen ejemplos de esta estrategia en nuestro propio Código penal (véase así art. 21.5.^a CP, que contempla como una atenuante genérica “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos...”).

Desde esta perspectiva, el sistema de justicia penal tradicional sigue siendo hegemónico, pero da entrada tímidamente a consideraciones de justicia reparadora, teniéndolas en cuenta en su propio seno.

c) La reparación del mal causado podría, por otra parte, ser tenido en cuenta, no en la imposición del castigo, sino (o también) en la ejecución de la pena (por ejemplo, en la concesión de beneficios penitenciarios).

Puede verse un ejemplo de ello en nuestro propio código penal, que tiene en cuenta la satisfacción de la responsabilidad civil como un criterio a considerar para otorgar la suspensión de la pena o la libertad condicional.

En cualquiera de sus diferentes versiones se trata, en suma, de confrontar al delincuente con el daño causado y tratar de resolver el conflicto implícito en la realización del delito. Obviamente, el modelo reparador ha sido también criticado en diversos aspectos.

1) Así, una primera objeción que se le plantea hace referencia a que con este modelo se olvida que el delito es una cuestión que importa a la colectividad como tal, y no solo a la víctima concreta del delito, por lo que no puede aceptarse la “privatización” de la justicia penal que conlleva el modelo reparador. En este sentido, los críticos del modelo reparador subrayan que la gestión del delito por parte del Estado tiene precisamente como fin mostrar que el delito es un tema de interés común (no privado), que por ello no puede dejarse en manos de los afectados. Si esto fuera así (prosiguen los críticos del modelo reparador) podríamos volver a épocas de venganzas privadas (linchamientos), y se favorecería a los poderosos, que siempre podrían reparar económicamente sus crímenes.

Ciertamente, los partidarios del modelo reparador refutan estas presuntas consecuencias de la justicia reparadora. Subrayan así que la resolución del conflicto no implica solo a los directamente afectados (agresor/víctima) sino que puede implicar a la sociedad como tal.

Así, por ejemplo, en Australia y Nueva Zelanda la justicia reparadora tiene lugar en los denominados **círculos** o **conferencias**, que implican a familiares de agresores y víctimas y otros miembros de la sociedad.

También se subraya la labor de los mediadores o responsables de llevar a cabo el proceso reparador, como garantes de que no se produzcan injusticias o castigos inhumanos.

2) Una segunda objeción que se realiza al modelo reparador es que proporciona una medida muy insegura de determinación del castigo: ¿cómo se calcula exactamente la sanción penal si esta se decide en términos de resolución del conflicto? ¿Se trata de una compensación económica? ¿Y los que no pueden pagar? ¿Depende entonces la medida penal de los mayores o menores sentimientos vindicativos de la víctima afectada? ¿Se puede hablar de reparación en delitos graves?

4. ¿Tiene una lógica el sistema punitivo español?

Hasta aquí hemos visto los diferentes modelos punitivos desarrollados a lo largo de la historia que pugnan por explicar el castigo. Lo que resta preguntarse es si nuestro sistema punitivo responde o no a uno de estos modelos.

En este sentido, lo primero que uno esperaría es que en el propio Código penal se especificara o por lo menos se dieran ciertas directrices relativas al fin o fines de los castigos impuestos. Sin embargo, en nuestro Código penal no encontramos tales pautas de actuación, a diferencia de lo que sucede en otros países y es, de hecho, recomendado por el Consejo de Europa.

Así, por ejemplo, el art. 46 CP alemán establece como principios a tomar en cuenta para la determinación de la pena, la culpabilidad del autor (lo cual remite sin duda a un modelo retribucionista) y los efectos que la pena tendrá sobre el autor de cara a su reinserción social (aspecto este que se relaciona con el modelo rehabilitador).

En Suecia, hasta 1989, el Código penal establecía explícitamente que el principio general rector en la aplicación de la pena debía ser la rehabilitación. Tras la modificación de 1989 se declara ahora que el principio de proporcionalidad debe ser el criterio decisivo a la hora de imponer una sentencia (modelo retribucionista).

Por su parte, el Consejo de Europa, en su recomendación sobre “*Consistency in Sentencing*” (1993), estableció que el legislador debía esforzarse por establecer los principios rectores de la aplicación de las penas, articulando una prioridad entre ellos cuando dichos principios entraran en conflicto en caso de delincuentes o delitos particulares.

Donde sí encontramos una mención específica al fin del castigo es en nuestra Constitución. En concreto, en el art. 25.2, donde se dice textualmente que:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.”

A primera vista parece indiscutible que, con esta alusión, nuestro sistema punitivo (por lo menos por lo que respecta a penas privativas de libertad y medidas de seguridad) debe tener como principio rector la rehabilitación del penado, inscribiéndose por ello en el modelo rehabilitador. Sin embargo, esto no sería exacto, porque nuestro Tribunal Constitucional puede decirse que ha reescrito literalmente este apartado de la Constitución.

Efectivamente, ya en su STC 19/1988 (FJ 9) relativa a la constitucionalidad del régimen de privación de libertad por impago de multa, ante la alegación consistente en que dicha responsabilidad personal subsidiaria implicaba una pena ajena a los fines de rehabilitación establecidos en el art. 25.2 CE, replica el TC que:

... de esta declaración constitucional [sc. art. 25.2 CE] no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución “la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista” (Auto de la Sala Primera, de 19 de noviembre de 1986, Asunto780/1986). Puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad –y las medidas a ellas asimiladas por la ley, como esta que consideramos– se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. **La reeducación y la resocialización –que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva– han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que estas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada (...). No cabe, pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad –tengan o no el carácter de “pena”– puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias.**

Posteriormente, en la STC 150/1991 (FJ 4), relativa a la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, el TC enuncia de forma concreta esos otros fines de la pena que serían igualmente compatibles con nuestro ordenamiento:

Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los “fines constitucionales” de la pena.

Como puede observarse, a pesar de la clara apuesta del art. 25.2 CE por el modelo rehabilitador, la jurisprudencia constitucional ha diluido dicha declaración, concluyendo que nuestra Constitución posibilita el desarrollo de diferentes modelos punitivos.

De hecho esta es también la postura mayoritaria en la doctrina penal española, que no considera ninguna teoría del castigo, por sí sola, como una explicación convincente del castigo, recurriendo por ello a la formulación de las denominadas teorías unitarias o mixtas. Estas teorías implican en últimas acoger los aspectos positivos de una u otra teoría integrándolas en una nueva formulación, pretendiendo con ello hacer frente a las debilidades de los diversos modelos. Así, por ejemplo:

“...la pena encuentra su justificación en el delito cometido, es decir, en la realización culpable de un hecho injusto tipificado por la ley penal y en su necesidad para evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro (...) la pena es, ante todo, retribución. Pero la imposición y la aplicación de la pena solo pueden justificarse si, además, son necesarias desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial.”

Gracia Martín, 2005 (pág. 66)

“Nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención a favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no solo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.”

Mir Puig, 2008 (pág. 95)

Otra estrategia a la que ha recurrido la doctrina penal para integrar los diversos fines de la pena es diferenciar diversos momentos del castigo, señalando un fin rector para cada uno de ellos. Así, en la etapa legislativa, el legislador debería guiarse a la hora de decidir el castigo por la idea de prevención general. En la etapa judicial, a la hora de imponer una pena concreta a una persona, deberían primar los principios ligados al modelo retribucionista (culpabilidad y proporcionalidad). Y en el momento de la ejecución de la pena debería ser prioritario el fin resocializador (Roxin, Mir Puig).

La cuestión es cómo se combinan y articulan fines tan diversos en un modelo armónico y no contradictorio de justificación del derecho penal.

En definitiva, en nuestro sistema punitivo no existen criterios rectores que guíen al juez a la hora de imponer un castigo, ya que la única mención específica a esta cuestión (art. 25.2 CE) ha sido diluida por la jurisprudencia constitucional, con lo que se corre el riesgo de caer en lo que algún autor denomina el *cafetería system* (Ashworth, 2000, pág. 62), esto es, un sistema en el que cada juez elige a su gusto dentro del menú de opciones disponibles cuál fundamenta mejor el castigo que quiere imponer. Ciertamente, los jueces tienen el deber de motivar sus sentencias y con ello especialmente las decisiones relativas al castigo, pero uno esperaría cierta coherencia en las decisiones de los tribunales en aras de la seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos. Y tal coherencia no parece fácil de lograr cuando nuestro código penal renuncia siquiera a enunciar los fines que legítimamente pueden perseguirse con el castigo penal.

Una estrategia diferente es la que siguen, en cambio, nuestras leyes penitenciarias, en las que se opta por un modelo punitivo como criterio rector preferente: el modelo rehabilitador. Así, el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria establece que:

“Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.”

Reglamento penitenciario

Y por su parte, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario establece en sus arts. 2 y 3 lo siguiente:

Artículo 2. Fines de la actividad penitenciaria

La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.

Artículo 3. Principios

1. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley.
2. Los derechos de los internos solo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes.
3. Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas.
4. En cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados. (...)

5. Criterios de valoración de los modelos punitivos

Una última cuestión que quisiéramos tratar es la relativa a la valoración de los modelos punitivos. Hasta aquí hemos analizado brevemente las características fundamentales de los diferentes modelos punitivos que pugnan por explicar el castigo, pero ¿cómo podemos valorar cuál de ellos es más o menos adecuado?, ¿qué pautas o criterios debemos emplear para discutir sobre si un modelo es preferible a otro?

Cid, en su obra *La elección del castigo* (2008), alude a cinco dimensiones del castigo que implicarían criterios para confrontar los diversos modelos punitivos. Estas dimensiones serían las siguientes:

1) Efectividad

Se trataría aquí de valorar los diferentes modelos punitivos en función de su capacidad para prevenir de delitos futuros. Ciertamente, los diversos modelos preventivos (generales y especiales) tienen explícitamente este objetivo y de lo que se trataría es de saber qué efectos reales tiene el castigo a tales efectos (de intimidación, reafirmación del derecho, incapacitación y rehabilitación). Los modelos retribucionista y reparador no tienen como objetivo principal la prevención de delitos, lo cual no quiere decir, según veremos, que esta cuestión sea totalmente ajena a sus postulados.

Ved también

En el módulo “Modelos punitivos en acción” abordaremos la cuestión relativa a los efectos del castigo en la prevención de la delincuencia.

2) Humanidad

Según esta dimensión del castigo se trataría de valorar los diferentes modelos punitivos en atención a la menor aflictividad de los castigos, considerándose preferible aquel que consigue sus objetivos con un menor coste para las personas castigadas.

Como vimos, este criterio parecería hacer primar un modelo rehabilitador, que plantea el castigo como un medio de reintegrar a la persona en la sociedad, y por ello excluiría las penas más gravosas (pena de muerte, cadena perpetua), que otros modelos podrían considerar admisibles. Un modelo preventivo general negativo (intimidación) parecería menos favorable de acuerdo con este criterio, debido al riesgo que conlleva de aceptar, según vimos, penas ejemplarizantes. Lo mismo podría decirse de un modelo incapacitador, que en la práctica ha llevado a una escalada de severidad de las penas.

Por su parte, un modelo retribucionista satisfaría en mayor o menor medida el criterio de humanidad de las penas dependiendo de la articulación concreta del principio de proporcionalidad cardinal, esto es, aquel que fija los castigos máximos admisibles en el ordenamiento penal. Así, por ejemplo, algunos

partidarios de este modelo (von Hirsch) consideran que el máximo de prisión posible debería ser de 15 años, instaurando con ello un sistema que, en comparación con el existente en la mayoría de países, cabe calificar de muy acorde con el principio de humanidad.

Por último, el modelo reparador, al defender la integración del ofensor en la comunidad, parece cumplir de forma satisfactoria criterios de humanidad del castigo.

3) Justicia

Si por justicia entendemos recibir un trato igual sobre la base de la gravedad del hecho (proporcionalidad) y de la culpabilidad del agente, esta como vimos parece una aspiración inherente en el modelo retribucionista, que no sería igualmente respetada en los otros modelos punitivos.

Ahora bien, como señala Cid, existen otras concepciones de la justicia, como la **justicia material o distributiva**, que justifica el trato diferente en atención a las diferentes necesidades de las personas, que casaría mejor con un modelo rehabilitador, pues este trataría, mediante el castigo, de ofrecer al penado oportunidades (de formación laboral, consejo psicológico, etc.), que no tuvo en la sociedad y con ello situarlo en mejor posición.

También puede mencionarse el concepto de **justicia procedimental**, que tiene en cuenta no solo el resultado del proceso, sino el proceso en sí mismo, considerando clave que en dicho proceso se impliquen todas las partes afectadas por el delito. Sin duda, el modelo reparador es el que mejor atiende la justicia procedimental en el delito.

4) Atención a la víctima

Otra medida para valorar los diferentes modelos punitivos atendería a su mayor o menor atención a los intereses y necesidades de las víctimas. Ciertamente, el modelo reparador es el que mejor situado está con referencia a este criterio, pues es su razón de ser, y por ello la víctima ocupa en él un papel central. No debe extrañar por ello que diversas investigaciones hayan constatado que la satisfacción de las víctimas con la justicia penal aumenta cuando esta toma la forma de un proceso de reparación o mediación.

¿Cómo valorar los restantes modelos en referencia a este criterio? Aquí dependería de las modalidades concretas a través de las cuales en dichos modelos se permitiera a las víctimas jugar un papel en las decisiones sobre el castigo (por ejemplo, ¿podría aceptarse en un modelo retributivo que un criterio para decidir la pena proporcionada según la gravedad del hecho atendiera a la afección del delito en la vida de la víctima?).

5) Garantías del delincuente

De la mano de este criterio, de lo que se trata es de valorar los modelos punitivos en atención al mayor o menor respeto de las tradicionales garantías de seguridad jurídica y previsibilidad de la respuesta punitiva.

Sin duda, a estos efectos el modelo retribucionista parece el más adecuado, pues defiende la determinación de la pena atendiendo a criterios definidos *a priori* (gravedad del hecho y culpabilidad de la persona), que deben estar fijados en las normas penales para general conocimiento. Modelos punitivos como el reparador o el rehabilitador no cumplirían con este criterio ya que la indeterminación de la respuesta punitiva es inherente a la finalidad del castigo en estos modelos (resolución del conflicto o rehabilitación).

Un modelo preventivo general negativo (intimidación) tendría aquí el problema de las mencionadas penas ejemplarizantes, que atentarían contra la previsibilidad de la respuesta punitiva (ya que dependen de las necesidades sociales de prevención del momento). Por su parte, en un modelo incapacitador, como la decisión sobre el castigo depende de los métodos de predicción de la futura peligrosidad del delincuente, difícilmente puede determinarse de antemano la respuesta punitiva concreta (dependerá del cálculo de riesgos que se realice).

6) Coste económico

Una dimensión adicional del castigo podría enfatizar su vertiente económica, tratando de evaluar a estos efectos qué modelo implica un sistema penal más o menos costoso. Esta es una dimensión que en la actual época de crisis económica parece estar ganando protagonismo y que puede estar en la base de ciertas prácticas punitivas modernas.

Así, por ejemplo, recientemente en USA los diferentes Estados se están planteando políticas penales que no impliquen un uso extensivo de la prisión debido precisamente a cuestiones económicas, pues el gasto presupuestario en prisiones desborda ya su capacidad.

En Cataluña probablemente puede apreciarse una motivación económica en las recientes directrices penitenciarias que tratan de reducir la población penitenciaria, recurriendo a una mayor aplicación de la libertad condicional o a prácticas más expeditivas como la expulsión de los presos extranjeros.

Probablemente un modelo incapacitador, a estos efectos, será considerado un modelo muy costoso, pues su tendencia a usar en mayor medida la prisión, implica el uso de sanciones más costosas (que penas comunitarias).

Un modelo rehabilitador también parecería puntuar alto en la escala de costes económicos, porque sin duda los programas rehabilitadores son intervenciones caras (al implicar diverso personal cualificado).

En definitiva, vale la pena reflexionar sobre todas estas diferentes dimensiones del castigo porque en la elección por uno u otro modelo están en juego, según vemos, intereses y aspiraciones diversas, que ciertamente son extremadamente difíciles de aunar.

Resumen

En la actualidad, existen tres tipos modelos punitivos que justifican la aplicación del derecho penal, cada uno de ellos con un sistema de sanciones diferentes. Estos modelos son estrategias punitivas de reacción frente a la delincuencia que el legislador emplea a la hora de castigar una conducta e imponer una sanción penal. Se trata, por lo tanto, del modelo retribucionista, los modelos preventivos y el modelo reparador.

El primero se caracteriza por concebir el castigo como una respuesta justa por el hecho cometido, el cual debe responder en todo momento al principio de culpabilidad y al principio de proporcionalidad. Así, su función principal es la de restablecer la justicia vulnerada por el delito. No obstante, se la ha criticado por la atribución de un pretendido carácter metafísico, por la no justificación de la privación de derechos como consecuencia del castigo, y por la no consideración de la rehabilitación del delincuente.

El segundo modelo punitivo, el preventivo, que tiene como principal finalidad la de prevenir delitos futuros y se enmarca en la doctrina utilitarista, según la cual el fin del derecho penal es el de maximizar la felicidad de los ciudadanos excluyendo todo aquello que tiende a disminuir la felicidad. Existen varias estrategias de prevención de delitos como son:

- La prevención general negativa. Entiende el derecho penal como un medio de intimidación (amenaza) a los ciudadanos, que se abstienen a cometer delitos por el temor de que se les aplique la sanción prescrita por la ley. No obstante, este tipo de prevención conduce, a largo plazo, a una escalada de penas y a una sobrecriminalización. Además, se critica que no tiene en consideración la dinámica del comportamiento humano; así como también que no respeta la dignidad de las personas ni logra adecuadamente los principios de culpabilidad y proporcionalidad del castigo.
- La prevención general positiva. Entiende que la función del derecho penal es la reafirmación de la norma y del fortalecimiento de lealtad del derecho, lo que presupone la aceptación social de la prohibición penal y del castigo. No obstante, se ha cuestionado la denominación de esta teoría alegando que no pretende la evitación futura de determinadas formas de comportamiento, sino que se trata de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad.
- La prevención especial negativa. Entiende que no se debe tratar de reeducar al delincuente sino de evitar que delinca en el futuro impidiéndoselo fácticamente, incapacitándolo, ya sea mediante el ingreso en prisión co-

mo la imposición de privación de derechos. De hecho, se ha criticado la tendencia a no respetar los derechos de los individuos.

- La prevención especial positiva. Se trata de evitar que el delincuente vuelva a cometer delitos a través de la rehabilitación, adecuando el tipo y duración de la pena a las necesidades específicas de la persona. No obstante, se cuestiona cómo poder lograr dicha resocialización a través del castigo.

En tercer lugar, el modelo reparador entiende que las partes son las protagonistas del conflicto y que estas son las que deben resolverlo mediante su confrontación en un proceso dialogado. Actualmente, se ha introducido tímidamente en el sistema de justicia penal.

Con relación al sistema punitivo español, no sigue un único modelo punitivo, sino que la Constitución posibilita el desarrollo de diferentes modelos, adoptando los aspectos positivos de uno u otra teoría integrándolas en una nueva formulación, o bien integrando diversos fines de la pena en diversos momentos del castigo.

Finalmente, cada modelo punitivo responde a determinadas dimensiones, algunas con mayor intensidad que otras, lo que refleja los intereses y aspiraciones diversas. Tales dimensiones son la efectividad de prevenir delitos, la humanidad de las penas, el grado de atención a la víctima, el respeto del principio de proporcionalidad y de culpabilidad del agente y de las garantías del delincuente, y finalmente, el coste económico de la sanción impuesta.

Ejercicios de autoevaluación

1. El modelo retribucionista de justificación del castigo...
 - a) entiende que el fin principal del derecho penal es expresar censura por el hecho realizado.
 - b) entiende que el fin principal del derecho penal es prevenir la delincuencia.
 - c) entiende el castigo como el mecanismo de rehabilitación del penado.

2. Los principios básicos del castigo que fluyen de forma natural en el modelo retribucionista son...
 - a) principio de culpabilidad.
 - b) principio de proporcionalidad.
 - c) principio de culpabilidad y proporcionalidad.

3. Cuáles de las siguientes respuestas no responden a una crítica al modelo retribucionista?
 - a) No basarse en el principio de culpabilidad.
 - b) Entender que este modelo implica una legitimación acrítica del derecho penal existente.
 - c) La no justificación de la imposición de privación de derechos.

4. El modelo preventivo de justificación del castigo...
 - a) centra su justificación del castigo en el hecho delictivo cometido en el pasado.
 - b) se debe situar en el contexto de la doctrina utilitarista.
 - c) no podría justificar la imposición de un castigo a quien no fuera culpable.

5. El modelo de prevención general negativa...
 - a) ha sido criticado por su desinterés en la rehabilitación del delincuente.
 - b) entiende que el derecho penal como mecanismo de amenaza hacia la colectividad para evitar la comisión de futuros delitos.
 - c) entiende que los ciudadanos no cometen delitos porque creen en la legitimidad de del sistema y en el valor de respetar las leyes.

6. Señalad la respuesta incorrecta. En el modelo de prevención general positiva...
 - a) la pena sirve para fortalecer la lealtad normativa de los ciudadanos.
 - b) el derecho penal contribuye a la prevención de delitos mediante exclusivamente la intimidación.
 - c) el fin del derecho penal es la confirmación del orden normativo.

7. El modelo de justificación del castigo basado en la incapacitación es...
 - a) modelo retribucionista.
 - b) modelo de prevención general negativa.
 - c) modelo de prevención especial negativa.

8. La pena de realización de tratamiento para maltratadores correspondería a un modelo basado en...
 - a) la prevención especial negativa.
 - b) la prevención especial positiva.
 - c) la prevención general positiva.

9. La Justicia restauradora concibe el delito...
 - a) como un conflicto entre los afectados los cuales deben resolver mediante su confrontación en un proceso dialogado.
 - b) como un conflicto de los afectados el cual debe ser resuelto por medio del derecho penal.
 - c) como un hecho el cual debe ser castigado mediante intimidación.

10. El modelo punitivo español...
 - a) responde al modelo rehabilitador.
 - b) responde al modelo de incapacitación.

c) no sigue un modelo unitario, sino un modelo mixto.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. a

2. c

3. a

4. b

5. b

6. b

7. c

8. b

9. a

10. c

Glosario

incapacitación *f* En este contexto, la incapacitación supone privar de forma legal de la posibilidad de ejercer determinados derechos para limitar la oportunidad de volver a cometer un delito determinado.

intimidación *f* Acción y efecto de intimidar, es decir, causar o infundir miedo. En nuestro contexto, el efecto intimidatorio se logra mediante el establecimiento de leyes que sancionan acciones ilegales.

principio de proporcionalidad *m* Uno de los principios básicos del castigo empleados por la doctrina retribucionista, según el cual el mal implícito en la pena debe ser proporcional al mal que ella retribuye y al grado de responsabilidad del agente. Con lo cual, se castiga en función de nivel de vulneración de la Justicia.

principio de responsabilidad o culpabilidad *m* Uno de los principios básicos del castigo empleados por la doctrina retribucionista. Su principal premisa consiste en que solo se puede castigar al culpable, a quien haya cometido el hecho ilícito.

retribucionismo *m* Teoría de la pena orientada al pasado cuya justificación se basa en la de sancionar un mal cometido por el delincuente, ya que el castigo es la respuesta merecida al delito cometido, y crear en este una aceptación del daño causado y un arrepentimiento real para poder hacer posible su reinserción en la sociedad. Los autores más destacados por esta doctrina son Kant y Hegel.

utilitarismo *m* Doctrina ética filosófica cuyos representantes más destacados son Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Esta se basa en el principio de medir las acciones humanas en función de la felicidad/utilidad que reportan a las personas (medir costes-beneficios). En el contexto del derecho penal, esto se lograría mediante la exclusión de todo aquello que tiende a disminuir la felicidad, es decir el daño, a través de la prevención del delito.

Bibliografía

- Ashworth, A.** (2000). *Sentencing & Criminal Justice* (3.ª ed.). Londres: Butterworths.
- Ashworth, A.** (2003). *Principles of Criminal Law* (4.ª ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Beccaria, C.** (1774). *De los delitos y de las penas* (cit. de la edición de Alianza Editorial, 1994).
- Bentham, J.** (1789). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. En: J. H. Burns; H. L. A. Hart (eds.). Londres-Nueva York: Methuen (1982).
- Cerezo Mir, J.** (2004). *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* (vol. I, introducción, 6.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Cid Moliné, J.** (2009). *La Elección del castigo*. Barcelona: Bosch.
- Gimbernat Ordeig, E.** (1971). “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”. *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed.). 1990, Madrid: Tecnos (por donde se cita).
- Gracia Martín, L. (coord.); Boldova Pasamar, M. Á.; Alastuey Dobón, M. C.** (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (3.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jakobs, G.** (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Kant, I.** (1797). *La Metafísica de las Costumbres* (Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho). (Colección Clásicos del Pensamiento). Madrid: Tecnos 1989.
- Lesch, H.** (1999). *La función de la pena* (Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles). Madrid: Dykinson.
- Mir Puig, S.** (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (2.ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S.** (2008). *Derecho Penal, Parte General* (8.ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Pérez Manzano, M.** (1997). “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”. En: J.M. Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin* (págs. 73-88). Barcelona: J.M. Bosch.
- Roxin, C.** (1997). *Derecho Penal, Parte General* (tomo I, traducción de la 2.ª ed. Alemana). Madrid: Civitas
- Von Hirsch, A.** (1998). *Censurar y castigar* (Traducción de Elena Larrauri). Madrid: Trotta.
- Von Hirsch, A.** (2005). *Proportionate Sentencing* (cap. 2: “The Justification for Punishment’s Existence: Censure and Prevention”, págs. 12-34).
- Zimring, F.-H.; Gordon-Kamin, S.** (2001). *Punishment and Democracy. Three Strikes and You’re Out in California*. Nueva York: Oxford University Press.

