

## CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

### FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA IUSFILOSÓFICO

#### I. INTRODUCCIÓN

Existe un principio en virtud del cual “entre iguales” la ley esclaviza y el contrato libera y, a la inversa, “entre desiguales”, la ley libera y el contrato oprime. La situación de igualdad es típica de aquellas parcelas en las que, como en el derecho privado, las partes están en una situación de paridad, al mismo nivel, dándose la coordinación. La desigualdad, por el contrario, se predica más bien de aquellos otros sectores de derecho público, en los que una de las partes es el Estado u otro ente público —criterio del sujeto— cuando actúa como tal, es decir, en una situación de supremacía, con *imperium*, *potestas* o *soberanía*, prevaleciendo la subordinación sobre la coordinación entre dichas partes —criterio de la posición del sujeto—.

Cuando estamos ante situaciones de igualdad, en las que prima el contrato, figura estelar de la esfera privada, se dice que el hombre es igual “ante” la ley. Cuando nos encontramos ante relaciones de subordinación entre desiguales, como en el ámbito público, el individuo es igual “por” la ley, gracias a la ley.

La primera situación, de igualdad ante la ley, corresponde más bien a una igualdad “formal”, como la prevista por el artículo 14 de nuestra carta magna, que prohíbe cualquier tipo de discriminación —por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, creencias o cualquier otra condición personal o social—. Pero la igualdad puede serlo también en el segundo sentido, como una igualdad “real” o de oportunidades. En este caso no se trata únicamente de evitar que existan situaciones de desigualdad negativa, sino de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. Esto implica a menudo, no sólo tratar igual a los iguales, sino de manera desigual a los desiguales en pro-

porción a su desigualdad. Igualdad no significa uniformidad, sino proporcionalidad, por ejemplo que los impuestos sean proporcionales a la capacidad contributiva, que pague más quien más tiene.

La situación de igualdad “ante” la ley, o igualdad formal, es típica del Estado liberal de derecho decimonónico, surgido tras la caída del Ancien Régime y que se extiende hasta la Primera Guerra Mundial. Lo esencial de este Estado, como su propio nombre indica es la libertad, a todos los niveles —libertad de contratación, de mercado, de comercio...—. Es el lema de la Escuela Fisiócrata de Adam Smith: “dejad hacer, dejad pasar, la economía tiene sus propias reglas”. Es esa mano invisible que, aparentemente, según el Liberalismo, se bastaría para regular las relaciones sociales.

Pero esto no siempre ocurre de hecho así y la libertad a ultranza produce una gran desigualdad social. De ahí que sea precisa la aparición del Estado social de derecho y su igualdad “por” la ley. A partir de la segunda gran guerra es preciso evitar las desigualdades brutales, tanto a nivel económico como social, a que había dado lugar el capitalismo salvaje, fenómeno patológico en que degenera el liberalismo. El Estado social tiene como lema, antes que la libertad, la igualdad.

En el Estado liberal de derecho la libertad era una libertad negativa: “todo lo no prohibido está permitido”. Sobre un amplio fondo de libertad se alzarían algunas prohibiciones. La libertad del Estado social de derecho es una libertad positiva: “todo lo no permitido está prohibido”. Allí el Estado era garante, abstencionista, se limitaba a velar por la libertad. Aquí estamos ante un Estado gendarme o tutor, intervencionista —si bien no se trataría de una planificación centralizada sino meramente indicativa—.

La regla sería “tanto derecho público como sea necesario, tanto derecho privado como sea posible”. Dicho en clave de la categoría conceptual de la “regla” y la “excepción”, en el Estado liberal la regla sería el contrato y la excepción la regulación por ley, mientras que en el Estado social la situación —de un modo algo simplista, claro está— sería la inversa: la ley sería la regla y el contrato la excepción.

Trasladado este panorama a las teorías contractualistas, lo primero sería más propio de un estado de naturaleza, en que hay una gran libertad, y donde no existe la ley. Por su parte, sólo cuando un “hipotético” contrato social da entrada a la ley, como regulación de la convivencia humana, es cuando se da paso a la segunda situación, la sociedad civil.

Es una distinción similar a la que existe entre los conceptos de comunidad —*Gemeinschaft*— y sociedad —*Gesellschaft*—, analizados por F. Tönnies. En virtud de ella se distinguirían las relaciones inmediatas o comunitarias de aquellas otras mediatizadas y despersonalizadas o de asociación. Es el contraste entre lo natural y espontáneo, las relaciones orgánicas —en las que predomina el status— y las relaciones de tipo mecánico —en las que prevalece el *contractus*—. <sup>264</sup>

Podríamos preguntarnos: ¿qué tiene que ver esto con el tema del fundamento y fin de la sanción penal? Se trata de una introducción en la cual dejar claro cómo es en el ámbito del derecho penal, como parcela propia del derecho público, en el que surge el tema de la sanción legal. Sólo por ley —principio de legalidad penal— puede establecerse la sanción penal, como forma de limitar la libertad originaria del individuo en aras de lograr una mayor seguridad jurídica y una mejor convivencia en sociedad. Frente a tipos de desobediencia, como la desobediencia civil, hecha por los propios ciudadanos —*cives*—, surge la desobediencia criminal —los delitos y las faltas—, que se hace acreedora de algún tipo de sanción para restituir la igualdad inicial —ley del talión, fundamento retributivo—, pero orientándonos, como hacen los Códigos penales modernos, también hacia el futuro —fines preventivos y de reinserción—. Cuando el hombre rompe la igualdad originaria mediante el delito, es preciso que el Estado le vuelva a hacer igual a través de la ley penal, que impone un castigo o sanción coactivamente.

## II. EL CARÁCTER COACTIVO DEL DERECHO

La principal nota distintiva del derecho frente a la moral<sup>265</sup> consiste en que, mientras en aquél se da la coactividad, coercitividad, “impositividad

<sup>264</sup> Sobre el tema, Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, Reissland, 1887. Hay trad. castellano de J. Rovira Armengold, Losada, Buenos Aires, 1947. Véase la síntesis de Iturmendi Morales, José, “La relación jurídica en el pensamiento de Guasp”, en varios autores, *Jaime Guasp Delgado. Pensamiento y figura*, Madrid, Ciclo Maestros Complutenses de Derecho, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 311-357, especialmente pp. 321 y 322.

<sup>265</sup> Ramos Pascua, José Antonio, “Promoción activa e imposición coactiva de la Moral. Examen de la postura de H. L. A. Hart”, *Derecho y moral, Anales de la cátedra Francisco Suarez*, 28, 1988, pp. 447-467. Allorio, Enrico, “Osservazioni critiche sulla sanzione”, *Rivista di Diritto Civile*, 1, 1956, pp. 1 y ss. Benvenuti, Feliciano, “Sul con-

inexorable” o “perseidad” —imposición *per se*, que dicen los escolásticos—, en ésta hay total libertad de cumplimiento. No es que la moral carezca de toda sanción y coacción. Lo que ocurre es que ni una ni otra están implícitas en la estructura misma de la norma ética. Lo que nos lleva a cumplir una norma de este tipo es el puro valor intrínseco de lo que ordena. Todo lo más las sanciones son del tipo del peso de la culpa en la conciencia o la reprobación social que el acto inmoral conllevaría.

Por el contrario, el derecho es coactivo. Con ello nos referimos a la previsión por la norma jurídica de una sanción.<sup>266</sup> No es necesario que la misma esté realizada en acto, basta con que en potencia la norma la prevea. El derecho establece la obligación jurídica y la posible sanción de un modo objetivo, es decir, con total independencia de lo que íntimamente piense el sujeto. No obstante, es preciso que el derecho se corresponda lo más posible con la manera de pensar de la inmensa mayoría de gentes cuya conducta va a normar, algo especialmente importante a la hora de garantizar su posterior obediencia por parte de los destinatarios primarios y secundarios.

La principal sanción jurídica es la pena. Sin embargo, como veremos, ésta no es sino una manifestación secundaria de la coactividad. Supone el fracaso de la forma normal y primaria de la misma, la cual consistiría en la imposición a todo trance de la conducta debida o el impedimento a toda costa de la conducta prohibida. Además, la pena no existe en todas las parcelas del ordenamiento jurídico. Actúa, por ejemplo, en el derecho penal, en las correcciones administrativas o en las cláusulas penales de determinados contratos. Aquí se hace necesario ver cuales son el porqué y el para qué de la pena, comparándola con el otro gran tipo de sanción penal, que cada día le gana terreno, la medida de seguridad.

petto di sanzione”, *Ius*, 1925, pp. 223 y ss. Ermanno Cammarata, Angelo, “Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche”, *Archivio Penale*, 3, 1953. Carnelutti, Francesco, “Il valore della sanzione nel diritto”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 1955, pp. 237 y ss. Cesarini Sforza, Widar, “Norma e sanzione”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 60, 1921. Mandrioli, Crisanto, “Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale”, *Ius*, 1956, pp. 86 y ss.

<sup>266</sup> Se trata de un tema clásico, véase Dostoievsky, F., *Crimen y castigo*, Madrid, Fraile, 1981. Barner, H. E., *The Story of Punishment*, Boston, The Strandford Co., 1930. Benn, S. I., “Punishment”, *The Encyclopedia of Philosophy*, Nueva York, VII, ed. por P. Edwards, Macmillan and the Free Press, 1967, pp. 29-36. Bradley, F. H., “Some Remarks on Punishment”, en *International Journal of Ethics*, IV, 1894, pp. 269-284.

### III. PRINCIPALES TIPOS DE SANCIONES PENALES: LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

El concepto de pena es el tradicional y no plantea mayores problemas.<sup>267</sup> Serían penas, entre otras, la privativa de libertad, la de muerte o las penas pecuniarias. Mayor modernidad presenta el concepto de medida de seguridad. Como ejemplo de la misma podríamos citar el internamiento en un centro psiquiátrico o de rehabilitación especial. La pena responde a una consideración estática del derecho, que tiene en cuenta primordialmente los aspectos lógicos; la medida de seguridad obedece a una perspectiva dinámica, que toma en consideración más bien los aspectos teleológicos o finalistas.<sup>268</sup>

#### 1. *Fundamento y justificación de la sanción penal*

El fundamento y la justificación en la pena<sup>269</sup> son el libre albedrío y la culpabilidad, como juicio de valor: puesto que el hombre es libre, es sus-

<sup>267</sup> En el sentido de que es el de siempre, pero cuestiones filosóficas sí que suscita. Cattaneo, M. A., *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, Ed. Universitaria, 1978. McPherson, T., "Punishment, Definition and Justification", *Analysis*, 28, 1967, pp. 21-27.

<sup>268</sup> Goldman, A. H., "Toward a New Theory of Punishment", *Law and Philosophy*, 1, 1982, pp. 57-76. Schockweiler, F., "Fondement du droit de punir. Réflexions sur l'évolution des conceptions", *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1982, pp. 467-482. Vullierme, J. L., "La fin de la justice pénale", *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 155-180. Hirst, P., "The Concept of Punishment", en *Law in Context*, 1984, pp. 73-88. Hooft, P. F., "Filosofía del castigo", *Boletín AAFD*, 20, 1985. D'agostino, Francesco, "Giustizia e misericordia. Fondamenti filosofici e teologici della sanzione penale", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 66, 1989, pp. 3-23. Nelken, P., "Why Punish?", *The Modern Law Review*, 1990, 33, pp. 829-834. D'agostino, Francesco, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giapichelli, Torino, 1989. Cattaneo, Mario A., "Un tentativo di giustificazione della pena giuridica. Nota su un libro di Igor Plimoratz", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, 1991, pp. 414-427. Cragg, W., "H. L. A. Hart and the Justification of Punishment", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, V, 1, 1992, pp. 43-55. Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

<sup>269</sup> Flew, A. G. N., "The Justification of punishment", *Philosophy*, 29, 1954, pp. 291-307, reimp. con un apéndice en Acton, H. B., *The Philosophy of Punishment*, Londres, Macmillan, 1969, pp. 83-104. Gerber, J. y McAnany, P. (eds.), *Contemporary Punishment. Views, Explanations and Justifications*, South Bend, University of Notre Dame Press, 1972. Honderich, Ted, *Punishment, The Supposed Justifications*, Londres, Hutchinson, 1969; ed. posterior en Penguin Books, Harmondsworth, 1984. Laird, J., "The Justification of Punishment", *The Monist*, 41, 1931, pp. 352-375. Lisle, J., "The Justification

ceptible de ser enjuiciado penalmente y de ser considerado culpable.<sup>270</sup> Es la idea de imputabilidad moral: a una persona libre cabe imputarle la responsabilidad derivada de sus actos. Por el contrario, la medida de seguridad se basa en el determinismo y la necesidad social. Se concibe el delito entonces como algo necesario y no libre. A la idea de culpabilidad como fundamento de la sanción le sustituye la noción de peligrosidad. Ésta ya no es un juicio de valor sino un juicio de probabilidad. Por su parte, en vez de hablarse de imputabilidad moral se hablaría de responsabilidad social. Aunque al hombre, como ser predeterminado y no libre, no cabe imputarle penalmente sus actos, sin embargo, de cualquier manera, la existencia en sociedad exige que alguien responda de los mismos, porque suponen un peligro para dicha sociedad.

La idea que justifica la pena es la justicia, el dar a cada uno lo suyo.<sup>271</sup> La noción que fundamenta la medida de seguridad es la utilidad, el impedir que se vuelva a delinquir. La pena se basa más en el aspecto objetivo, en el delito, considerado, a su vez, en su dimensión jurídica, como infracción de una norma jurídica. Por el contrario, la medida de seguridad acentúa la vertiente subjetiva. Atiende más al delincuente y, dentro del delito, más bien a su aspecto social, es decir al delito considerado como infracción del orden social.

## 2. Función de la sanción penal

En cuanto no ya al fundamento sino a la función,<sup>272</sup> la pena mira más al sentido, al porqué de la sanción, mientras que la medida de seguridad

of Punishment”, *International Journal of Ethics*, 25, 1914, pp. 346-359. Loftsgordon, D., “Present-day British Philosophers on Punishment”, *Journal of Philosophy*, 63, 1966, pp. 341-353. Martin, Rex, “On the Logic of Justifying Legal Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, 7, 1970, pp. 253-259. Wasserstrom, R. A., “Why Punish the Guilty?”, *Princeton University Magazine*, 20, 1984, pp. 14-19. “Some Problems in the definition and Justification of Punishment”, en Goldman, A. y Kim, J. (eds.), *Values and Morals*, Dordrecht, Reidel, 1960.

<sup>270</sup> Hierro, Liborio, “Libertad y responsabilidad penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Alcalá de Henares*, 1, 1991-92, pp. 161-173.

<sup>271</sup> Ewing, A. C., *The Morality of Punishment*, Londres, Kegan Paul, Trench and Trubner, 1929. Ezorsky, G. (ed.), *Philosophical Perspectives on Punishment*, Nueva York, State of New York Press, 1972. Feinberg, J., “On Justifying Legal Punishment”, *Nomos III*, “Responsibility”, C. J. Friedrich (ed.), Nueva York, Liberal Arts Press, 1960, pp. 152-167.

<sup>272</sup> Ross, Alf, “La finalidad del castigo”, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a A. R. Gioja*, trad. castellano de Genaro Rubén Carrió, Buenos Aires, Astrea, 1976.

atiende a la finalidad, al para qué de la misma. Se dice que la función de aquélla es fundamentalmente retributiva,<sup>273</sup> mientras que la de ésta es preventiva. La pena es en teoría represiva, se presta a la expiación, a la venganza.<sup>274</sup> Es la ley del talión, la idea de remediar un mal con otro mal, de que el que vive por la espada muera por la espada, como expresa gráficamente el axioma “ojo por ojo, diente por diente”. Por el contrario, la medida de seguridad se fija más, como el nombre indica, en la idea de seguridad. La pena mira en principio hacia el pasado, la medida hacia el futuro. En la primera se castiga porque se ha delinquirido (*punitur quia peccatum est*), en la segunda para que no se vuelva a delinquir (*punitur ut ne peccetur*), con fines utilitarios.<sup>275</sup> Pero si pasamos de estas concepciones abstractas de la pena y la medida de seguridad y nos fijamos en el derecho positivo español, vemos que en él —en el artículo 25 de la Constitución de 1978— se establece también que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”, con lo que se acentúa la mirada hacia el futuro incluso en las penas.<sup>276</sup>

<sup>273</sup> Sobre la retribución, véase Armstrong, K. G. “The Retributivist hits Back”, *Mind*, 70, 1961, pp. 471-491; reimpresión en Acton, H. B., *op. cit.*, nota 269. Baier, K., “Is Punishment Retributive?”, *Analysis*, 16, 1955, pp. 25-32; reimp. en Acton, H. B., *op. cit.*, nota 269, pp. 130-137. Cottingham, J., “Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly*, 29, 1979, pp. 238-246. Ezorsky, G., “Retributive Justice”, *Canadian Journal of Philosophy*, 1, 1972. Finnis, John, “The restoration of retribution”, *Analysis*, 32, 1972, pp. 131-135. Gendin, S., “A Plausible Theory of Retribution”, *Journal of Value Inquiry*, V, 1970, pp. 1-16. MacLagan, W. G., “Punishment and Retribution”, *Philosophy*, 14, 1939, pp. 281-298. Moberly, W. H., “Some Ambiguities in the Retributive Theory of Punishment”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 25, 1924, pp. 289-304. Murphy, J. G., *Retribution, Justice and Therapy*, Dordrecht, Reidel Pub. Co., 1979. Page, L., “The Retributive Theory of Punishment”, *Nineteenth Century and After*, 148, 1950, pp. 258-265. Primorac, I., “On Some Arguments Against the Retributive Theory of Punishment”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 50, 1979, pp. 43-60.

<sup>274</sup> Courtois, G., “La vengeance chez Aristote et Seneque à la lumière de l’anthropologie juridique”, *Archives de Philosophie du Droit*, 28, 1983, pp. 29 y ss.

<sup>275</sup> Crossley, D. J., “Bradley’s Utilitarian Theory of Punishment”, *Ethics*, 86, 1975, pp. 200-213. McCloskey, H. J., “A Note on Utilitarian Punishment”, *Mind*, 72, 1963, p. 599. McCloskey, H. J., “Utilitarian and Retributive Punishment”, *Journal of Philosophy*, 64, 1967, pp. 91-110. McCloskey, H. J., “A Non-Utilitarian Approach to Punishment”, *Inquiry*, 8, 1965, pp. 249-263.

<sup>276</sup> En este sentido de conciliación de retribución y prevención, Ewing, A. C., “Punishment as a Moral Agency, an Attempt to Reconcile the Retributive and Utilitarian View”, *Mind*, 36, 1927, pp. 292-305.

### 3. *El plano de la teoría*

#### *A. Principales concepciones al servicio de la sanción penal*

Existen una serie de teorías que sirven de soporte a las penas y a las medidas de seguridad. Las doctrinas que fundamentan las primeras son las teorías absolutas, así denominadas porque en ellas la sanción es un fin en sí misma. Por el contrario, las tesis que sustentan las medidas de seguridad son las llamadas teorías relativas, en las que el castigo es un medio para alcanzar un fin.

##### *a. Las doctrinas absolutas*

Las principales doctrinas absolutas son las de Kant y Hegel.<sup>277</sup> Para Kant<sup>278</sup> la pena es una necesidad ética. Es un imperativo categórico: aunque la sociedad se extinguiera, antes debería de castigar al último delincuente, so pena de convertirse en cómplice del delito. En Hegel<sup>279</sup> la pe-

<sup>277</sup> Véase también, Kelsen, Hans, "Causality and Retribution in the Evolution of Human Thought", *Philosophy of Science*, 8, 1941, pp. 533-556; trad. de A. Calsamiglia en Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, ed. preparada por el propio traductor, Barcelona, Ariel, 1982. Tzitzis, J., "La Notion de Retribution Dans la Philosophie Politique de T. Hobbes", *Archives de Philosophie du Droit*, París, Sirey, 28, 1983.

<sup>278</sup> Betegón, J., *op. cit.*, nota 268, especialmente pp. 17-104. Byrd, S., "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution", *Law and Philosophy*, 1, 1989, pp. 151-200. También en relación con las teorías absolutas de la sanción penal, y con su idea de un Estado Leviathan, sobre Hobbes, véase Cattaneo, M. A., "Hobbes Theory of Punishment", Brown, K. C., *Hobbes Studies*, Oxford, Blackwell, 1965, pp. 287 y ss. *Id.*, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, De Salvia 1974. Naucke, W., "Le droit penal retributif selon Kant", *Retribution et Justice Penale. Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris*, París, PUF, 1983, pp. 80 y ss. Solari, G., "Kant e la dottrina penale della retribuzione", *Rivista di Filosofia*, 20, 1929, pp. 25-58.

<sup>279</sup> Sobre el tema, véase Cooper, D. E., "Hegel's Theory of Punishment", Pelczynski, Z. A. (ed.), *Hegel's Political Philosophy: Problems and Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, pp. 151-167. Dyde, S. W., "Hegel's Conception of Crime and Punishment", *Philosophical Review*, 7, 1898, pp. 62-71. Flechteim, O. K., "Hegel and the Problem of Punishment", *Journal of the History of the Ideas*, 8, 1947, pp. 293-308. Hinchman, L., "Hegel's Theory of Crime and Punishment", *Review of Politics*, 44, 1982, pp. 523-545. McTaggart, J., "Hegel's Theory of Punishment", *International Journal of Ethics*, 6, 1895, pp. 479-502; hay versión revisada en sus *Studies in Hegelian Cosmology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1918, capítulo 5. Stawell, F. J., "Hegel's Theory of Punishment", *International Journal of Ethics*, 7, 1986-87, pp. 95 y 96.

na es necesaria ya no ética, sino lógicamente. Es una consecuencia del método dialéctico por él consagrado. Existiría una primera fase o tesis (el derecho), su antítesis (el delito) y, como síntesis, la pena. La misma constituiría así la negación de la negación del derecho. Estas teorías absolutas van generalmente unidas a concepciones religiosas de la vida.

### b. Las doctrinas relativas

Las doctrinas relativas atienden a la prevención y se subdividen, a su vez, en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial. Las tesis de la prevención general, como su nombre indica, se dirigen a la generalidad de personas, a la sociedad en su conjunto, y pretenden la intimidación, la coacción psicológica. Por el contrario, las tesis de la prevención especial van orientadas directamente al sujeto activo del delito, al delincuente. Estas doctrinas se subdividen, por su parte, en teorías religiosas<sup>280</sup> y teorías laicas. Las primeras persiguen la corrección o enmienda moral del delincuente. Así ocurre en la *Besserugs Theorie* de Krause o en la Escuela Correccionalista española de Silvela, C. Arenal y P. Dorado Montero.<sup>281</sup> Las segundas se contentan con que dicho delincuente externamente “se comporte”, sin importar tanto si internamente está realmente corregido.

Por lo que se refiere a la vertiente laica, en ella hay que distinguir, a su vez, según el tipo de delincuente<sup>282</sup> tres finalidades. Si se trata de un infractor ocasional, el fin perseguido sería la intimidación individual, es decir, persuadirle de que no vuelva a delinquir. Si se trata de un delincuente de Estado (*Zustandverbrecher*) lo que se pretendería sería su reeducación, resocialización y reinserción social. Finalmente, si estuviésemos ante un delincuente habitual, incorregible, lo que se intentaría es su inocuización, es decir, evitar que volviese a realizar daño a la sociedad. Éste sería el supuesto en caso de hallarnos ante lo que Lombroso llamó el delincuente nato, *l'uomo delinquente*. Pero no faltan quienes, como Concepción Arenal, antes citada, estiman que no existen los llamados delincuentes natos, que

<sup>280</sup> Gray, A. H., “The Christian View of the Use of Punishment”, *Howard Journal*, 2, 1929, pp. 296-298.

<sup>281</sup> Kaufmann, A. S., “The Reform Theory of Punishment”, *Ethics*, 71, 1960, pp. 49-52.

<sup>282</sup> Feinberg, Joel, “El argumento de la graduación moral de los castigos”, Squella, Agustín (ed.), “H. L. A. Hart y el concepto de derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 28, 1986, pp. 355-366.

el hombre es un ser susceptible siempre de mejora, que una cosa es no haber sido todavía corregido y otra, muy distinta, ser incorregible.

### c. Las doctrinas mixtas o de la unión

Existiría junto a las tesis absolutas y relativas, un tercer tipo de teorías, eclécticas, mixtas o de la unión. Éstas consideran que no existe una solución en un único sentido y distinguen varios estadios en los que la pena actúa, más en concreto tres: en primer lugar estaría el momento de la conminación o amenaza legal, por parte del legislador; en segundo término, el estadio de la aplicación de la sanción o realización de la justicia, por medio del juez; en último lugar, la fase de la ejecución de la sanción, a cargo de la administración penitenciaria. A cada uno de estos estadios correspondería una función y finalidad predominante de la pena. Así, a la primera fase sería inherente la prevención general, a la segunda la retribución y a la tercera la prevención especial. Se ve así como aparecen reflejadas las distintas funciones de la pena según la fase en que estemos. A veces surgen, incluso, conflictos entre la primera y la tercera de dichas finalidades, entre lo que es útil para la colectividad en general y lo que lo es para el delincuente concreto.

### B. Principales escuelas respecto a la sanción penal

Vistas ya las principales teorías soportes de las concepciones de la pena y de las medidas de seguridad, conviene señalar cómo las mismas han dado lugar a la pugna de escuelas. Así, la llamada Escuela Clásica ha sido la defensora tradicional de la pena y la Escuela Positiva la moderna partidaria de la medida de seguridad.

### C. Concepción del Estado subyacente en cada una de las teorías sobre la sanción penal

A su vez, a cada una de las doctrinas vistas corresponde una concepción del Estado.<sup>283</sup> A las tesis absolutas va unida una noción teocrática del

<sup>283</sup> Green, T. H., "The State's Right to Punish", *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1, 1910-1911, pp. 19-43. Hart, H. L. A., *The Morality of Crimi-*

Estado, como Estado absoluto.<sup>284</sup> En él el poder viene de arriba a abajo, de la divinidad a la persona del monarca y de éste a sus representantes, que son designados o nombrados unilateralmente, no elegidos democráticamente. A la teoría relativa de la prevención general corresponde una configuración del Estado como Estado liberal de derecho, de carácter no intervencionista. Finalmente, de la teoría relativa de la prevención especial sería expresión una elaboración del Estado como Estado social y democrático de Derecho.<sup>285</sup>

En el Estado absoluto existiría un límite a la intervención punitiva del poder, que fijaría un mínimo —sólo se puede castigar si hay delito— y un máximo —el castigo debe ser proporcional a la gravedad del mismo—. Por el contrario, en el Estado liberal se daría una ilimitación del Estado. En el Estado social habría una ilimitación del médico, que aplicaría medidas de seguridad como sustitutivos de las penas. Tal es el caso del uso de penas de menor gravedad, la suspensión del fallo, la libertad condicional o el internamiento en un centro psiquiátrico o de rehabilitación especial.

#### 4. *El plano de la "praxis"*

##### *A. Principales desviaciones en la aplicación práctica de la sanción penal*

Si descendemos del campo de la teoría, en el que hasta ahora nos hemos movido, al de la realidad, en él la situación es la siguiente. Como desviaciones de lo ideal en cada tipo de doctrinas vemos que las teorías absolutas<sup>286</sup> podrían originar una concepción puramente vindicativa y automática de la aplicación del derecho, que podría llegar a ser impuesto *more geometrico*, de una manera casi matemática. La prevención general podría dar lugar al

*nal Law*, Jerusalem, Hebrew University Magnes Press, 1964. Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

<sup>284</sup> Al respecto, Murphy, J. G., "Retribution and the State's Interest in Punishment", en Pennock, J. R. y Chapman, J. W. (eds.), *Criminal Justice*, Nueva York, New York University Press, 1985. Nomos XXVII, pp. 156-164.

<sup>285</sup> A este último respecto, Morris, H., "A Paternalistic Theory of Punishment", *American Philosophical Quarterly*, 18, 4, 1981.

<sup>286</sup> Weihofen, H., "Retribution is Obsolete", *Nomos III, Responsibility*, Nueva York-Liberal Arts Press, ed. por C. J. Friedrich, 1960, pp. 116-127.

terror penal, a través de la imposición de penas draconianas, en la línea del despotismo ilustrado (“todo para el pueblo pero sin el pueblo”). Por lo que concierne a la prevención especial, la desviación típica en la misma sería el llegar a tratar al delincuente como a una especie de conejillo de indias, caldo de cultivo idóneo para hacer todo tipo de experimentos.

### *B. Revisión crítica de las teorías vistas a la luz de la realidad práctica*

También en el plano de las realidades, se puede hacer una crítica a las distintas construcciones expuestas. Así, por ejemplo, las teorías absolutas no tendrían sentido respecto a los delitos ocasionales. Además, no frenarían la delincuencia. Por otro lado, supondrían creer en el mito de la existencia de un orden absoluto, metafísico, en el que el hombre está hecho para el sábado más que el sábado para el hombre. Por otra parte no es racional que la pena sólo consista en un mal. Distinto es que lo lleve aparejado.

La crítica que cabe hacer a las doctrinas de la prevención general es que pueden llegar a intimidar a los que no lo necesitan. Tal es el caso de la pena capital o pena de muerte, que produce con su ejecución un efecto desmoralizante sobre la población, y a veces ni logra bien el fin de intimidación general.

En cuanto a la prevención especial, cabría objetar que en ella se atenta contra el principio de seguridad jurídica, tan importante en un Estado de derecho. En efecto, ¿donde nos legitimamos para castigar?, ¿para qué y a qué sociedad nos dirigimos?, ¿no estaremos incurriendo en el totalitarismo de la mayoría? Además, la prevención especial exige disponer de grandes recursos. Supone, por otra parte, considerar como inútiles métodos tradicionales como la prisión, que a menudo no es sino escuela de delincuentes. En este sentido, para evitar esos inconvenientes, debería procurarse respetar en ella en la medida de lo posible los derechos fundamentales de los presos, por ejemplo a través de regímenes de visitas, estableciendo sistemas abiertos de cumplimiento de la pena, etcétera, siempre que sean viables.

Por otra parte, aunque estas teorías de la prevención especial son humanistas, en cuanto se dirigen al hombre concreto, no a un ser abstracto, sin embargo, no transforman su mismidad, su vida única. Acentúan la ideología de la diferenciación, la distinción tajante blanco o negro, bueno o ma-

lo, olvidando que generalmente lo que predominan de hecho son los términos medios y la gama de los grises, que las cosas no son buenas o malas en sí, sino dependiendo del color del cristal con que se miren. A ello cabe añadir que a la hora de reeducar al delincuente no se debe atentar contra el principio de libertad ideológica reconocido en la Constitución Española de 1978, en su artículo 16, que impide que se imponga como dominante un sistema o credo religioso o ideológico de cualquier tipo que sea. Por muy convencidos que estemos de que nuestras ideas son las correctas, no podemos, no debemos, obligar por la fuerza a nadie a que las comparta. En el fuero interno el hombre debe ser libre y autónomo.

Además, no siempre es necesario resocializar al delincuente. Tal es el caso del delincuente ocasional, del pasional, de sujetos que tienen una socialización perfecta como, por ejemplo, en los delitos económicos, los llamados delincuentes de cuello blanco, es decir, personas que habiendo tenido una educación y socialización normal, infringen, sin embargo, algunas reglas y cometen delitos fiscales, evasión de capitales, etcétera. Es más, aunque necesarias, la reeducación y la reinserción sociales no siempre son alcanzables. Presuponen para ser eficaces la voluntad e intención del delincuente de vivir conforme a la ley de la sociedad y no a la suya propia. Pero hay ocasiones en que los sujetos no cooperan y es imposible obtener con ellos buenos resultados.

#### IV. EL CARÁCTER HETERÓNOMO DEL DERECHO

Se dice que el derecho es autárquico o heterónimo, mientras que la moral es autónoma. El derecho es heterónimo pues viene impuesto desde fuera al propio sujeto, mientras que hay autonomía en la moral porque es la voluntad misma del individuo la que, soberana, se dicta su propia ley, siempre que, como dice Kant, pueda convertirla en una ley universal.

No obstante, pese a ser cierto en líneas generales este baremo de distinción, la diferencia de lo jurídico y lo ético según este criterio debe ser relativizada. Esto es debido a que el derecho tiene también una dimensión de autonomía pues, en última instancia, la vigencia —es decir, la obediencia efectiva por parte de los ciudadanos que se vinculan autónomamente al derecho— es la base fáctica de la validez y ésta se desvanece desde el momento en que aquélla desaparece más allá de un cierto grado. En efecto, si el derecho no es obedecido y eficaz puede que llegue a per-

der su validez mediante el desuso o *desuetudo*. De ahí que debamos afirmar que el mismo es primordialmente heterónimo y la moral primordialmente autónoma, pero no con carácter absoluto.

Una consecuencia de este carácter autárquico del derecho y autónomo de la moral es que la ignorancia del primero no excusa de su cumplimiento, mientras que la ignorancia de la segunda sí. Es el caso del antropófago de una tribu, al que moralmente no se le puede exigir el respeto de la vida del prójimo, puesto que su código ético no considera esta norma como tal, siendo una costumbre en su entorno el deborar a otros para subsistir. Así, podemos decir que la moral ha de ser aceptada para ser válida. Del mismo modo, la rebeldía del derecho no excusa de su cumplimiento, mientras que la rebeldía de la moral sí. El sujeto tiene autonomía para considerar en qué circunstancias no tiene sentido en su vida la norma ética.