

# La pena: función y presupuestos

## The penalty: function and requirements

IVÁN MEINI\*

**Resumen:** La legitimación de la sanción penal se deriva de los fines que persigue en un Estado de derecho. Dicha legitimación debe abarcar tanto a la pena como a la medida de seguridad, y tener en cuenta que tanto la pena como la medida de seguridad se imponen a quien infringe una norma de conducta y, por tanto, a quien tiene capacidad para infringirla.

Esto presupone revisar el concepto de capacidad penal o imputabilidad, pues si imputabilidad es capacidad para comprender la realidad y adecuar el comportamiento a dicha comprensión, y toda sanción penal legítima ha de imponerse a quien tiene dicha capacidad, también las medidas de seguridad han de ser impuestas solo a imputables. Los verdaderos inimputables son aquellos que están al margen del derecho penal y a quienes resulta ilegítimo imponer alguna sanción. En esta línea, la imputabilidad ha de ser vista no solo como presupuesto del delito, sino como presupuesto de cualquier diálogo que tenga el Estado con el ciudadano con respecto al delito, al proceso y a la ejecución de la pena.

**Palabras clave:** legitimación de la pena – sanción penal – medida de seguridad – prevención general – prevención especial – retribución – doble vía – culpabilidad – capacidad penal – imputabilidad – inimputabilidad

**Abstract:** Legitimacy of criminal sanction is originated on its own purposes pursued in a state governed by the Rule of Law. That legitimacy should include the penalty as well as security measures, bearing in mind that both are imposed to someone breaking a rule of conduct, and therefore, someone capable to do it. Reviewing penal capacity or criminal liability concepts is required because if penal capacity means the capacity to understand the reality and adjust the behavior to it, and if every legitimate criminal sanction have to be imposed to someone who have the capacity of break it, then security measures also have to be imposed only to people responsible, capable to understand rules and act in accordance. With regard to people not subject to criminal liability they are standing outside Criminal Law and punish them would be illegitimate. In this line, criminal liability should be seen not only as a crime assumption but also as a basic statement for any dialogue the state shall have with the citizens: at the level of crime itself, proceedings and sentence execution .

---

\* Profesor ordinario de Derecho Penal, Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España. Becario de doctorado de la AECl y becario de postdoctorado de la Universidad de Fribourg, Suiza, del Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero e Internacional, Freiburg i. Br. Alemania, y de la Agencia Alemana de Intercambio Académico en la Universidad de Göttingen, Alemania. Principales líneas de investigación: Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal Económico, Protección penal de los Derechos Humanos, Criminalidad organizada y Derecho Penal de la Función Pública. Correo electrónico: ivan.meini@pucp.edu.pe

**Key words:** penalty legitimacy – penalty sanction – security measures – general prevention – special prevention – retribution – two track approach – culpability – criminal capacity – subject to liability – not subject to liability

CONTENIDO: I. PLANTEAMIENTO.— II. JUSTIFICACIÓN ABSOLUTA DE LA PENA.— II.1. EXPIACIÓN.— II.2. RETRIBUCIÓN.— III. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA EN ATENCIÓN A SUS FINES.— III.1. PREVENCIÓN ESPECIAL.— III.2. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA.— III.3. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.— IV. TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN.— V. TEORÍAS DE LA UNIÓN.— VI. TOMA DE POSTURA.— VII. FUNCIÓN Y FINES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.— VII.1. EL MODELO DUALISTA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.— VII.2. CUESTIONAMIENTO DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL COMO FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. SU NATURALEZA SANCIONADORA Y SU UTILIDAD FRENTE AL DÉFICIT DE «SOCIALIZACIÓN PENAL».— VII.3. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. VII.4. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y LA APUESTA POR EL SISTEMA UNITARIO.

## I. PLANTEAMIENTO

1. El monopolio estatal de la actividad punitiva (art. 139.1 Const.) obliga a ensayar un discurso legitimador que solo puede construirse a partir de la racionalidad de la pena<sup>1</sup>. La racionalidad de la pena depende de su coherencia con los elementos del sistema penal que le anteceden en su actuación. Por tanto, la función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual.

Un discurso legitimador de la pena que asuma este planteamiento como punto de partida soportará luego ser confrontado con las consecuencias *jurídicas* que genera la aplicación de la pena. Las consecuencias *naturales* de la pena, como la ausencia del condenado del seno familiar o el placer que experimenta la víctima cuando se condena a su agresor<sup>2</sup>, quedan al margen del análisis. En la legitimación de la pena debe discutirse únicamente si, cómo y en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.

La libertad jurídica a la que se hace referencia no debe entenderse como la libertad *formal* que se deriva y desprende de las instituciones legales,

1 RUDOLPHI, Hans Joachim. En *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, previo al § 1 n.m. 1; FREUND, Georg. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. Heidelberg: Springer-Verlag, 1998, § 1 n.m. 1; KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Springer, 1997, pp. 37 y ss.

2 A no ser que se quiera fundamentar la pena en el sentimiento de venganza.

## 143

LA PENA:  
FUNCIÓN Y  
PRESUPUESTOSTHE PENALTY:  
FUNCTION AND  
REQUIREMENTS

pues con ello se corre el riesgo de obviar los graves defectos estructurales del poder punitivo que hacen de él un sistema arbitrario y selectivo. La libertad de actuación que la sanción estatal reivindica es la que se deriva de los valores ético-sociales que guían la convivencia pacífica de las personas, o, dicho en otras palabras, los valores que permiten que todas las personas por igual diseñen su proyecto de vida y desarrollen libremente su personalidad.

2. El enfoque descrito asume como premisa que en la legitimación de la pena debe reivindicarse su naturaleza social, esto es, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto<sup>3</sup>, y no limitarse el análisis a la relación entre el infractor que la padece y el Estado que la aplica. Así como la libertad jurídicamente garantizada que delimita la norma de conducta no es solo un vínculo entre el destinatario de la norma y el Estado, sino que enlaza a todos los ciudadanos entre sí y con el Estado —pues se trata de respetar la libertad de actuación del otro como se pretende que la de uno sea respetada—, así también la aplicación de la pena exige que se constate una *necesidad social* como presupuesto adicional a la vulneración de la norma de conducta. De ahí que, por ejemplo, el paso del tiempo atenúe o haga desaparecer la necesidad social de pena (prescripción), o que esta decaiga en casos de bagatela si el infractor repara el daño (principio de oportunidad).

3. En la legitimación de la pena no puede limitarse a una modalidad de pena en concreto. Debe tenerse presente la totalidad del arsenal punitivo. Este aspecto suele pasar desapercibido, como lo demuestra el hecho de que la discusión sobre la pena, una vez superada la pena de muerte, gire en torno a los fines de la pena privativa de libertad, y solo en ocasiones excepcionales se incluyan otras penas, como la restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa. Un análisis que no tenga en cuenta este detalle no podrá justificar la pena como institución jurídica. Lejos de ello, correrá el riesgo de encasillar los comportamientos merecedores de pena como comportamientos merecedores de pena privativa de libertad.

Que las teorías de la pena se hayan preocupado casi en exclusiva de la pena de prisión y hayan desatendido al resto de modalidades de pena indica, además, que la discusión sobre la legitimación de la pena se ha centrado en la legitimación de la *ejecución de la pena de prisión*. La doctrina mayoritaria entiende que la pena solo podrá legitimarse si su ejecución es compatible con los estándares de un Estado de derecho.

3 Así también, SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*, 2 Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, pp. 87 y ss. Que la acción penal sea normalmente pública es una muestra de lo que se dice. A tal punto que podría plantearse seriamente si los infracciones cuya acción penal es privada (p.ej., injurias) deben mantenerse como delitos o ser consideradas infracciones civiles para las cuales, dada su escasa gravedad que se representa en la falta de legitimidad de terceros para emplazar al Estado a su juzgamiento, existirían otras medidas, no represivas, más idóneas, como la responsabilidad por daño extracontractual.

Ello es tan correcto como insuficiente: no solo la ejecución de la pena, sino también su previsión como pena abstracta en los tipos penales y su individualización judicial debe estar sometida a los fines que se identifiquen como propios de la pena en cada una de esas etapas. Cuestión distinta es si para la legitimación de la pena como institución jurídica interesan por igual estas tres etapas (tipificación, individualización y ejecución), o si por el contrario alguna de ellas cobra especial importancia en función de la modalidad de pena que se trate. En lo que aquí interesa, la legitimación de la pena como institución jurídica depende de que sea una reacción *necesaria, idónea y proporcional* frente al delito cometido, con independencia de su concreta modalidad<sup>4</sup>.

4. De lo anterior se sigue que la intensidad afflictiva de los distintos tipos de pena debe ser directamente proporcional al reproche ético-social que exprese cada una de ellas<sup>5</sup>. Así lo exige el principio de proporcionalidad. Y por eso no resulta extraño que algunos autores postulen un derecho penal de dos velocidades y reserven la pena de prisión y las garantías propias del derecho penal para las infracciones más graves, y propongan enfrentar las infracciones más leves con penas distintas de la prisión y la flexibilización de los criterios de imputación de responsabilidad penal<sup>6</sup>. Podría también pensarse en detraer del derecho penal las infracciones leves que no justifican una privación de la libertad y considerarlas como infracciones administrativas.

Sin embargo, no parece adecuado prescindir de la posibilidad de utilizar penas de distinta naturaleza y gravedad. La diversidad del arsenal punitivo permitirá reacciones idóneas y proporcionales a la naturaleza y gravedad de la infracción, y a las necesidades sociales existentes al momento de la condena. En todo caso, las infracciones que se reprimen con penas leves deben ser sometidas a un permanente análisis que garantice que superan el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal<sup>7</sup>.

4 FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles (trads.). Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 54 y ss.; FREUND, Georg. Ob. cit., § n.m. 18 ss. En extenso, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Séptima edición. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Baylos, Juan Terradillos y Juan Ramón Cantarero (trads.). Madrid: Trotta, 2005, pp. 353 y ss. El análisis de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la pena para evitar el comportamiento típico no pertenece al análisis de legitimación de la pena sino al de la norma penal, pues ahí se determina si desde una perspectiva *ex ante* el comportamiento que prohíbe la norma de conducta merece pena.

5 No es lo mismo una pena de vigilancia electrónica personal (artículo 29-A CP), una prestación de servicios a la comunidad (artículo 34 CP) o una inhabilitación (artículo 36 CP), que una pena privativa de libertad.

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 178 y ss.

7 Esto adquiere relevancia si se recuerda que algunas penas distintas de la pena privativa de libertad encuentran su razón de ser en ser alternativas a ella. Sucede así con la pena de prestación de servicios a la comunidad pero ello no logra solapar que no sea seguro que la gravedad de una infracción penal que solo se castiga con prestación de servicios a la comunidad justifique su manutención como delito.

## II. JUSTIFICACIÓN ABSOLUTA DE LA PENA

1. Para las teorías absolutas, la pena retribuye o expía la culpabilidad del autor<sup>8</sup>. En la literatura científica se suele calificar a las teorías absolutas como teorías retributivas, por entenderse que no buscan prevenir la comisión de delitos. La pena se desvincularía de su efecto social y se trataría de una simple retribución por un mal (delito) causado. Así entendidas (lat. *absolutus* = desvinculado<sup>9</sup>), las teorías absolutas no serían teorías sobre los fines de la pena sino teorías penales<sup>10</sup>. Ello es de recibo siempre y cuando el término «fin» se entienda como utilidad social derivada de la imposición de la pena, ya que incluso la pena concebida como retribución de la culpabilidad cumple la función de restablecer el orden jurídico y de realizar justicia<sup>11</sup>.

2. Las teorías absolutas no rechazan la posibilidad de que la pena esté en condiciones de alcanzar algún fin reparador, resocializador o de neutralización de delincuentes, pero ello no interesa en su legitimación<sup>12</sup>. No extraña entonces que las ideas filosóficas que subyacen a estas teorías conciben al hombre como sujeto capaz de autodeterminarse a sí mismo, y al Estado como custodio y guardián de la justicia terrestre y de la moral, cuya tarea se limita a la protección de la libertad individual<sup>13</sup>. Esto explica que las teorías absolutas de la pena hayan sido defendidas no solo con argumentos jurídicos, sino también desde postulados religiosos y éticos<sup>14</sup>. A lo largo de la evolución histórica de las teorías de la pena, las teorías absolutas han sido edificadas sobre la base de la expiación o de la retribución.

### II.1. Expiación

1. Según la idea de la expiación, el sentido de la pena es conciliar al infractor consigo mismo y con la sociedad, y ayudarlo a alcanzar de nuevo

8 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trads.). Madrid: Civitas, 2007, § 3 n.m. 2; STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat*. 4. Aufl., Berlin: Carl Heymanns, 2000. §; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 4 y 5, nota 5; JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Miguel Olmedo Cardenete (trad.). Granada: Comares, 1995, § 8 III; WESSELS, Johannes y Werner BEULKE. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 32. Aufl., Heidelberg: Muller, 2002. 12a; OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Aufl. Berlin/Nueva York: Walter de Gruyter, 2000, § 1 n.m. 72.

9 ROXIN, Claus. Ob. cit. P.G., § 3 n.m. 2.

10 MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPE. *Derecho penal. Parte general*, I. Séptima edición. Jorge Bofill Gensch y Enrique Aimone Gibson (trads.). Buenos Aires: Astrea, 1995, § 6 n.m. 3.

11 HASSEMER, Winfried. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Reihe Alternativkommentar, bearbeitet von Hassemer u.a. Neuwied, 1990, previo al § 1/411; GRACIA, Luis, Miguel Ángel BALDOVA y M. Carmen ALASTUEY. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 56; WESSELS, Johannes y Werner BEULKE. Ob. cit., 12<sup>a</sup>; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 9.

12 MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPE. Ob. cit., § 6 n.m. 3; KÖHLER, Michael. Ob. cit., AT, p. 43.

13 JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 8 III. También KÖHLER, Michael. Ob. cit., AT, p. 43.

14 Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Octava edición. Barcelona: Reppertor, 2008, pp. 87 y ss.

la plena posesión de su dignidad<sup>15</sup>. De eminente naturaleza moral y cuestionable arraigo jurídico, el postulado de la expiación olvida que su verificación ocurriría en el fuero interno del sujeto, y la legitimación de la pena estaría condicionada al arrepentimiento sincero del sujeto y no a su imposición o ejecución<sup>16</sup>.

Para demostrar la imposibilidad de alcanzar la expiación mediante la pena, basta citar los conocidos ejemplos de quien se arrepiente antes de la condena o de quien, habiendo purgado ya su pena, no siente remordimiento alguno o incluso considera que actuó de manera correcta y decide volver a delinquir. A esto hay que añadir la estigmatización social que suele recaer en el condenado y que le dificulta sentirse redimido. Las críticas frente al desempeño práctico de la expiación abundan en la principal oposición que se le formula como fin de la pena desde el Estado de derecho: la coerción penal no es un mecanismo para moldear sentimientos en un sistema jurídico que reconoce la libertad de pensamiento como derecho fundamental (artículos 2.1 y 2.3 Const.).

## II.2. Retribución

1. La retribución postula que la pena compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva. En esta línea, Kant sostuvo que, si la pena persiguiera alguna finalidad, como tratar al infractor o servir de ejemplo a la sociedad, o ser un medio para fomentar un bien, sea para el delincuente o para la sociedad, el hombre dejaría de ser un fin en sí mismo y sería tratado como un medio, como un objeto del derecho de «cosas»<sup>17</sup>. El ejemplo de la isla propuesto por Kant es bastante ilustrativo: «aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo»<sup>18</sup>.

De ahí que la ley del Talión (= *ius talionis*) sea para Kant la única capaz de establecer de manera justa la cualidad y cantidad de castigo que merece el sujeto infractor: la pena ha de ser proporcional a ofensa causada<sup>19</sup>. Deben, en consecuencia, desterrarse las penas indeterminadas, superiores o inferiores a las que efectivamente merezca el sujeto.

15 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, §2 n.m. 7; ROXIN, Claus. PG, § 3 n.m. 10; STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., § 1 n.m. 10. Sobre esto véase NOLL, Peter. *Die ethische Begründung der Strafe*. Tubinga: J. C. B. Mohr, 1962, p. 8.

16 Así, SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*, p. 46; KÖHLER, Michael. *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg: R. v. Decker, 1986, p. 67; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 8; STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., AT, § 1 n.m. 10.

17 KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (trad. y notas). Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005, n.m. 331.

18 *Ibid.*, n.m. 333.

19 *Ibid.*, n.m. 332.

La retribución en Kant tiene un importante trasfondo político-criminal, pues solo una pena retributiva dispuesta judicialmente, cuya magnitud sea de la misma medida que el daño ocasionado con el delito, ayudaría a controlar las manifestaciones espontáneas de venganza de las víctimas o de las personas afectadas con el delito<sup>20</sup>.

2. Hegel, por su lado, haciendo uso de su lógica dialéctica<sup>21</sup>, postuló que en el ordenamiento jurídico se plasma la voluntad general de las personas, que no puede ser desconocida por la voluntad individual del infractor. Cuando este delinque, cuestiona la vigencia del ordenamiento jurídico y pone en duda la voluntad general de las personas. Este conflicto es resuelto con la imposición de la pena que, como reivindicación del orden jurídico, niega el delito: la pena niega la negación del orden jurídico. El fin de la pena sería el restablecimiento del orden jurídico.

La retribución aparece en Hegel como el único criterio capaz de considerar al delincuente como ser racional y libre: si se le pretendiese curar, intimidar o neutralizar, se le equipararía a un animal peligroso. Por el contrario, con la pena retributiva «se honra el delincuente»<sup>22</sup>. A diferencia de Kant, en Hegel la pena retribuye el daño causado al ordenamiento jurídico y no la lesión a la víctima, por lo que un delito podría acarrear una pena más grave o una más leve que lo que aconsejaría la ley del Talió<sup>23</sup>.

3. Si bien en puridad de términos la pena en Kant y en Hegel no es absoluta, ya que persigue como fin la realización de la justicia y el restablecimiento del ordenamiento jurídico, respectivamente, parece que la retribución *per se* no está en condiciones de legitimar la pena en un Estado que pretende racionalizar la reacción penal. Piénsese, por ejemplo, en la pena que la retribución sugeriría para el homicida. Y además, en que si el juicio de proporcionalidad se establece entre la culpabilidad del delincuente y la pena (Kant), esta debería responder solo al merecimiento de pena y desatendería la necesidad social de pena que constituye la razón de ser de la norma de sanción. Si la pena tomara en cuenta solo la necesidad social de restablecer el ordenamiento jurídico (Hegel), el merecimiento de pena por el hecho cometido, que no es otra cosa que el significado jurídico del comportamiento que infringe la norma de conducta, dejaría de ser presupuesto de la norma de sanción.

20 STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., § 1 n.m. 11.

21 Confrontación entre dos opuestos —tesis y antítesis— que se resuelve en una forma superior —síntesis—.

22 HEGEL, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1993, § 100.

23 HEGEL, G. W. F. Ob. cit., § 101 y 218 y anotación. Podría castigarse con pena de muerte el robo de una manzana si el restablecimiento del derecho lo amerita.

### III. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA EN ATENCIÓN A SUS FINES

1. Las teorías que asignan un fin a la pena se conocen como teorías relativas de la pena. Por regla general, el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre *prevención especial*, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y *prevención general*, si se busca prevenir que terceros no delincan.

#### III.1. Prevención especial

1. Se atribuye a Franz von Liszt ser el impulsor de la prevención especial con ocasión de su Programa de la Universidad de Marburgo (1882)<sup>24</sup>. Este autor sostuvo que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes. Liszt distinguió tres manifestaciones distintas de prevención especial en función del tipo de delincuente al cual se dirige la pena. En primer lugar, para los delincuentes incorregibles propuso la inocuización o una pena de prisión por tiempo indeterminado<sup>25</sup>, bajo el entendido de que la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos que, como los delincuentes por convicción, no desisten en su intento por delinquir<sup>26</sup>; en segundo lugar, para los delincuentes habituales postuló la corrección<sup>27</sup>, y en tercer lugar, la intimidación para los delincuentes ocasionales<sup>28</sup>. Liszt no negó que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello sería solo el medio para alcanzar la prevención: la pena es prevención mediante represión<sup>29</sup>.

2. A partir de la idea de orientar las sanciones hacia la mejora y resocialización de los condenados, se fundó en 1924 la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP) y en 1947 la Sociedad Internacional para la Defensa Social<sup>30</sup>. Las ideas preventivo-especiales también inspiraron decididamente a los autores del Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966<sup>31</sup>. En nuestro medio suele afirmarse que el artículo IX TP CP se decanta por la prevención especial, aunque

24 Publicado en su *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo III, 1883, pp. 1-47, bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Aquí se utiliza la traducción de Pérez del Valle, *La idea del fin en el derecho penal*. Granada: Comares, 1995.

25 V. LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, p. 83 y ss.

26 *Ibid.*, p. 86.

27 *Ibid.*, pp. 88 y ss.

28 *Ibid.*, p. 90.

29 *Ibid.*, p. 93.

30 Cf. el «Mindestprogramm der Internationalen Gesellschaft für soziale Verteidigung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1954, pp. 646 y ss. También GRAMATICA, Filippo. *Principi de diritto penale soggettivo*. Torino: F.Lli Bocca, 1934, pp. 104 y ss.; ANCEL, Marc. *Social defense*. Londres: Routledge & K. Paul, 1965, pp. 1-5 y 199 y ss.

31 ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, PG, I, § 3 n.m. 86.

en realidad dicho precepto consigna, junto a la resocialización como fin de la pena, la prevención y la protección. El régimen carcelario, al tener por objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (139.22 Const.), sí persigue un fin preventivo-especial.

El arraigo que logró la idea de resocialización, junto al dato criminológico de que las cárceles no contribuyen a la reeducación, permitió que la doctrina postulara alternativas penales menos afflictivas que la privación de libertad y que eviten los efectos nocivos del encierro. En este contexto adquirieron especial importancia los mecanismos para sustituir la pena de prisión<sup>32</sup>. La posibilidad de convertir la pena privativa de libertad (artículos 52 CP y ss.), la suspensión de la ejecución de la pena (artículos 57 CP y ss.), la reserva del fallo condenatorio (artículos 62 CP y ss.), la exención de pena (artículo 68 CP), así como la gran mayoría de beneficios penitenciarios (artículo 42 CEP), dan cuenta de ello.

3. La prevención especial y su postulado de corregir mediante la pena seduce a primera vista. Sin embargo, un análisis más detallado aconseja prudencia frente a la resocialización como idea legitimadora de la pena. Así por ejemplo, no se entiende cómo el infractor podrá resocializarse si se le confina a un centro penitenciario en donde el contacto social es restringido —cuando no nulo— y donde imperan códigos de conducta (o de supervivencia) que distan mucho del modelo que la resocialización pregona como válido para la convivencia pacífica y que rigen fuera de prisión. Si bien es verdad que el trabajo y la educación permiten redimir parte de la pena y que esto podría ser visto como una preparación para la vida en sociedad, también lo es que las carencias materiales de los Estados impiden que en la mayoría de casos el trabajo o estudio al interior del centro penitenciario cumpla dicho objetivo.

La resocialización no deja de ser una hipótesis cuyo fracaso se comprueba con la reincidencia y cuyo eventual éxito no puede imputarse con seguridad a la pena sino a la eficacia del sistema de persecución penal. Así lo demuestra la frecuente comisión de delitos a pesar de que se castigan con penas severas, como el asesinato, el robo agravado o el secuestro, y que la determinación de cuánta resocialización necesitaría el sujeto —de lo que depende tanto la duración de la pena como el tipo de pena que se impondrá— se sustente solo en conjeturas o posibilidades de reincidencia futura<sup>33</sup>.

32 MAPELLI, Borja y TERRADILLOS, Juan María. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Segunda edición. Madrid: Praxis, 1999, pp. 19 y ss.

33 Esta crítica frente a la prevención especial sirve aquí para seguir descartando que la prevención especial pueda legitimar la pena, pero cobra aun más importancia en el ámbito de las medidas de seguridad, las cuales, y según la legislación vigente, se fundamentan en la necesidad de neutralizar la peligrosidad post-delictual del inimputable. Cómo llega el juez a saber si el sujeto es peligroso o no, y en su caso, cómo llega a saber cuán peligroso es como para ameritar una medida de seguridad, es algo que se analiza con ocasión del estudio de las medidas de seguridad.

4. Pero lo más importante es acaso que la tesis de la resocialización no ofrece respuesta a los casos de delincuencia por convicción, y que según su lógica interna admite las penas indeterminadas por encima o por debajo de la culpabilidad del infractor, pues si la finalidad de las penas es el tratamiento del sujeto, estas deberían durar tanto como sea necesario para garantizar que el déficit de socialización sea saldado. Sin embargo, no es posible legitimar las penas indeterminadas, no solo por el riesgo que representa para la seguridad jurídica, sino también porque una pena cuya duración se determine con arreglo a criterios ajenos al comportamiento antijurídico olvida que la sanción penal es, ante todo, una reacción *jurídico-penal* frente a la infracción de la norma de conducta, y como tal, su determinación y legitimación debe orientarse a mitigar los efectos *jurídico-penales* del delito. Esto último no puede ser ofrecido por la resocialización, pues centra su atención en el déficit de socialización: la pena no se vincularía con el delito como hecho antijurídico, sino con el sujeto como persona necesitada de tratamiento.

Asimismo, la tesis de la resocialización debería prescindir de la pena por ausencia de necesidad de tratamiento en los casos en que el sujeto se arrepiente y da muestras claras de que no volverá a delinquir, aunque, de nuevo, difícilmente alguien será partidario de admitir que el arrepentimiento opere como regla general de exención de pena, sobre todo en los delitos graves (terrorismo, criminalidad organizada, etc.). No es extraño, entonces, que en su versión original la prevención especial no se restringiese a la resocialización del infractor, sino que pregonase el encierro permanente para los incorregibles y la simple reprimenda para los delincuentes ocasionales.

4. Todo esto conduce a que la resocialización deba ser valorada tan solo como postulado político criminal que inspira la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no como fin de la sanción penal. Así se expresan los artículos 139.22 Const. y 10.3 PIDCP, y lo reconoce la STC 010-2002 AI/TC, de conformidad con la cual reeducación, rehabilitación y reincorporación significan aprender a hacer un uso responsable de la libertad, en donde el término «responsable» es sinónimo de respeto por las normas de convivencia social<sup>34</sup>. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, no puede soslayarse el mérito de la prevención especial al poner en alerta la responsabilidad que asume el Estado frente a la población carcelaria, así como su importancia en la previsión de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad efectiva.

34 En detalle, MEINI, Iván. *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara, 2009, pp. 327 y ss., en especial, pp. 334 y ss.

### III.2. Prevención general negativa

1. A principios del siglo XIX, Feuerbach, impulsor de la prevención general negativa, postuló que el padecimiento de la pena, al tener lugar con posterioridad a la perpetración del delito, es insuficiente para prevenir delitos. De ahí que pusiera énfasis en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito<sup>35</sup>, lo que se conseguiría cuando «cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho»<sup>36</sup>.

La seriedad de la coacción psicológica, a riesgo de quedar ayuna de contenido, estaría supeditada a que se confirme con su aplicación. Algunos autores invocan el psicoanálisis freudiano para justificar que la sociedad acuda a la amenaza de una pena para conseguir que se respeten las normas elementales de convivencia<sup>37</sup>. Se echa así mano de un razonamiento aceptado ya en otras disciplinas científicas, conforme al cual la persona suele relacionar los estímulos que recibe con la valoración de los actos que realiza: el premio es la consecuencia de las acciones valoradas positivamente y el castigo lo es de las indeseadas. Otros autores, como Bentham, entendieron que la intimidación se verifica durante la ejecución de la pena y no antes de su imposición, por lo que resulta primordial la forma como se ejecuta la pena.

2. La prevención general negativa, entendida como coacción psicológica, tiene el mérito de ilustrar con suficiente claridad lo que realmente ocurre con la pena. Por más que se logre construir un discurso resocializador, la realidad enseña que la pena es utilizada como una amenaza. Además —y aunque en un principio parezca lo contrario—, al disciplinar los comportamientos según la norma penal y no educar o convencer de las eventuales virtudes de la pena, la prevención general negativa respeta la libertad de pensamiento propia del Estado de derecho.

3. No obstante, más que una teoría de la pena, la prevención general negativa es una teoría de la norma penal. En efecto, al postular que la coacción psicológica se verifica antes de la imposición de la pena, no ofrece un argumento convincente que legitime la imposición de la pena, más aun si esta se aplica cuando la prevención no ha podido neutralizar los deseos criminales.

35 FEUERBACH, P.J.A.R. *Tratado de derecho penal*. Décimo séptima edición. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trads.). Buenos Aires: Hamurabi, 1989, § 11 s.

36 *Ibid.*, § 13.

37 GIMBERNAT, Enrique. «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?». En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 57 y ss. También HASSEMER Winfried. *Strafrecht im Rechtsstaat*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2000, p. 206; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «Prevención general, sociedad y psicoanálisis». *Cuadernos de Política Criminal*, 16 (1982), pp. 93 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 29 y ss.

Por lo demás, se advierten otras razones que revelan la poca idoneidad de la prevención general negativa: autorizaría recurrir a penas desproporcionadas frente a la culpabilidad cuando así lo exigieran necesidades preventivas (intimidar a la colectividad); resulta endeble frente a los delincuentes por convicción, en quienes la pena no genera temor alguno; al presuponer que las personas a quienes la pena coacciona son sujetos que actúan razonablemente, olvida que en muchos casos el delito se comete sin que exista una decisión que sopesa los costos y beneficios, y cuando no es así, se suelen tomar en cuenta aspectos adicionales a la pena, como la posibilidad de ser descubierto y la posibilidad de sustraerse del sistema de persecución penal (prescripción, clandestinidad, corrupción de autoridades, etc.).

### III.3. Prevención general positiva

1. La prevención general positiva postula la prevención de delitos mediante la afirmación del derecho. A partir de este postulado se diferencian dos grandes corrientes de la prevención general positiva. En primer lugar, la prevención *integradora*, para la cual la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma vulnerada con el delito. Con ello se generaría confianza en la sociedad sobre el funcionamiento del derecho<sup>38</sup>, ya que, después de todo, se ha impuesto una pena por el delito perpetrado y eso significa que el Estado ha reaccionado frente al delito. La pena, aquí, integra a la sociedad, en el sentido que propicia la confianza de la colectividad y facilita el respeto hacia el derecho.

En segundo lugar, la prevención *estabilizadora*, que proclama que la pena restablece la vigencia de la norma penal que ha sido cuestionada con el delito<sup>39</sup>. Al hundir sus raíces en el pensamiento de Hegel, la prevención estabilizadora prescinde de cualquier finalidad preventiva. No otra cosa se concluye si a la pena se le asigna como única función estabilizar (restablecer) el derecho que el delincuente desconoce con su infracción, y que el significado de la pena es explicitar que el comportamiento contrario a la norma no marca la pauta a seguir sino que ella es fijada por la norma penal<sup>40</sup>.

2. Al reivindicar el derecho vulnerado por el delito, la prevención general positiva asume que la legitimación de la pena se desprende de

38 KAUFMANN, Armin. *Política criminal y reforma penal*. Bogotá: Temis, p. 127; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., L. 3/19 y ss. Antes WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. Décimo segunda edición. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 12, refiriéndose al valor de actuar conforme a derecho arraigado en la permanente conciencia jurídica.

39 Por todos, JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons, 1997, 1/1 s. y 1/4 y ss.; Sobre el concepto de la pena, p. 75.

40 LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 48; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *El injusto penal y su prevención en el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1997, p. 59 y ss.

la relación entre esta y la norma de conducta. Ello le permite mantener la coherencia frente al funcionamiento del sistema penal: la norma de conducta vulnerada, que se legitima como expresión de la libertad jurídicamente garantizada, sigue siendo necesaria y tiene plena vigencia como pauta de conducta en la sociedad, a tal punto que se impone una pena por su desconocimiento.

3. Sin embargo, la prevención general positiva ha sido resistida por un nutrido sector de la doctrina que la tacha de incapaz de ofrecer alternativas a la forma como opera el sistema penal y de postular mejoras a su funcionamiento. Esta crítica, que se enuncia sobre todo contra la prevención estabilizadora, desnuda que la prevención estabilizadora *describe* qué es lo que pasa cuando se impone una pena, y como descripción de un proceso no valora los fines políticos del sistema jurídico en cuya defensa se impone la pena. Si el derecho restablecido se ajusta al modelo democrático, teocrático, autoritario, o tiene déficits de participación ciudadana, es algo que la pena, como instrumento al servicio del sistema jurídico, no está en capacidad de cuestionar.

En contra de la prevención integradora se sostiene, además, que la confianza en el derecho que ha de generar la pena depende de la manera en que esta se aplica, así como de su *quantum*. Si de propiciar confianza en el derecho se trata, habría que atender, antes que a la pena, a la eficacia de las instituciones que forman parte del sistema penal, como la Policía, el Poder Judicial y el Ministerio Público, pues de sus actuaciones depende en última instancia que la población confíe o no en el derecho.

#### IV. TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN

1. La teoría de la diferenciación de Schmidhäuser separa lo que él denomina «teoría de la pena en general» de «los momentos que se viven en el desarrollo de la pena». En el marco de «la teoría de la pena en general», diferencia el sentido (*Zweck*) de la pena, que es combatir la criminalidad, del fin (*Ziel*) de la pena, que sería mantener la criminalidad dentro de límites que permitan la convivencia social<sup>41</sup>. En este escenario adquiere especial importancia la prevención general: la condena sirve de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en dicho ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (prevención general negativa), y muestra al mismo tiempo la validez de la norma<sup>42</sup> (prevención general positiva). Se descarta aquí la prevención especial (resocialización), porque llevaría a prescindir de la pena cuando no

41 SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Ob. cit. 3/15, haciendo especial énfasis en que se trata de la única finalidad realizable.

42 Ibid. 3/16.

existiesen probabilidades de reincidencia y extendería el tratamiento penitenciario hasta alcanzar la mejora del interno<sup>43</sup>.

2. Con respecto a los *momentos en que se desarrolla la pena*, Schmidhäuser señala que (i) al legislador la pena le permite resaltar el valor de la sociedad y la idea de justicia<sup>44</sup>; (ii) a los órganos de persecución penal (por ejemplo, Policía y Ministerio Público) les compete esclarecer los delitos y llevar al infractor ante el juez<sup>45</sup>; (iii) al juez le atribuye la obligación de juzgar con arreglo al principio de legalidad y sancionar comparando las penas previstas para otros delitos y para los delitos que el infractor haya podido cometer<sup>46</sup>; (iv) a los funcionarios de ejecución penal les reconoce el deber de ayudar al interno a que aproveche el tiempo en prisión<sup>47</sup>; (v) el condenado ha de procurar librarse de su culpabilidad —lo que se asemeja a la expiación—<sup>48</sup>, y (vi) la sociedad ha de dar por purgada la pena y aceptar el regreso del sujeto (conciliación)<sup>49</sup>.

## V. TEORÍAS DE LA UNIÓN

1. Las teorías de la unión justifican la pena combinando y superponiendo los fines que postulan las distintas teorías de la pena existentes, logrando así equipararlas en importancia y rescatar las bondades que cada una de ella pueda tener. Sin embargo, por lo mismo, arrastran las críticas que se les formulan<sup>50</sup>, en particular, la duda de que la expiación, retribución, resocialización, compensación de la culpabilidad y la prevención general puedan coexistir simultáneamente.

2. Dentro de las diversas manifestaciones de la teoría de la unión, la doctrina se refiere a la «Teoría preventiva de la unión» (*präventive Vereinigungstheorie*)<sup>51</sup>, cuyo principal exponente, Roxin, la concibió a partir de su teoría dialéctica de la unión que se remonta a 1966<sup>52</sup>. El punto de partida de la teoría preventiva de la unión es reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de

43 *Ibid.* 3/17.

44 *Ibid.* 3/21.

45 *Ibid.* 3/22.

46 *Ibid.* 3/23.

47 *Ibid.* 3/24.

48 *Ibid.* 3/25.

49 *Ibid.* 3/26.

50 Se muestran críticos HASSEMER, Winfried. Ob. cit. previo al § 1/427 y ss.; BAUMANN, Jürgen, Ulrich WEBER y Wolfgang MITSCH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10 Aufl.. Bielefeld: Giese King, 1995, § 3 II 2 a B; STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., AT, § 28, ROXIN, Claus. Ob. cit. § 3/33 y ss.; CALLIES, Rolf-Peter. «Theorie der Strafe», *Neue Juristische Wochenschrift*, (1989), p. 1339; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 42; JAKOBS, Günther. *Sobre el concepto de la pena*. Manuel Cancio Meliá (trad.). Bogotá: Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, pp. 62 y ss.

51 En lo que sigue, ROXIN, Claus. AT<sup>4</sup>, § 3/37 y ss.

52 ROXIN, Claus. «Sentido y fines de la pena estatal». Diego Manuel Luzón Peña (trad.). En *Problemas fundamentales de derecho penal*. Madrid: Reus, 1988, pp. 11 y ss.

la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal como la pena.

Según esta concepción, la pena cumple funciones de prevención especial y de prevención general, y queda limitada por la culpabilidad del sujeto, lo que la haría proporcional frente a su responsabilidad. No obstante, es posible reducir la sanción a imponer si existen razones *preventivo-especiales* que lo ameriten (por ejemplo, cuando, a pesar de la gravedad del delito cometido, sea innecesario un tratamiento penitenciario prolongado al mostrar el sujeto cierto grado de socialización), siempre y cuando las exigencias *preventivo-generales* no se opongan a ello, es decir, siempre y cuando la atenuación de la pena no afecte a la confianza en el derecho.

3. Si bien la teoría preventiva de la unión tiene el mérito de rescatar solo los aspectos favorables de la prevención especial y de la prevención general, no parece del todo seguro que siempre sea posible equilibrar las necesidades de prevención especial y general. Sucede así, sobre todo, en los casos de delitos de bagatela de frecuente comisión.

## VI. TOMA DE POSTURA

1. La legitimación de la pena ha de discurrir sobre dos ideas rectoras. En primer lugar, no recargar a la pena asignándole funciones que otras instituciones del derecho penal han de cumplir. Esto presupone ubicar a la pena dentro del sistema penal teniendo en cuenta el momento en que actúa, y relacionarla con el fin del derecho penal, el fin de la norma penal y la finalidad de la ejecución penal. En segundo lugar, los parámetros de legitimación que se empleen deben ser reales, posibles y actuales. No otra cosa se exige en un Estado de derecho cuando se restringe la libertad de una persona. Este planteamiento descarta de plano la validez de las teorías absolutas, en tanto niegan cualquier utilidad a la pena y la justifican en sí misma o en postulados morales.

También se descartan aquellas otras teorías que ubican la finalidad de la pena en momentos distintos de su imposición. Es lo que ocurre con la prevención general negativa, que incide en la amenaza de pena a quien todavía no delinque y se enfoca en un estadio anterior a la pena, lo que debería llevarla, en coherencia con sus postulados, a que la pena se determine en función de la neutralización de los estímulos del infractor y no con arreglo al daño social del delito<sup>53</sup>. O con la prevención especial, que de la mano de la resocialización busca racionalizar lo que ocurre después de la imposición de la pena durante el tratamiento penitenciario.

53 JAKOBS, Günther. Ob. cit. PG, 1/29 s.; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 27. Resaltan el declive de la culpabilidad, STRATENWERTH, Günter. Ob. cit. AT, § 1/25; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., p. 34.

2. Del hecho de que la pena se imponga a consecuencia de la comisión de un delito se deduce que no tiene capacidad para prevenirlo ni para proteger bienes jurídicos. Su presencia, siempre tardía a este respecto, no deja otra alternativa que aceptar que en cuanto a la relación entre la pena, y la prevención de delitos y protección de bienes jurídicos, en el mejor de los casos, la primera refuerza la función de motivación y con ello apuntala la protección de bienes jurídicos.

3. A partir de la idea anotada en el párrafo anterior se puede esbozar el fin de la pena: la norma de conducta expresa la distribución de la libertad de actuación en sociedad<sup>54</sup>, y el delito, como infracción de la norma, cuestiona dicha distribución de libertades, mereciendo la imposición de una pena que expresa que la norma vulnerada sigue rigiendo como modelo de conducta. Dicho en otras palabras, la función de la pena consiste en reivindicar la distribución de libertades que expresa la norma penal. Como la pena se vincula íntimamente con la norma de conducta y el derecho penal, es menester asignarle un sentido y un valor jurídico y superar la eventual crítica que podría merecer por ser, como la prevención general, una simple descripción: si las funciones de la norma penal y del derecho penal están condicionadas por el modelo de Estado constitucional de derecho en el cual se insertan, el sentido que expresa la pena solo puede ser reivindicar una distribución *justa* de libertades.

Solo si se tiene en cuenta el sentido de justicia que ha de expresar la pena, puede su imposición contribuir legítimamente al reforzamiento cognitivo de la confianza de la sociedad en la norma de conducta. Confianza que nada tiene que ver con que el ciudadano *comparta* las razones que llevan a prohibir un comportamiento, ni con que *entienda* que es necesario prohibir ciertos comportamientos por representar un riesgo intolerable para los bienes jurídicos, ni con que la imposición de la pena satisfaga una legítima expectativa de orden, desarrollo individual y funcionamiento de la sociedad, sino tan solo confianza en que, independientemente de las razones que tengan unos y otros, no se vulnerará la norma de conducta.

4. El discurso legitimador de la pena aquí expuesto, tributario de la legitimidad de la norma penal, ofrece un margen de crítica frente a la forma en que el Estado ejercita la actividad punitiva. La pena siempre sancionará, pero solo se legitimará como reivindicación de una distribución justa de libertades si el juicio de merecimiento de pena que recae sobre el comportamiento prohibido y que descansa detrás de toda norma de conducta responde a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que rigen la protección penal de los bienes jurídicos. Esto no ocurrirá cuando el comportamiento que se prohíbe no supera

<sup>54</sup> Al prohibir comportamientos de riesgo penalmente relevantes para bienes jurídicos, la norma penal indica a qué está autorizado y a qué no está autorizado el ciudadano en su actuación en sociedad.

el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal, aun cuando el legislador se haya empeñado en lo contrario (según la concepción que aquí se sigue, la previsión en la ley de un delito no asegura que se trate de un comportamiento necesitado de penal). Por ejemplo, cuando se impone una pena por el delito de eutanasia (artículo 112 CP) o de ayuda al suicidio (artículo 113 CP), pues en ambos casos se sanciona por realizar la voluntad del titular del bien jurídico, desconociéndose que un Estado de derecho no tiene un rol paternalista frente al ciudadano y que, por el contrario, debe respetar su autonomía.

5. La legitimidad de la pena no se agota en la legitimidad de la norma de conducta: abarca también su determinación. Quien quiera mantenerse bajo el abrigo del principio de proporcionalidad, deberá admitir que la pena debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución. En este sentido, debe afirmarse sin tapujos que la pena es retributiva si el presupuesto de la norma de sanción es la infracción de la norma de conducta, y todos los aspectos que se tienen en cuenta para su determinación encuentran ahí su origen. La pena, irremediamente, es una reacción coercitiva y desvalorada que se impone al responsable de dicho acto. Este —el delincuente— sigue estando obligado como ciudadano a contribuir en el proyecto común de convivencia pacífica a costa de padecer la imposición de la pena<sup>55</sup>.

6. A tenor de lo anterior —y por último, aunque no por ello menos importante—, la pena, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social<sup>56</sup>. Tal es su esencia y la razón última de su legitimación. Admitiendo que la protección penal de bienes jurídicos responde a la vital importancia que tienen para el libre desarrollo de la personalidad y mantenimiento del ordenamiento jurídico, deberá aceptarse luego que los bienes jurídicos están impregnados de una potente carga ético-social, a tal punto que su naturaleza solo puede ser aprehendida en su verdadera dimensión si se admite que la calificación de determinadas realidades como bienes jurídico-penales viene precedida por, y encuentra su razón de ser en, la consideración de dichas realidades como valores sin los cuales la convivencia pacífica y democrática sería inviable. Su tutela, por lo tanto, antes que un cometido penal, es una responsabilidad ética de cualquier sociedad que pretenda su preservación.

55 Con especial énfasis en la retribución de la pena en la dogmática actual, PAWLIK, Michael. «La pena retributiva y el concepto de delito». En *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Pons, 2010, pp. 75 y ss., en especial p. 102 y ss.

56 Con múltiples referencias, JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 8 I 2 b).

En este escenario, la pena explicita un reproche ético-social por el hecho cometido (o mejor, por la valoración que recae sobre la reconstrucción del hecho cometido que tiene lugar en el proceso penal) y refuerza la necesidad *ética* de autoprotección que tiene que la sociedad.

## VII. FUNCIÓN Y FINES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

### VII.1. El modelo dualista y las medidas de seguridad

1. Afiliándose al modelo «dualista» que se ha impuesto en derecho comparado desde mediados del siglo pasado, el Código Penal peruano distingue entre penas y medidas de seguridad, dependiendo de si el infractor es un imputable o inimputable, respectivamente. En este esquema, la pena se corresponde a la culpabilidad del sujeto, mientras que la medida de seguridad se orientaría a menguar la peligrosidad post-delictual que, definida como «una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos» que el juez deduce a partir «del hecho cometido y de la personalidad del agente» (artículo 72.2 CP), suscita en la sociedad necesidad de protección frente a la eventual reincidencia del inimputable.

La finalidad de las medidas de seguridad sería preventivo-especial<sup>57</sup>, algo que parece confirmar el artículo IX TP CP cuando señala que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, aunque, dependiendo de la concreta medida de seguridad de que se trate, estos fines se acentúan o deterioran: el tratamiento ambulatorio pretende objetivos terapéuticos o de rehabilitación (artículo 76 CP), y el internamiento, terapéuticos o de custodia (artículo 74 CP).

2. En su origen, las medidas de seguridad fueron pensadas como reacciones destinadas a educar, corregir y conseguir que el infractor se tornara inofensivo. Stoos, quien tiene el mérito de haber marcado el camino que han seguido en su desarrollo las medidas de seguridad<sup>58</sup>, previó de manera pionera en su Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 la posibilidad de imponer no solo penas acordes con la culpabilidad del infractor, sino también «medidas de corrección y de seguridad» para inimputables<sup>59</sup>. Y lo hizo de la mano de un argumento que mantiene vigencia en la actualidad, al menos para los partidarios del modelo «dualista»: a diferencia de las penas que se fundamentan en un juicio retrospectivo sobre el hecho cometido, las medidas de

57 Así, ROXIN. Ob. cit., § 3/63 y ss. Próximos, JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 9 II 1.

58 FRISCH, Wolfgang. «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho». Patricia Ziffer (trad.), *InDret*, 3 (julio 2007), p. 5.

59 STOOS, Carl. «Der Geist der modernen Strafgesetzgebung», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 9 (1896), pp. 269 y ss.

corrección y seguridad responden a un análisis prospectivo sobre la peligrosidad futura del sujeto.

3. Sin embargo, no es seguro que esta forma de entender las cosas sea la que mejor se ajuste al Estado de derecho. Por un lado, debido a que, según el sentimiento jurídico actual, en la pena se refleja algo más que la culpabilidad del sujeto, y a tenor de la legislación vigente, las medidas de seguridad son la consecuencia de cometer un hecho antijurídico que es tenido en cuenta para su imposición. Esto induce a pensar que las medidas de seguridad *algo* tienen de naturaleza sancionadora. Por otro lado, porque el concepto «peligrosidad», entendido como prognosis de comportamientos delictivos futuros, está impregnado de ideas sociales preconcebidas y excesivamente arraigadas<sup>60</sup>, lo que lo torna en un concepto permeable a peligrosas cavilaciones coyunturales, con cuyas lamentables muestras nos nutre con persistencia la historia<sup>61</sup>.

Ejemplos como la Ley de Delinquentes Habituales del Tercer Reich, la Ley de Vagos y Maleantes del franquismo español, y, en épocas más recientes, *The Patriot Act*, o la implementación paulatina en Códigos Penales de la libertad vigilada posterior a la pena para sujetos que se consideran peligrosos, dan cuenta de lo poco conveniente que es para la seguridad jurídica habilitar reacciones penales (aunque se les quiera detraer *teóricamente* su carga aflictiva) sobre la base de una pretendida peligrosidad. Incluso en nuestro medio las medidas de seguridad han sido utilizadas en el Código Penal de 1924, vigente hasta 1991, frente a una supuesta peligrosidad criminal de «salvajes», «indígenas semicivilizados» o «degradados por el alcohol y la servidumbre»<sup>62</sup>.

Si bien es verdad que un control constitucional propio de un Estado de derecho exigirá que las medidas de seguridad respondan a una peligrosidad post-delictual que se refleje y exprese en el injusto cometido, y descartará como fundamento de su imposición la peligrosidad pre-delictiva, también lo es que ese mismo control constitucional arrojará serias dudas sobre la legitimidad que se suele atribuir a la peligrosidad post-delictual como esencia de las medidas de seguridad: no se trata solo de llamar la atención sobre lo extremadamente fácil que es tipificar delitos que protejan bienes jurídicos tan difusos como la seguridad nacional, que terminan siendo fácilmente vulnerados,

60 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 43 y ss.

61 En detalle, TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligrosidad social y Estado de derecho*. Madrid, 1981.

62 El caso cubano es digno de repudio. El artículo 72 del Código Penal vigente define a la peligrosidad como «la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos», y como parámetros para determinar la peligrosidad se establecen la embriaguez habitual y la dipsomanía, la anarcomanía y la conducta antisocial, y se incluye entre sus potenciales destinatarios a los enajenados mentales y personas de desarrollo mental retardado, siempre que representen una amenaza para las personas o del orden social.

sino de garantizar que el juicio de peligrosidad post-delictiva supere el estándar mínimo de seguridad jurídica. Estas ideas serán desarrolladas en las siguientes líneas.

## VII.2. El cuestionamiento de la prevención especial como fundamento de las medidas de seguridad. Su naturaleza sancionadora y su utilidad frente al déficit de «socialización penal»

1. La finalidad de corrección (o curatela o rehabilitación) que persiguen las medidas de seguridad no puede justificarse en sí misma. Quien quiera legitimar un tratamiento preventivo de tal naturaleza deberá demostrar primero la valía de lo que se quiere evitar. En el caso de las medidas de seguridad, lo que se desvalora e intenta prevenir es la futura comisión de comportamientos antijurídicos por parte de un inimputable, o, dicho en dos palabras, su reincidencia. A partir de esta premisa, la medida de seguridad o cualquier otra reacción penal frente a este supuesto de hecho debería privar al sujeto de aquello que lo llevaría a cometer otro hecho antijurídico en el futuro; es decir, debería orientarse a neutralizar su peligrosidad. La respuesta que da el derecho positivo es que el juicio de peligrosidad se determina a partir de la existencia de una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos, y que los *insumos* que toma en cuenta el juez para dicho juicio son el hecho antijurídico cometido y la personalidad del agente.

En este nivel surgen ya serias interrogantes: ¿está realmente desprovista de carácter retributivo y sancionador la medida de seguridad si solo es posible imponerla a partir de la comisión de un hecho previsto como delito y si en su determinación es obligatorio valorar dicho hecho? ¿No contiene acaso un reproche ético-social como la pena, aunque de una intensidad menor, pues el hecho previsto como delito no es otra cosa que la infracción de la norma de conducta, o lo que es un mismo, se trata de un hecho desvalorado por el derecho penal a tal punto que habilita la imposición de una reacción que incide directamente sobre la libertad del sujeto? ¿Qué se ha de entender por una elevada probabilidad de comisión de hechos futuros? ¿No es más conveniente considerar que las medidas de seguridad son sanciones y trasladarles todas las garantías propias del Estado de derecho?

2. Y es que, en efecto, incluso quienes encuentran en la prevención especial el fundamento de las medidas de seguridad habrán de admitir que estas tienen necesariamente —y además es conveniente que sea así— naturaleza de sanción, al no ser posible imponerlas como consecuencia de un hecho penalmente prohibido. Por lo mismo, contienen un reproche: si el hecho cometido se califica de penalmente antijurídico y se le aplican consecuencias jurídicas penales,

es porque al inimputable se le exigía que no lo realizara. Es verdad que la imposición de una medida de seguridad requiere además la constatación de la peligrosidad post-delictual, y que a partir de este dato se podría cuestionar la naturaleza retributiva de la medida de seguridad. Pero eso solo *añade* a la mencionada naturaleza retributiva un análisis prospectivo en el que se ha de determinar la *necesidad social* de la medida de seguridad. Este análisis abarcará el injusto cometido, por tratarse de un hecho en el cual ya se ha expresado la peligrosidad del sujeto sobre la cual el juez indaga.

Que el presupuesto en común de las medidas de seguridad y de la pena sea la infracción de la norma de conducta es algo que se sostiene con cotidiana frecuencia en doctrina<sup>63</sup>, aunque no sucede lo mismo con las consecuencias sistemáticas que de ello se derivan. Aquí se resalta aquella en cuya virtud un un comportamiento que infringe la norma de conducta —y por tanto es merecedor de sanción— no puede legitimar por sí solo la imposición de una pena ni de una medida de seguridad, pues será imperioso, merced al carácter social del instrumento penal, valorar las concretas necesidades de sanción que existan al momento de su imposición y durante su ejecución. Esta valoración sigue parámetros distintos en uno y en otro caso.

Esta idea da luces sobre la diferencia de grado, pero no cualitativa, entre la pena y la medida de seguridad, que por lo demás se condice con las finalidades que persiguen: en la primera, desde que se impone a un imputable, las excepcionales razones que harán que la pena ya no sea necesaria a pesar de haberse cometido un injusto no responderán normalmente a consideraciones penales sino a planteamientos procesales o de conveniencia política de persecución criminal<sup>64</sup>. Por su parte, la ausencia de necesidad de una medida de seguridad sí podrá motivarse en razones de índole estrictamente penal, si el inimputable no supera el grado de peligrosidad requerido para su imposición.

3. La *necesidad social* de la medida de seguridad en el sentido planteado no puede ser equiparada al juicio de peligrosidad tal cual está previsto en la ley vigente. No porque no se trate de averiguar si el sujeto encierra alguna peligrosidad de reincidencia (pues ya se ha dicho que la medida de seguridad no solo retribuye sino también previene), sino porque avalar o descartar dicha posibilidad supone valorar más injustos que el cometido por el infractor, dado que, para decirlo de nuevo, es en dichos comportamientos donde se plasma y expresa la peligrosidad del sujeto<sup>65</sup>.

63 Con múltiples referencias JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 9 III 1.

64 Lo que resalta la necesidad de considerar que la actuación del derecho penal se inscribe en el sistema integral del derecho penal.

65 En este sentido, FRISCH. *InDret*, 3/2007, p. 5. Se podría argumentar en contra que la comisión de un único injusto grave puede ser suficiente para que quien incluso propone que las medidas de seguridad se apliquen solo ante la comisión de determinados injustos graves y no leves.

En efecto, cuando la ley vigente obliga al juez a pronunciarse sobre la peligrosidad del inimputable ante la comisión de un *único* injusto, acota su margen de análisis y lo constriñe a trabajar con conjeturas impropias para argumentar la existencia de una *elevada probabilidad* de comisión de nuevos delitos que la propia ley exige comprobar (artículo 72.2 CP). La afectación a la seguridad jurídica es manifiesta. Esta —la seguridad jurídica,— se reforzaría si el juez pudiera analizar *más* injustos que confirmen la presunción a la que da lugar la comisión del hecho previsto como delito, o si el único injusto cometido fuese lo suficientemente grave como para expresar la intensidad de peligrosidad que justificaría la imposición de la medida de seguridad. Pero aun así debería aceptarse que la peligrosidad no puede ser demostrada científicamente, y en el mejor de los casos, se tratará de una conjetura razonable<sup>66</sup>. En todo caso, la pregunta que se impone es si un sistema de medidas de seguridad así descrito es conveniente, o si, por el contrario, no es mejor admitir que las medidas de seguridad son realmente sanciones y blindarlas con las garantías que el Estado de derecho conoce para las penas.

Si se sigue el camino trazado por la primera alternativa (necesidad de valorar varios injustos para determinar la peligrosidad post-delictiva), se corre el riesgo de que las medidas de seguridad se impongan cuando ya no haya nada o casi nada que prevenir, pues así como la comisión de varios injustos es capaz de expresar un grado de peligrosidad ante el cual el derecho penal tiene que reaccionar, así también esa peligrosidad se habrá consolidado con la comisión de los injustos y resultará más difícil tratarla.

La utilidad de legitimar las medidas de seguridad con arreglo a la única idea de la prevención especial y de negarles naturaleza sancionadora queda así descartada, como también se desecha su *racionalidad*: que las medidas de seguridad deban ser proporcionales a la peligrosidad delictual de agente, a la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado (artículo 73 CP) obliga a entender que retribuyen por el injusto cometido.

Esto se corrobora cuando se proscriben legalmente las medidas de seguridad de internación indeterminadas y se impide que excedan el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido (artículo 75 CP). Por el contrario, si las medidas de seguridad realmente persiguiesen únicamente fines de tratamiento, deberían durar tanto como fuera necesario para tratar la peligrosidad del sujeto. Dicho en pocas palabras,

<sup>66</sup> Ni la fundamentaciones biológicas, ni las sociológicas ni las psicológicas han podido hasta ahora ofrecer un método científico, cf. VIVES ANTÓN. «Métodos de determinación de la peligrosidad». En *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995, pp. 17 y ss., en especial, pp. 36 y ss.

solo la retribución por el injusto cometido explica proporcionalidad de las medidas de seguridad<sup>67</sup>.

Aquí se transita por el sendero que traza la segunda opción, y se asume en consecuencia que las medidas de seguridad son sanciones que se imponen a inimputables que, al igual que la pena, retribuyen por la comisión de un injusto, aunque el reproche ético-social que expresan es de menor intensidad que el de la pena, como de menor intensidad es también el grado de exigencia de inimputable frente al del imputable de conducirse según la norma de conducta. En este esquema, la medida de seguridad se distingue de la pena, además, en que tiene vocación preventiva. Lo dicho en los párrafos anteriores debería servir para fundamentar esta tesis. Resta, sin embargo, abordar la cuestión de si y cómo un inimputable puede ser sancionado legítimamente en un Estado de derecho según los términos descritos.

### VII.3. Imputabilidad e inimputabilidad

1. Tanto las personas a quienes la ley denomina imputables como a quienes califica de inimputables comparten la capacidad para vulnerar la norma de conducta y perpetrar comportamientos penalmente antijurídicos. Ambos, por tanto, merecen sanción. La razón que explica que unos necesiten «penas» y otros necesiten «medidas de seguridad» se ubica en la distinta intensidad con que se les exige adecuar sus actos al mandato normativo: quienes tienen la capacidad para comprender a cabalidad el sentido normativo de sus actos —imputables— responden con una pena, pero quienes solo han empezado a desarrollar dicha capacidad, y al momento de la comisión del hecho antijurídico no han alcanzado todavía el nivel que les permita comprender plenamente el sentido normativo de sus actos, no han logrado desarrollar toda su capacidad para comprender el sentido normativo de sus actos o la han perdido —inimputables— responden con medidas de seguridad<sup>68</sup>.

2. De lo anterior se derivan consecuencias importantes para la sistemática de la teoría del delito. Una de ellas es que la diferencia sustancial entre los presupuestos de las penas y de las medidas de seguridad no radica en la capacidad o incapacidad de culpabilidad del sujeto a quien se le imponen —ya que ambos son culpables por el injusto cometido—, sino en la *magnitud* de dicha capacidad. Y

67 Esta crítica no es exclusiva frente a las medidas de seguridad, sino frente a la prevención especial. *De lege data* es posible emplear estas ideas para restringir la aplicación de las medidas de seguridad a aquellos delitos que tengan prevista pena privativa de libertad.

68 Que ambos sean sujetos culpables por la comisión de un injusto lo demuestra que frente a ambos reacciona el derecho penal con medidas penales, y que la diferencia es de grado, como lo es también la reacción frente al imputable relativo (artículo 22 CP): una vez superado el nivel de exigencia normativa mínima (capacidad de injusto) la elección de la consecuencias jurídica depende de las necesidades de pena en sede de «imputación personal», ahí se discute y gradúa el nivel de exigencia en concreto.

también aquella otra en mérito a la cual quien no puede comprender el sentido normativo de sus actos o adecuar su conducta a dicha comprensión es inimputable y no puede realizar un comportamiento penalmente antijurídico (injusto), ya que no es lógico afirmar que una norma de conducta sea vulnerada por quien no tiene capacidad para comprenderla.

Para que un hecho pueda ser desvalorado como antijurídico tiene que poder ser vinculado con un sujeto. Un hecho de la naturaleza no puede ser antijurídico. Cuál es la intensidad o naturaleza de dicha vinculación genera discusión, pero debe aceptarse que el sujeto le aporta *algo* al hecho lo que determina su antijuridicidad. Ese *algo* es la capacidad para convertir el hecho en algo antijurídico, y ello, necesariamente, presupone que el sujeto tenga capacidad para transformar un hecho valorativamente neutro en un comportamiento penalmente desvalorado.

3. La íntima relación entre el planteamiento efectuado y el proceso de socialización sobre el que trabaja el derecho penal se aprecia con claridad<sup>69</sup>: el grado de socialización del imputable hace innecesario que la intervención penal se legitime en el intento de que alcance un nivel de comprensión de la realidad que ya detenta. Por el contrario, como quiera que el inimputable todavía no ha culminado su proceso de socialización, la medida de seguridad se legitima no solo como sanción retributiva por el injusto cometido, sino también como mecanismo para reducir o paliar el déficit de socialización.

4. Interpretar la peligrosidad post-delictual como déficit de «socialización penal» —como aquí se hace— justifica que no se imponga la medida de seguridad cuando el proceso de socialización pueda continuar sin el refuerzo de la medida de seguridad. Y también que el balance entre retribución y tratamiento que encierran las medidas de seguridad, lejos de lo que a primera vista pudiera parecer, se inserte plenamente en el modelo de Estado de derecho.

Lo anterior lo demuestran los casos en que el sujeto padece alguna grave enfermedad mental, o los casos de infantes, que ni siquiera tienen la posibilidad de aproximarse a la comprensión normativa de la realidad. Que en estos supuestos se renuncie a la medida de seguridad nada tiene que ver con que la peligrosidad del sujeto (aquí, déficit de socialización penal) no sea tratable o corregible, sino con el hecho de que ni siquiera existe una infracción de la norma penal. Expresado en otros términos, no es una situación de ausencia de necesidad social de

<sup>69</sup> Socialización que significa poder comprender el sentido normativo de los actos y poder conducirse de acuerdo a dicha comprensión, y no respeto efectivo a los valores. Por eso la socialización penal se diferencia del mandato constitucional (artículo 139), en cuya virtud la ejecución de la pena privativa de libertad debe orientarse a la rehabilitación y reincorporación del penado en sociedad.

la reacción penal, sino, antes, de carencia de merecimiento de sanción, pues no es legítimo castigar ni socializar con mecanismos penales a quien ni siquiera ha empezado el proceso de socialización y no se puede afirmar que lo hará<sup>70</sup>. En este sentido, la medida de seguridad solo se encuentra legitimada para *complementar* a los mecanismos pre-penales en el proceso de «socialización penal», y no para suplirlos en esta función que originariamente les corresponde.

#### VII.4. La cuestión terminológica y la apuesta por el sistema unitario

1. A partir de las ideas vertidas se deduce que las locuciones «imputable» e «inimputable», como también el término «culpable», adquieren aquí un significado distinto del que comúnmente se les asigna en la ciencia penal. No debe extrañar que sea así. En doctrina son ya muchas las sugerencias de nombrar al juicio de imputación del hecho antijurídico con vocablos distintos de «culpabilidad». Y si bien es cierto que la gran mayoría de ellos se origina en las deficiencias e insuficiencias de fundar la culpabilidad en el libre albedrío, cabe destacar, por ejemplo, que Mir Puig propone emplear la locución «imputación personal»<sup>71</sup>, Hruschka el de «imputación de segundo nivel»<sup>72</sup>, otros autores como Gimbernat renuncian por completo a la culpabilidad y la sustituyen por el «juicio de necesidad de prevención»<sup>73</sup>, y otros, entre los que destacan Maurach<sup>74</sup> y Roxin, lo complementan con el de responsabilidad (aunque la conceptúan de manera distinta)<sup>75</sup>.

Aquí, partiendo de la vinculación entre derecho penal, derecho procesal y derecho de ejecución penal, se añade la necesidad de no perder de vista que si lo que se conoce como juicio de culpabilidad consiste en atribuir un hecho antijurídico a una persona —esto es, obligarla a hacerse cargo de su acto—, ello, en un Estado de derecho, solo puede tener lugar en el marco de un proceso penal. Fuera de él carece de objeto atribuir un hecho antijurídico y calificar de culpable a una persona.

Esto tiene consecuencias trascendentales para la sistemática de la teoría del delito. Aquí y ahora interesa llamar la atención sobre que la *imputabilidad*, como categoría jurídico-penal, significa

70 La medida de seguridad solo está legitimada entonces para complementar el proceso de socialización que normalmente debería darse de la mano de los mecanismos de control social pre-penales.

71 MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 519 y ss.

72 «Reglas de comportamiento y reglas de imputación». Baldó Lavilla (trad.). En Joachim HRUSHKA. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2009, pp. 11 y ss.

73 GIMBERNAT, Enrique. Ob. cit.

74 MAURACH, Reinhart, Karl H. GÖSSEL y Heinz ZIPF. *Derecho penal. Parte general*, 2. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.). Buenos Aires: Astrea, 1995.

75 ROXIN, Claus. Ob. cit., § 19 n.m. 1 y ss.

*capacidad de injusto*, y como ese injusto se atribuye en el proceso penal, imputabilidad es también *capacidad suficiente de comprender el significado del proceso penal al cual se le somete al sujeto y en el cual se le atribuye el hecho antijurídico como hecho propio*<sup>76</sup>, a tal punto que se le impone una sanción por ello; una medida de seguridad como mínimo. Pero es que además la categoría «imputabilidad» debe abarcar la *capacidad para asumir las consecuencias penales del injusto*, lo que explica el tratamiento que se dispensa a los casos en que el sujeto imputable, al momento de cometer el injusto o ser procesado, cambia de estatus a inimputable<sup>77</sup>. *Inimputable*, por tanto y al contrario, será aquel que no tiene, o no tiene todavía, o pierde cualquiera de esas capacidades.

2. Nótese que se tiene por imputable a quien tiene capacidad de comprensión de la ilicitud de sus actos y capacidad de comportarse según dicha comprensión, e inimputable es quien no la tiene, con lo cual, al ser el objeto de imputación una capacidad referida solo al injusto, se pierde la oportunidad de legitimar el sometimiento del sujeto al proceso penal y a todo lo que ello conlleva (limitación o restricción de la libertad o del patrimonio mediante medidas cautelares). Piénsese tan solo en que el conocido como inimputable —y que aquí recibe el nombre de imputable— es conducido a un proceso de naturaleza penal y se le imponen consecuencias penales (medidas de seguridad). En pocas palabras, se le imputa un injusto, tan igual como se le imputa al tradicionalmente conocido como imputable. Resulta por tanto más ajustado al lenguaje y al sentimiento jurídico propio de una concepción que integre al derecho penal, al derecho procesal penal y al derecho de ejecución penal, denominar a ambos *imputables*.

3. El término *inimputable*, lejos de perder vigencia, adquiere un sentido que aquí se considera más adecuado a los fines del derecho penal, del proceso penal, e incluso a la teoría de la determinación de la sanción<sup>78</sup>, y permite por lo demás ubicar esa categoría en la estructura del delito en un lugar donde pueda desplegar y explicar sus efectos. *In-imputable* solo puede ser aquel que no tiene capacidad de injusto, es decir, aquella persona que por diversas circunstancias no puede adecuar su

76 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 157 ss., en especial p. 160, ha propuesto que dicha capacidad para comprender el significado del proceso penal es la culpabilidad. Esta forma de entender la culpabilidad pone sobre la palestra la necesidad de valorar que a quien se le imputa el injusto en un proceso penal se le ha de reconocer también armas para su defensa (derecho de defensa en sentido amplio).

77 La razón de fondo nada tiene que ver con los pretendidos fines de prevención que la pena pueda tener, que aquí se rechazan, sino con la necesidad de imponer una medida de seguridad, que sí tiene, junto a los fines retributivos y finalidades preventivas.

78 Ha denunciado con razón QUINTERO OLIVARES. Ob. cit., p. 161, que las reglas de la determinación de la pena sean solo aplicables a los culpables (aquí habría que adecuar la terminología a sujetos a quienes se les impone pena y no medidas de seguridad).

conducta al mandato normativo y por tanto no se le exige hacerlo, o pudiendo hacerlo ello le supone un esfuerzo o riesgo tal que el sistema jurídico ya no se lo exige. El inimputable no tiene capacidad para dialogar en derecho penal. El derecho penal, lejos de desvalorar los comportamientos de los inimputables, solo podrá contemplarlos como quien observa caer la lluvia o cualquier otro aspecto de la realidad que no pueda ser normado.

En tal sentido, el juicio de imputabilidad/inimputabilidad no solo es un presupuesto del delito: es, incluso, un presupuesto de cualquier diálogo penal entre el sujeto y el Estado que se extiende al proceso penal y a la ejecución de la pena. Por eso la inimputabilidad sobrevinida durante el proceso penal obliga a adecuar el juicio a la nueva situación jurídica. Lo mismo ocurre cuando la inimputabilidad sobreviene durante la ejecución de la pena, pues, entre otras razones, por más que el sujeto haya delinquirido como imputable, la pena no podría cumplir su finalidad si ahora el infractor es inimputable. En tal caso se trataría de una simple y burda retribución carente de sentido valorativo y proscrita en un Estado de derecho.

4. Según estas consideraciones, el término *culpabilidad*, tal como se entiende en la doctrina mayoritaria, debe ser desalojado del arsenal jurídico-penal, y en su lugar, cuestionarse si concurren o no en el sujeto imputable los presupuestos que habilitan la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Este juicio es el que se corresponde con la norma de sanción y versa sobre las eventuales necesidades sociales de imponer una u otra sanción penal. La principal consecuencia que se deriva de todo esto es el rechazo del sistema dualista que distingue entre penas y medidas de seguridad, y la consiguiente necesidad de apostar por un sistema unitario que, como propone Quintero Olivares, debe ser entendido como un sistema unitario de enjuiciamiento de la responsabilidad<sup>79</sup>.

Recibido: 13/08/2013  
Aprobado: 29/08/2013

---

79 Ibid., p. 161.