

ENSAYO SOBRE LA FUNCIÓN OBJETIVA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD*

*Jean Pierre Matus A.***

Introducción

Nuestro homenajeado, quien forma parte de la generación de penalistas chilenos que he designado como *Nueva Dogmática Chilena* y que, prácticamente, ha dominado nuestra discusión y referencias desde 1955 a la fecha, no solo se ha mantenido activo, estudiando, investigando, pensando y produciendo, desde el siglo pasado, sino que lo ha hecho distinguiéndose por una loable capacidad para modificar puntos relativamente esenciales de su forma de comprender el derecho penal, cuando la experiencia o el mayor estudio de los mismos le hacen ver la posibilidad de que quizás existan mejores argumentos o soluciones que las previamente defendidas en esos puntos concretos, como puede verse en relación, por ejemplo, a la llamada *teoría limitada de la culpabilidad*.¹

Se trata de una capacidad loable, pues demuestra la existencia en Cury de la principal virtud de un científico: la permanente apertura al error. O, dicho de otra manera, la conciencia de que existe la posibilidad de la equivocación y que

* Versiones preliminares de este Ensayo fueron leídas en el Curso de Postgrado en Derecho Penal y Política Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil), el 7 de octubre de 2010; en el XXII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador, el 23 de noviembre de 2010; y en la VII Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Valparaíso, el 18 de noviembre de 2010. También una versión, adaptada al Derecho colombiano, ha sido admitida para ser publicada en el Libro Homenaje al Profesor Juan Fernández Carrasquilla y ha aparecido otra, adaptada a la actual discusión en Italia, en *Dirittopenalecontemporaneo*, 19 de enero de 2012 [http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4/-/-/1180-ensayo_sobre_el_sentido_y_finalidad_de_las_penas_privativas_de_libertad/]. La presente versión ha sido reelaborada tras su presentación en el Seminario del Área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, el día 29 de febrero de 2012.

**Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile. jpmatus@derecho.uchile.cl

¹Matus, Jean Pierre (2011), “Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955?1970)”, *Política criminal*, Vol. 6, N° 11, junio 2011, Art. 3, págs. 44–104, y 84.

ella puede ser demostrada por medio de pruebas y mejores argumentos. Sin esa conciencia, el trabajo dogmático no sería científico, sino puramente declamatorio de verdades evidentes o imperecederas, que merecerían nuestra simpatía o rechazo, pero que, en ningún caso, estarían sometidas a una consideración propiamente científica, esto es, a la posibilidad de ser falsas o equivocadas.

En el caso que aquí nos interesa, el *sentido y finalidad de las penas* en general, y la función de las privativas de libertad en particular, la trayectoria de Cury demuestra su constante meditación e investigación acerca del tema y nos servirá de punto de partida para el análisis que se sigue a continuación.

En efecto, declara Cury en la última edición de su *Parte General*, que su antigua concepción de la pena -defendida en ediciones del siglo pasado—, en la que distinguía entre su naturaleza retributiva y sus finalidades preventivas, debe ser dejada de lado, sosteniendo, en su lugar una teoría situada en la esfera del actual discurso dominado por la idea de la *prevención general positiva*, en una variante que, como veremos, lo acerca más bien a las posiciones actualmente defendidas por Roxin.²

Que un maestro de la talla de nuestro homenajeado haya pensado y repensado el tema que nos ocupa justifica por sí solo volver sobre el mismo, sobre todo hoy en día, por la acuciante sobrepoblación de nuestros recintos penales, que ha dado lugar a un conjunto de iniciativas legales cuyos fundamentos político criminales he discutido desde fines del año pasado en *El Mercurio Legal* tanto con la Fundación Paz Ciudadana como con el Ministerio de Justicia.³

Pero no se trata de un debate contingente solo en Chile, sino también, por ejemplo, en Italia, cuyo nuevo Gobierno ha impuesto una reforma urgente en materia penitenciaria, dictada mediante Decreto Ley 211, de 22 de diciembre de 2011, destinada a hacer frente a la sobrepoblación penitenciaria, aportando fondos para su mejoramiento estructural, reduciendo el tiempo de juicio para los detenidos en flagrancia (y procurando mantenerlos detenidos en comisarías) y, en lo propiamente penal, aumentando la duración de la posibilidad de sustituir la condena privativa de libertad por una de detención domiciliaria, per-

² Cury, Enrique (2009), *Derecho penal, parte general* (9ª edic.), Universidad Católica, Santiago, págs. 76 y ss.

³ Véase <http://www.elmercurio.com/legal/Analisis/index.aspx?userNameAutor=jmatus&tipoPortadilla=Autor>.

mitiéndola en condenas de hasta 18 meses de prisión (antes se permitía solo en condenas de hasta 12 meses).⁴

De este modo, se responde en Italia también a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que consideró como una forma de trato inhumano y degradante la aplicación de penas privativas de libertad en las condiciones actuales del sobrepoblado sistema penitenciario italiano, cuando ello conduce al encarcelamiento colectivo en celdas con hasta menos de 3mt² por preso.⁵

Sin embargo, no abordaremos aquí las cuestiones contingentes involucradas en las reformas penales en curso en Chile e Italia.

Lo que se hace en este ensayo es, en cambio, ofrecer un punto de vista externo, una perspectiva menos contingente que pueda o no, según su mérito, ser tenida en cuenta a la hora del análisis de las concretas reformas legislativas que se emprenden y de las que deberían emprenderse en el futuro.

Esta perspectiva, como se verá, puede relacionarse con la larga y valiosa tradición del positivismo italiano y alemán de mediados del siglo XIX y principios del Siglo XX, que tanta influencia tuvo en Latinoamérica,⁶ aunque no necesariamente comparte sus presupuestos originales (las ideas del criminal nato, del ser antisocial, de la existencia de “incorregibles” y otras similares), pero sí su referencia a la realidad objetiva o positiva del funcionamiento del sistema penal como aspecto central en el análisis de instituciones como las penas.

Se trata pues, antes que de la discusión de las concretas medidas que deberían adoptarse para “*reducir el sistema penal*”, de hacernos la pregunta

⁴ Véase Turchetti, Sara (2011), “Emergenzcarceri: una primarispostadalGoverno Monti. A propósito del d.l. 22 diciembre 2011, 211 e del c.d. Pachhetto Severino”, *DirittoPenale Contemporaneo*, 13 de enero de 2012, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Turchetti_EmergenzaCarceri.pdf.

⁵ Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, N° 22635/03. En el caso, el demandante reclamaba la existencia de otras dos violaciones, derivadas de la falta de tiempo al aire libre y de oportunidades de trabajar en la prisión de Rebibbia (Roma), donde se constató la citada infracción al Art. 3° de la CEDH, que fueron desestimadas por la Corte. La Corte también desestimó que se hubiese violado el derecho a no sufrir penas inhumanas y degradantes cuando el espacio a compartir entre los condenados permitía para cada uno de ellos más de 3 metros cuadrados.

⁶ Matus, Jean Pierre (2007), “El positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. 20, págs. 175-203.

previa acerca de la función objetiva del encarcelamiento como consecuencia jurídica de la realización de un hecho determinado.

Dicha discusión se limitará exclusivamente a las funciones objetivas de las *penas privativas de libertad*, y no a una discusión general acerca del sentido y finalidad de *todo tipo de sanciones existentes, pretéritas o imaginables*. Tampoco se abordará directamente la discusión acerca de cuál sea la función del derecho penal como un todo ni las ya imposibles de abarcar discusiones acerca del contenido y funciones del llamado “*principio de culpabilidad*” en general. Estas cuestiones se abordarán, de manera limitada, únicamente en relación con el objeto de este ensayo: discutir la función objetiva de las penas privativas de libertad.

Sobre los presupuestos del discurso dominante que concibe la función de las penas privativas de libertad como respuesta a la “medida de la culpabilidad” del condenado

El año 2001, Silva Sánchez asociaba lo que denominaba el “*retorno a la inocuización*” para imputables, especialmente en el ámbito de la legislación penal norteamericana contra autores de delitos reiterados de carácter sexual, con el replanteamiento “*del recurso a medios de aseguramiento cognitivo, junto con la pena como mecanismo de aseguramiento contrafáctico de la norma*”, y se preguntaba “*si el principio de peligrosidad puede legitimar realmente (y hasta qué punto) una intervención restrictiva de derechos sobre el sujeto activo*”, ante lo cual respondía que tales intervenciones no serían, en principio, ilegítimas, si se respetaba el criterio general y formal de la legalidad, y, materialmente, se mantenían “*criterios de valoración de distribución razonable –entre individuo y sociedad– de la carga de la inseguridad*”, descartando como ilegítima únicamente una “*concepción radical de la inocuización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del penado*”.⁷

Un poco más de un lustro después, uno de sus discípulos, Ricardo Robles, volvía sobre el tema, pero desde un punto de vista algo más radical, rechazando

⁷Silva Sánchez, Jesús María (2001), “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Arroyo Zapatero, Luis & Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ed. U. de Salamanca, Cuenca, págs. 699-710, 708 y ss.

la función preventivo especial del Derecho penal que se encontraría en el trasfondo de la imposición de medidas de seguridad para imputables, afirmando que, a pesar del largo debate iniciado con el positivismo italiano, “*sigue sin existir un anclaje autónomo*” para tales medidas, “*independiente de la fundamentación de los límites que presiden la pena*”, entendiendo por ello que las “*nuevas*” propuestas presentadas en la materia se hacían dentro de un “*contexto de déficit de legitimación y ausencia de limitaciones intrínsecas de las medidas de seguridad así como de la función preventiva de la pena*”, por lo que su aceptación, basada en el discurso de la seguridad, supondría un “*cambio de paradigma*”, esto es, pasar “*del Estado de Derecho basado en las libertades y del correspondiente Derecho penal de la culpabilidad al Estado de la seguridad y al correspondiente Derecho penal de orientación preventiva y policial*”. Siendo así, en este nuevo paradigma, “*la pena y la medida de seguridad dejan de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable para pasar a satisfacer la exigencia ilimitada de seguridad en las víctimas potenciales*”. Como consecuencia de lo anterior, llegaríamos, según el autor, al punto en que “*el Derecho penal perdería gran parte de credibilidad como sistema de transmisión normativa de valores y pautas de conducta si abandonara el principio del merecimiento y basara sus decisiones condenatorias en hipótesis de futuro*”.⁸

A *contrario sensu*, podría decirse que el aseguramiento contrafáctico de la vigencia de determinadas normas de conducta mediante la imposición de penas privativas de libertad sí estaría legitimado, en la medida que su merecimiento y cuantía estuvieran vinculadas con la “*culpabilidad del agente*”. Esta es la teoría actualmente dominante entre nosotros, que afirma que las sanciones penales, y principalmente las privativas de libertad, carecen de finalidades empíricas comprobables y que, en todo caso, de tenerlas o comprobarse, estas no permitirían fundamentar *legítimamente* su imposición.

Así, Roxin sostiene una teoría *unitaria de los fines de la pena* que habla de la conminación de penas como *amenaza de un mal por una lesión a un bien jurídico*, rescatando la idea de la coacción psicológica de Feuerbach, pero sin atribuirle una verdadera capacidad empírica realizable mediante su imposición efectiva. De allí que su propuesta puede considerarse más bien de *prevención*

⁸Robles, Ricardo (2007), “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la seguridad”, *InDret*4/2007, págs. 14-16.

general positiva, en el sentido de concebir la conminación de las penas como una reafirmación simbólica del valor de ciertos bienes jurídicos que pretenderían proteger antes que *negativa*, en el sentido de intimidación real y efectiva que reduzca la actividad criminal, la cual entiende independiente de las sanciones penales, como un hecho social no sujeto a control por parte del sistema penal. Pero en cuanto a la *imposición y medida efectiva de la pena*, para Roxin ello solo se legitimaría por la *medida de la culpabilidad del agente*, que autorizaría su imposición y establecería el límite máximo de esta “amarga necesidad”. Una finalidad empírica, como la *prevención especial o general*, solo podría entrar a considerarse *dentro* de ese marco fijado por la *medida de la culpabilidad del agente*, como un nuevo límite para la *ejecución* de la pena determinada y fundamentada por la *medida de la culpabilidad del agente*.⁹

Como anunciamos, en este mismo ámbito discursivo debe situarse la actual posición del profesor Cury en la materia, para quien

*la pena tiene por finalidad primordial la prevención general (positiva) mediante la amenaza de que quien infrinja determinadas mandatos o prohibiciones de derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de lo posible, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica.*¹⁰

En Colombia, según Fernández C., el artículo 12 de su Código penal de 1980 -hoy comprendido en sus actuales artículos 4º y 5º-, habría recogido también una posición “*mixta*” o “*unitaria*”, aunque el fundamento de la pena no sería la “*culpabilidad*” en el sentido propuesto por Roxin, sino la *retribución*, operando la “*culpabilidad*” como límite a la imposición de la “pena justa” en el siguiente proceso “*dialéctico*”:

Para el C.P. la pena se funda en la retribución y esta, como se sabe, evoca la idea de justicia o proporcionalidad y por tanto, como contrapartida necesaria, la lesión o amenaza de bienes jurídicos. Esta ‘pena justa’ contiene el grado suficiente de intimidación general, se

⁹Roxin, Claus (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlaguender Aufbau der Verbrechenslehre* (3ª edic.), C.H. Beck: München, pág. 62.

¹⁰Cury, ob. y loc. cit. *supra* nota 2.

*aplica o mide, concretamente, por la magnitud de la lesión típica, dentro de los límites de la culpabilidad por el hecho (responsabilidad subjetiva), y se ejecuta de tal manera que proteja a todos los protagonistas del drama penal (sociedad, reo y víctima).*¹¹

Por su parte, Jakobs deja derechamente de lado cualquier finalidad, empírica o no, que no sea la que denomina *prevención general positiva*, entendida como una reformulación de la teoría de la *justicia absoluta* de Hegel, en el sentido de que la pena *debe ser*, no por cuestiones empíricas, sino por sentido de la justicia. En palabras usadas por Jakobs, la pena tiene como finalidad y significado reafirmar la vigencia de la norma, comunicando *a costa del responsable de la infracción de una norma* que su pretensión de imponer su propia normatividad frente a la de la sociedad no ha tenido éxito.¹²

Aunque aparentemente difíciles de reconciliar, todas estas teorías tienen en común los siguientes aspectos que aquí quiero destacar: primero, ninguna de ellas concibe como el *fundamento* de la conminación e imposición de las penas y, principalmente en las penas privativas de libertad, alguna finalidad empíricamente contrastable, como la *disuasión*, la *incapacitación* o la *rehabilitación*; y en segundo término, todas asumen que *las actuales y vigentes penas privativas de libertad* son, en general, sanciones que corresponden a la *medida de la culpabilidad del agente*, a la *justa retribución* por el delito cometido, o a la sanción que *debe ser para reafirmar la vigencia de la norma*, respectivamente.

Luego, para ninguna de estas teorías serían “legítimas” las sanciones privativas de libertad *fundadas* en la *peligrosidad* del sujeto, esto es, en su tendencia a cometer de nuevo el mismo u otros delitos.

Es más, para Jakobs, una fundamentación de las sanciones en la *peligrosidad* del sujeto serviría únicamente para crear un *derecho penal del enemigo* y no de los ciudadanos con los cuales se mantienen comunicaciones y no medidas de seguridad preventivas.¹³ Por su parte, para Roxin fundamentar la

¹¹ Fernández Carrasquilla, Juan (1989), *Derecho penal fundamental* (2ª edic.), Temis: Bogotá, T. II, pág. 89.

¹² Jakobs, Günther (1993), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2ª edic.), De Gruyter, Berlin, págs. 9 y ss.

¹³ Jakobs, Günther (2005), “Derecho penal del enemigo”. En *del mismo* Cancio, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 21.

imposición efectiva de sanciones privativas de libertad únicamente en una supuesta *eficacia preventivo general*, esto es, en su real capacidad de *disuasión* de las conductas delictivas de terceros, *empíricamente comprobada*, es ilegítimo, si con ello se imponen penas que van más allá de la *medida de la culpabilidad del agente*, instrumentalizándolo en beneficio de la comunidad, lo que lesionaría su dignidad personal.¹⁴

Sin embargo, este discurso teórico no parece compatible con la persistencia de las penas privativas de libertad en la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno cultural, así como con el resurgimiento de las medidas de seguridad para imputables, penas perpetuas para reincidentes y otras sanciones basadas en la peligrosidad del agente. Es más, pasa por alto la inexistencia de una relación lógica (en el sentido de que de un presupuesto dado se derive una consecuencia determinada) entre las actuales sanciones penales privativas de libertad y los presupuestos que se esgrimen para legitimarlas; olvida que existe una fundamentación *normativa (constitucional)* que legitima las sanciones y medidas de seguridad basadas en la *peligrosidad*; y, sobre todo, *oculta* mediante una *explicación ideal* (en el sentido de no tener correlato fáctico) las funciones *reales* de las penas y demás medidas privativas de libertad en nuestras actuales sociedades, como veremos a continuación.

La inexistencia de una relación de necesidad lógica entre responsabilidad personal y la clase y cuantía de sanción a imponer por la infracción a una norma de conducta determinada

Las teorías hoy dominantes, que asumen el presupuesto axiomático de la “*culpabilidad*” como legitimación y medida de las sanciones penales, y especialmente de las privativas de libertad, pueden calificarse, por su consciente alejamiento de pretender *fundamentar* la imposición de penas *determinadas* en el propósito de alcanzar finalidades preventivas empíricamente demostrables, como de carácter *idealista*, en el mismo sentido que las filosofías de Kant y Hegel lo son, es decir, como formas de una teoría de la *justicia* que afirman como *ideales absolutos y axiomáticos* (esto es, no sujetos a discusión) la dignidad del ser humano –su libertad, responsabilidad personal y su no instrumentalización por los

¹⁴Roxin, ob. cit. *supra* nota 7, pág. 59.

otros– y su carácter racional –su capacidad de actuar “*con sentido*” y no por “*meros estímulos sensibles*”–, respectivamente, sin atender a la realidad de la práctica punitiva existente en un momento determinado.

Sin embargo, hay un salto lógico no justificado entre afirmar que solo es legítimo considerar que se es *responsable* de un hecho en la medida que se es “*culpable*” o “*reprochable*” y que, por lo tanto, en la medida que se es “*culpable*” o “*reprochable*” una sanción privativa de libertad es también legítima, pues no hay nada en la expresión “*A es legítimamente responsable del hecho B, porque es culpable*” que permita deducir lógicamente que “*la sanción privativa de libertad de 5 años impuesta a A por el hecho B es legítima*”, a menos que se asuma la existencia de una premisa general que diga “*toda sanción impuesta a personas culpables de un hecho B es legítima*”. Pero si esta premisa es válida, también podría decirse válidamente: “*la sanción privativa de libertad de 3 años impuesta a A por el hecho B es legítima*”, o la sanción privativa de libertad de 20 años, o la sanción privativa de libertad perpetua, o la multa, la confiscación, la pena de azotes, la tortura, la pena de muerte, etc., son legítimas, en la medida que A sea culpable del hecho B.¹⁵ En efecto, como ya demostrasen Klug¹⁶ y Hart,¹⁷ no hay, en realidad, ninguna oposición en afirmar, por una parte, que toda sanción o respuesta del sistema jurídico a una infracción de una norma de comportamiento requiere acreditar alguna forma de vinculación entre la infracción y la persona sancionada, esto es, alguna forma de *responsabilidad personal* por dicha infracción (llámesele o no “*culpabilidad*” o “*reprochabilidad por el hecho*”), y el carácter *instrumental* de *las sanciones* impuestas al responsable. La exigencia mínima de responsabilidad personal, esto es, de *culpabilidad* en el amplio sentido que esta expresión tiene en las teorías de la justicia antes reseña-

¹⁵Naturalmente, en el estado actual de nuestras sociedades, no todas las sanciones enunciadas son *legítimas*, pero la exclusión de algunas de ellas, como la *tortura* o la *confiscación*, provienen de *convenciones políticas*, expresadas normativamente en tratados internacionales o en la Constitución, como en los casos aquí mencionados sucede, respectivamente, y no porque del hecho de que se afirme que es legítimo imponer sanciones los culpables, se deduzca la naturaleza de la sanción que pueda imponerse.

¹⁶Klug, Ulrich (1968), “Abschied von Kant und Hegel”. En Baumann, J., Programmfür ein neues Strafgesetzbuch. Der alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, Fischer, Frankfurt A.M., págs. 36-41.

¹⁷Hart, Herbert L.A. (1988), *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press, London, págs. 231-233.

das, se puede compartir como fundamento de un sistema jurídico *no arbitrario*, pero de allí no se puede deducir directamente la naturaleza y cuantía de la sanción a imponer por dicha infracción responsable.

En efecto, no está de más recordar que las alegaciones de los filósofos del idealismo alemán se dirigían, en primer lugar, a legitimar la imposición de la *pena de muerte*, esto es, la total e irreversible anulación de la dignidad y capacidad comunicativa del ser humano, y no las actuales penas privativas de libertad. Lo que demuestra claramente que del hecho de que una persona sea responsable por un hecho determinado “*por la infracción a una norma de comportamiento*” no se puede deducir la *sanción* a imponer por esa responsabilidad personal o “*infidelidad al derecho*”: las mismas teorías sirven para justificar la imposición de la pena de muerte, de las penas privativas de libertad, de las multas, privaciones de derechos y, en realidad, de cualquier sanción, incluyendo los azotes y las restantes penas corporales. Por ello es que resulta consecuente con esta idea de la justicia hacer corresponder la sanción con el *talión*, como en el ejemplo del imperativo categórico de imponer la pena de muerte al asesino en el ejemplo kantiano,¹⁸ como única sanción proporcionada al “*injusto*”. Sin embargo, ningún defensor de las teorías de la *culpabilidad* para justificar la pena defiende en la actualidad la necesidad de hacer justicia al violador sometiéndolo a vejaciones sexuales públicas, ni de flagelar al que lesiona o, en casos de hurtos y robos cometidos por indigentes, hacerles “pagar” a *lo Shylok*, con lo único que pueden disponer: órganos útiles para trasplantes.

Por su parte, Hegel no entra en estas cuestiones prácticas, ya que lo suyo es demostrar la necesidad dialéctica del restablecimiento del derecho mediante la imposición de la sanción,¹⁹ asumiendo sin más que en casos “*capitales*” tal reacción habría de ser la pena de muerte, aunque sin reparar por qué habría de ser necesario para el restablecimiento del derecho y de la prohibición violada precisamente una sanción como la muerte: reconocer en el delincuente su carácter racional e imponerle el derecho que él mismo se ha otorgado, al infringir la norma, no supone lógicamente su anulación como persona. Pero, al menos en su base, la supuesta necesidad dialéctica o de justicia de *objetivar* la reafirmación de la vigencia de la norma mediante una reacción *contrafáctica* a la provoca-

¹⁸Kant, Immanuel (1797), *Die Metaphysik der Sitten* (Akademische Ausgabe, 1797), págs. 331 y ss.

¹⁹Hegel (1955), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, F. Meiner V., Hamburg, págs. 90-95.

ción del agente que expresa en su conducta infractora la pretensión de su negación, parece ser la misma para todas las normas de conducta positivizadas cuya vigencia se pretende asegurar con el derecho (pagar las deudas, no matar, no satisfacer los deseos propios contra la voluntad de terceros, celebrar ciertos contratos con determinadas formalidades, cumplir las obligaciones de seguridad laboral, presentarse a la hora al trabajo, no cruzar con luz roja, etc.) y, por lo tanto, no permite discriminar *a priori* la clase de sanción o “*respuesta contrafáctica*” a imponer.²⁰

Por su parte, Fernández C. cree posible aprehender la idea de la “*justa retribución*”

*si se tiene siempre en mente la técnica de la parte especial de conminar la pena dentro de límites mínimos y máximos, con variaciones cualitativas y cuantitativas en atención a la importancia del bien jurídico lesionado, la forma de ataque y la magnitud del daño o peligro.*²¹

Sin embargo, es evidente que estas distinciones nada nos dicen acerca de por qué una determinada cantidad de años en prisión es la sanción “*justa*” en un caso concreto, cuáles serían sus “*justos*” límites mínimo y máximo, cuál es la “*justa*” importancia que ha de dársele a un bien jurídico frente a otro y cuál la “*justa retribución*” para las distintas formas de ataque, el peligro o el daño ocasionados.²²

De este modo, como Roxin no nos provee de un aparato conceptual que permita *fixar la medida adecuada a partir de la cual realizar cálculos de proporcionalidad por la culpabilidad*, toda pena aparece, en principio, *ade-*

²⁰Weezel, Alex V. (2011), “Comentario al Capítulo XXII. Hurto”, en Matus, Jean Pierre (dir.), *Beccaria, 250 años después*, B de F, Buenos Aires, págs. 245-257, anota, desde una perspectiva hegeliana, que no parece posible atribuir gran importancia para determinar la pena a los bienes afectados por el delito, pues “*los delitos son todos más o menos equivalentes entre sí*” y que, incluso la ley chilena “*de algún modo se hace cargo de esto al establecer para todos los delitos penas relativamente similares (presidio o reclusión menores)*” (p. 256). Lo que parece indicar que no es “*la medida de la culpabilidad*” lo que determina la clase y cuantía de la sanción, sino otras consideraciones, que Weezel remite a las de Hegel acerca de “*la peligrosidad del hecho para el orden social*” (p. 257).

²¹Fernández C., ob. y loc. cit. *supra* nota 9.

²²Con resignación, Cury, ob. y loc. cit. *supra* nota 2, resume las dificultades de dar con la medida de la justa retribución por la culpabilidad, afirmando que su determinación “*no es una tarea para la que sean competentes los tribunales del hombre*”.

cuada a la culpabilidad. O, desde el punto de vista de Jakobs, como toda infracción a una norma de conducta merecería una pena como reafirmación de su vigencia, toda pena sería legítima. Y, finalmente, como no existen otras penas corporales aplicables hoy en día con la generalidad de las penas privativas de libertad, deberíamos decir que toda pena corporal es una “*justa retribución*” por el delito cometido.

Es más, si se quisiera calcular la *proporcionalidad* estricta entre naturaleza de la infracción y pena, en concreto, si no se cuenta con una *medida de la culpabilidad* externa a las penas que existen en cualquier sistema penal, las “*desproporciones*” relativas que existan en cualquier escala pueden significar o bien que hechos de aparente “*menor gravedad*” (como el “*hurto*”) tienen una pena excesiva (desproporcionadas por exceso), o que, en realidad, en comparación con esos hechos, las penas de los otros hechos de “*mayor gravedad*” (como el “*homicidio*”) son demasiado bajas (desproporción por defecto). Y si se contase con dicha medida externa, se produciría la paradoja de que habría que afirmar que todos los sistemas penales existentes, dadas las evidentes divergencias que existen entre unos y otros al momento de fijar la duración de las penas por determinados delitos, son en alguna medida *ilegítimos*, por no corresponder completamente sus sanciones a esa *medida de la culpabilidad* ideal.

Quizás por esta dificultad para fijar el *patrón* o *medida ideal de la culpabilidad* que sirviera de base para los cálculos proporcionales, Kant invocaba al Tali3n como 3nica medida *justa*.

Pero ya se sabe, esa invocaci3n no se ha materializado en el derecho que existe y, a lo sumo, solo permite justificar una imposici3n m3s o menos extendida de la *pena de muerte*, tal como se puede apreciar en la obra de Kant y en el C3digo de Hammurabi.

Y, adem3s, como *l3mite abstracto* a la pretensi3n punitiva del Estado, su rendimiento ha sido y es muy pobre, sino ninguno.

Un concepto no filos3fico de “*merecimiento emp3rico*” por la culpabilidad ha sido planteado recientemente por Paul H. Robinson, para quien la legitimidad de la pena y su cuant3a tambi3n se “*centra en la culpabilidad del infractor*”, pero no determinada por “*los an3lisis filos3ficos*”, sino por “*las intuiciones de justicia en la comunidad*”, las cuales podr3an ser formalizadas y generalizadas recurriendo “*a la investigaci3n emp3rica de los factores que impulsan las intuiciones de las personas acerca de la culpabilidad*”, mediante encuestas en que se hace a las personas “*<<imponer penas>> en una*

variedad de casos cuidadosamente diseñados para ver qué factores influyen de hecho en sus juicios sobre la pena".²³ Sin embargo, la sustitución del "análisis filosófico" por el "empírico" para determinar la pena "merecida por la culpabilidad" no elimina el problema lógico planteado, sino que sencillamente lo ratifica: si es cierto que la pena "merecida" en un lugar y momento histórico determinado *depende* de las "intuiciones" acerca de la "justicia" que existan en esa comunidad, entonces son "merecidas" (legítimamente) la prisión por un tiempo determinado y las multas que esa comunidad "intuya" como "merecidas" en un momento determinado para un caso dado. Pero habrá que asumir que, entonces, son igual de "merecidas", en otro tiempo y lugar, la prisión y las multas en otras cuantías, la muerte, la prisión perpetua, las torturas, las penas corporales, el trabajo forzado, etc., en la medida que dichas sanciones correspondan a las "intuiciones" acerca de la "justicia" que existan en la comunidad de que se trate. De donde se sigue que no existe una relación lógica entre "las intuiciones de justicia de la comunidad" y las respuestas penales de dicha comunidad, sino una relación meramente empírica y contingente. Y esa relación no afecta a las funciones que, como veremos más adelante, objetivamente cumplen las penas privativas de libertad (que es lo que aquí interesa), sino únicamente las "intuiciones" de la "comunidad" que permiten "explicar" su "merecimiento".

La cuestión normativa

¿Existe en los ordenamientos contemporáneos alguna limitación a la imposición de sanciones privativas de libertad, según la culpabilidad (o su medida) del agente?

Es más bien claro que no hay en los tratados internacionales más importantes en Derechos Humanos para la región (CEDH y PIDCP) ninguna dispo-

²³ Robinson, Paul H. (2012), *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Trad. M. Cancio e I. Ortiz, Madrid: Marcial Pons, pág. 163. La base del error lógico en este caso se encuentra en las premisas de la investigación del autor, al señalar que "asume que se puede justificar la institución de la pena", y que lo que debe averiguarse son los criterios de *distribución* de la misma, los cuales permitirían resolver la cuestión de "¿quién debe ser sancionado y en qué medida?" (p. 31). Sin embargo, no existe ninguna relación de implicancia lógica entre la determinación de la responsabilidad de una persona y la clase y medida de la sanción a imponérsele.

sición que *exija* imponer penas privativas de libertad como sanciones para ciertas infracciones, según la *medida de la culpabilidad del agente*.

En ellos se establecen las condiciones o garantías que deben reunirse para imponer tales sanciones, y la prohíben como respuesta para el pago de las deudas que no deriven de las obligaciones civiles de dar alimentos.

Son otros tratados, como los de Roma, Palermo, Viena y Nueva York, los que obligan a establecer sanciones privativas de libertad para la infracción de normas relativas al derecho penal internacional (genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad), al tráfico de personas y la criminalidad organizada, al tráfico de estupefacientes y el lavado de dinero, y a ciertas conductas terroristas y su financiamiento, respectivamente.²⁴

Es interesante notar que cuando los tratados se refieren a la cuantía de la pena, generalmente solo hacen referencia a que sea mayor a “*un año*”, condición internacionalmente aceptada para permitir la extradición. Pero cuán mayor sea, salvo lo que pueda desprenderse de las penas contempladas en el Estatuto de Roma para los crímenes de Derecho penal internacional, no se indica muy precisamente: queda a discreción de los Estados la determinación del máximo de la cuantía en cada caso.

Por otra parte, la garantía generalmente contemplada en las constituciones occidentales, en el sentido de la necesidad de la legalidad de las penas y los delitos solo llega a la formalidad: si se ha de imponer una sanción privativa de libertad, debe ser por haberse demostrado la infracción a una norma legal previa y escrita. Pero de esa garantía no puede desprenderse que toda infracción a una norma jurídica ha de ser considerada delito ni que todo delito ha de ser sancionado con pena privativa de libertad ni, mucho menos, la cuantía de la pena a imponer.

Hay, además, en la mayor parte de los sistemas occidentales, mecanismos de internación forzosa fuera del sistema penal, por razones sanitarias, que no parecen depender en modo alguno de la *medida de culpabilidad del agente*. Incluso la propia Constitución chilena, en su artículo 19 N° 7, establece que la prisión preventiva puede admitirse solo si el privado de libertad puede considerarse un peligro para la sociedad o el ofendido.

²⁴ Matus, Jean Pierre (2007), “La política criminal de los tratados internacionales”, en Revista de Derecho penal contemporáneo, N° 19, págs. 71-100.

Es decir, no hay en la normativa generalmente aceptada para la imposición de sanciones o medidas privativas de libertad ninguna exigencia de que ella sea *adecuada a la medida de la culpabilidad*.

Lo que significa que, salvo en algunos casos puntuales, no hay ningún argumento normativo (constitucional o legal) que permita sostener que es *legítimo* privar de libertad por un tiempo X a una persona, por haber realizado una conducta Y.

Por importante que nos parezca la prohibición de dicha conducta, el legislador tiene *normativamente* la prerrogativa de imponerle la clase de sanciones que estime adecuada para asegurar el cumplimiento de la norma que se trata.

O dicho en otros términos: la *medida de la culpabilidad* no se encontrará expresamente en las Constituciones y Tratados Internacionales como un *fundamento positivo* que *legitime* la imposición de sanciones privativas de libertad. Es más, la sola lectura (desprejuiciada) de muchos textos Constitucionales (como los de Italia, España y México) y de los siempre invocados Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, llevan a la conclusión de que la *función* que allí *expresamente* se le atribuye a las penas privativas de libertad es la *resocialización* o *reeducación del condenado*, en el sentido de la *prevención especial positiva*, sin referencia a esa otra supuesta *medida de la culpabilidad*.

Por otra parte, la *legitimidad positiva* de la sanción que el legislador establece para la infracción a una norma de conducta determinada, en los sistemas democráticos, parece encontrarse precisamente en su formulación legal, esto es, en la forma democrática, pues –salvo en casos de ciertas obligaciones internacionales como las antes mencionadas– la determinación de la cualidad y cantidad de las consecuencias de una infracción a una norma de conducta que se estima debe respetarse por los miembros de la comunidad es, *prima facie*, más o menos discrecional del legislador en las sociedades democráticas: puede establecerse una multa fija o variable, una pena civil (“*indemnización por daño moral*”), una interdicción administrativa (“*inhabilitaciones*”), interdicciones políticas (“*privación de derechos*”), interdicciones comerciales (“*prohibiciones de realizar actos determinados o ejercer profesiones*”), o una sanción en el de carácter estrictamente “*penal*”, en el sentido de sanción corporal (hoy en día: privaciones más o menos severas y prolongadas de libertad). Todas estas sanciones se entienden *legítimas, democráticamente reconocidas y constitucionalmente aceptadas en las sociedades actuales*, por lo que respecto a su adecuación a los “*principios del Estado de Derecho*” no cabe entrar en mayores discusiones.

Todo lo cual no quiere decir que la determinación de la responsabilidad personal esté entregada a la arbitrariedad estatal: las mismas disposiciones constitucionales e internacionales establecen que para la imposición efectiva de cualquiera de estas sanciones disponibles es necesario determinar mediante un proceso legal que una persona es *responsable* o *culpable*, en sentido amplio, de la infracción a la norma de conducta de que se trata. Este es, por ejemplo, el sentido del artículo 12 del Código penal de Colombia, donde se establece que “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad” y que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”, pero no que la *culpabilidad* haya de servir como *fundamento para la conminación de penas y su medida*.

Pero, vuelvo a repetir, requisitos más, requisitos menos, todos los sistemas de responsabilidad (civil, administrativa, penal, etc.) exigen acreditar ciertos elementos objetivos y/o subjetivos para afirmar que una persona es responsable de la infracción y, por lo tanto, se puede hacer efectiva en ella, sus bienes o derechos, las consecuencias de esa infracción: la garantía del debido proceso legal es extensible a toda sanción jurídica, independientemente de su carácter penal o no. Lo que sucede con los procesos penales es que las garantías previstas a su respecto imponen más condiciones. Pero entredichas garantías no se encuentra que las sanciones a imponer se fundamenten tanto en su conminación legal como en su imposición concreta en una supuesta *medida de la culpabilidad del agente* o una *justa retribución* o *merecimiento*.

Por lo tanto, una cosa es que podamos discutir acerca de los requisitos para establecer la “*culpabilidad*” o “*responsabilidad personal*” por la infracción a una norma de conducta (lo que llamamos ahora “*Teoría de la Imputación*” y, hasta no hace mucho, “*Teoría Jurídica del Delito*”), y otra muy distinta, la discusión acerca de la naturaleza y cuantía de la sanción a imponer a la persona responsable de dicha infracción.

Con otras palabras: la pregunta acerca de la clase de sanciones a imponer solo tiene como un “*presupuesto*” la “*imputabilidad*”, “*culpabilidad*” o “*responsabilidad*” personal, pero esta “*culpabilidad*” no indica en modo alguno qué sanción habría de imponerse y cuál sería su medida.

¿Por qué, entonces, los tratados internacionales y los legisladores democráticos actuales aceptan las sanciones privativas de libertad heredadas del pasado y las siguen eligiendo para regular ámbitos de la actividad humana, con preferencia a las sanciones puramente administrativas o civiles, cuando la alternativa no está *impuesta* o determinada *a priori*?

Al respecto, ofreceré a continuación una *descripción* del sentido y función de las penas privativas de libertad que creo refleja adecuadamente la realidad normativa en los países de nuestro ámbito cultural.

Sentido y función de las penas privativas de libertad en los ordenamientos occidentales contemporáneos

Para empezar a indagar sobre este aspecto, debemos reiterar que la determinación de las condiciones por las cuales se afirma que un sujeto es *jurídicamente responsable* por un hecho (esto es, en sentido, amplio, “culpable” del mismo) en virtud del cual se le impone una *sanción* (civil, administrativa, penal, etc.) por el aparato estatal, es una operación lógica y factualmente distinguible de aquella por la cual se determina la clase de sanción específica a imponer en cada caso.

Luego, la elección de una pena privativa de libertad por la infracción de una determinada norma de conducta no puede estar determinada únicamente por el propósito de “*asegurar la vigencia de la norma*”, la “*justa retribución*” o “*la medida de la culpabilidad*”, pues dicho “*aseguramiento*” o “*retribución*”, podría, en abstracto, conseguirse mediante otra clase de sanciones, y “*la culpabilidad*” solo autoriza a imponer sanciones, pero nada o muy poco nos dice acerca de su naturaleza y cuantía.

En segundo lugar, a pesar de las declaraciones contenidas en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y en muchas normativas constitucionales y legales locales (como el artículo 4º del Código Penal de Colombia o la Constitución española), la “*resocialización*” o “*rehabilitación*” de los condenados no parece ser el único propósito *real* de los sistemas penitenciarios, como lo demuestra una simple observación acerca de su funcionamiento, especialmente en América Latina.

Pero, con independencia de su falta de adecuación con fundamentos ideales o metafísicos y del mayor o menor grado de cumplimiento de las expectativas de *resocialización*, lo cierto es que el *internamiento* en prisión sí cumple una función empírica y normativamente constatable: *el aseguramiento de los condenados en un recinto separado del medio libre, por un tiempo más o menos prolongado.*

Y llegamos así al meollo del asunto: el gasto e inversión pública (¡una decisión política!) destinado a la persecución penal y al servicio de prisiones necesariamente contempla la función de asegurar la permanencia fuera del medio libre de los condenados, por un tiempo determinado. Si con ello se posibilita más

o menos la resocialización, es deseable, pero en todo caso, eventual. Si, además, con ello se “asegura” empíricamente “la vigencia de la norma” o una “justa retribución”, es un resultado de la discrecionalidad del legislador en la elección de la sanción, pero no de la naturaleza misma de esta, salvo en cuanto sanción. O si con ello se logra dar una respuesta a la *medida de la culpabilidad* en abstracto, podría también ser valorado, pero su constatación excede al requisito generalmente admitido de que el condenado sea responsable (culpable) de la infracción a la norma que se le imputó.

O sea, *en la realidad normativa y empírica* de los países de nuestro ámbito cultural, las penas privativas de libertad sí cumplen una función *normativa y empíricamente contrastable*, aunque muy poco glamorosa: *la incapacitación de los condenados para la comisión de nuevos delitos en el medio libre (no en prisión, donde pueden seguir cometiendo delitos, obviamente), durante un tiempo determinado.*

Mi impresión es que esta función real de *incapacitación* es lo que parece haber garantizado la pervivencia de las penas de prisión en la mayor parte del mundo occidental y de nuestro ámbito cultural, reemplazando así, con la menor intervención posible sobre el cuerpo del condenado, las antiguas y atroces penas de grillos, cepos, cadenas, marcas a fuego, mutilaciones y las diversas formas de ejecución de la pena de muerte, sanción incapacitadora por antonomasia

Es interesante señalar, además, que aunque se sostenga con denuedo y mejores argumentos que las penas privativas de libertad no pueden “justificarse” o “legitimarse” por su simple *efecto objetivo* de *incapacitación*, sino por objetivos más sublimes, como el aseguramiento de la vigencia de la norma, la retribución del daño o de la medida de la culpabilidad del autor o su rehabilitación, lo cierto es que aún si se admitiera como verdadero alguno de tales fundamentos de legitimidad, en su ejecución *la pena privativa de libertad de todos modos funciona en la realidad y está concebida normativamente como una medida de incapacitación del condenado*, impidiéndole volver a infringir en el medio libre, y por un tiempo determinado, las normas de conducta jurídicamente determinadas, mediante su exclusión de la vida social.

Y es en esa misma realidad donde la pena privativa de libertad, *en la medida de la probabilidad de su imposición y el tiempo promedio de su duración*, puede, *eventualmente*, cumplir con otra función también poco glamorosa pero contrastable empíricamente: *la disuasión* de otros potenciales delincuentes.

Pero la *disuasión* no es un *efecto necesario* de las penas privativas de libertad, sino, como la *rehabilitación del condenado*, un efecto *meramente contingente* a los medios con que se cuente para investigar y sancionar las infracciones de carácter penal y a la duración efectiva del tiempo promedio de privación de libertad. Si no se cuenta con lo primero o lo segundo es aleatorio, no se produce un efecto de disuasión real, sino únicamente la incapacitación por el tiempo aleatorio de privación de libertad del condenado.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse por qué la comunidad estimaría necesario excluir por tiempos más o menos prolongados a ciertas personas de la vida social, mediante la imposición de una sanción *incapacitante*, como es la privativa de libertad, cuando han infringido determinadas normas de conductas y por qué, tratándose de otras normas, admite simplemente otras sanciones.

O en los términos que lo plantearía Foucault: ¿cuál es el sentido de mantener una institución, la cárcel, que no respondería a las penas imaginadas por los liberales del siglo XVIII y cuya crítica la ha acompañado prácticamente desde su nacimiento?²⁵

Mi respuesta a esta cuestión, que no es la de Foucault, sería la siguiente, más próxima a la de Becker: porque el daño social o individual de la infracción de las normas de conducta que así se sancionan se entiende por la comunidad en un momento determinado como *inconmensurable* o *irreparable* mediante la simple compensación civil u otra medida similar²⁶ y, —agregaría yo—, su eventual reiteración por parte del responsable, un *peligro* que debe *evitarse*: la violación de una mujer, el abuso masivo de la confianza de los consumidores, la destrucción del medio ambiente, la muerte de otro, su venta como esclavo, la burla de los medios de apropiación legítimos, la destrucción del orden constitucional, la generación de un peligro de daño nuclear, por mencionar algunos casos modernos y antiguos, son infracciones que la comunidad en un momento determinado quiere *evitar a toda costa* (y por tanto, las entiende como *inconmensurables* por la simple compensación civil), agregando a la respuesta so-

²⁵Foucault, Michel (1976), *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, México, págs. 234 y ss.

²⁶Becker, Gary S. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Vol. 76. N° 2, págs. 169-217, 196 y 198. Por lo mismo, Becker propone que en todos los casos “compensables” se remplacen siempre que sean posibles las penas privativas de libertad por multas.

cial el *plus* de incapacitación en la sanción para evitar, al menos por un tiempo, su reiteración por parte de quienes considera personas probadamente capaces de cometer tales hechos, los condenados por esas infracciones.

Parafraseando a Descartes en su argumento acerca de lo engañosos que son los sentidos y el sueño, podríamos decir que las sociedades actuales, frente a esos peligros inconmensurables que pretenden evitar, hacen el siguiente razonamiento: “Si Fulanito fue capaz una vez de intentar un golpe de estado, cometer un homicidio, violación, etc., no tengo ninguna certeza de que no lo volverá a hacer, mientras tenga relaciones a que recurrir, fuerzas y energía”.²⁷

Luego, la persona que comete uno de esos hechos se transforma en peligrosa para la sociedad por no ofrecer garantías cognitivas de que no infringirá nuevamente las normas de conductas cuya infracción se entiende inconmensurable (no compensable).

Y a falta de una mejor herramienta para reducir ese peligro (prevenir la reiteración), se recurre al encierro, como un *plus* en la respuesta social a la infracción en cuestión.

Y esto vale tanto para las tradicionales sanciones privativas de libertad, como para las “*novedosas*” medidas de “*internamiento en custodia de seguridad*” indefinida, con posterioridad a la ejecución de la pena principal, que se encuentra en el § 66 del CP Alemán, y en la famosa regla de los “tres Strikes y afuera”, que permite imponer a los reincidentes penas de presidio más o menos extensas en varios Estados norteamericanos.

Con lo dicho anteriormente no se está haciendo aquí un *panegírico* de la *incapacitación* ni justificando la *peligrosidad* como medida de la misma, sino únicamente procurando ofrecer un punto de vista externo, “*la perspectiva del observador*”, que permita *explicar* la persistencia *real* de las penas privativas de libertad en nuestra sociedad y, al mismo tiempo, de las nuevas respuestas punitivas a la reiteración criminal, en un mundo donde el gasto público (que incluye el empleado en el sistema de justicia criminal) no es ilimitado y está sujeto a discreción y control políticos.

Esta explicación es, como ya habrá advertido el lector atento, una inversión de la idea dominante en Colombia de que las medidas de seguridad son una

²⁷ Descartes, René (1977), *Meditaciones Metafísicas. Primera Meditación*, Alfaguara, Madrid, Trad. V. Peña, pág. 9.

especie de penas: lo que hasta aquí se ha procurado demostrar es que las penas privativas de libertad, son en realidad, una especie de medidas de seguridad.

De hecho, según Robinson, defensor del *merecimiento empírico* como principio distributivo de la responsabilidad penal y la medida de la pena, las actuales prácticas punitivas en los Estados Unidos de América consisten precisamente en “*oscurecer la naturaleza del internamiento preventivo, haciéndolo pasar por la imposición de pena por un delito previo*”. El autor no discute que la incapacitación está exenta “*de la preocupación respecto de su eficacia que acosa tanto a la disuasión como a la rehabilitación*”, sino el “*utilizar el sistema de justicia penal como mecanismo de internamiento preventivo (preventive detention)*”, imponiendo largas sanciones privativas de libertad como “*penas*”, cuando ellas, por sobrepasar la “*pena merecida*” por la “*culpabilidad*”, serían realmente lo que nosotros llamaríamos *medidas de seguridad para imputables*. Luego, según Robinson, si “*socialmente se concibe que el sistema de justicia penal castiga a los delincuentes por lo que han hecho*”, todos estos “*esfuerzos de ocultación*” de “*medidas de seguridad*” bajo el rótulo de “*penas*”, disminuiría en unos casos la eficacia de la incapacitación (no se podría incapacitar a personas que todavía no han cometido delitos y se gastarían recursos inútiles manteniendo en prisión a personas “*no peligrosas*” condenadas, como los ancianos y quienes pueden ser rehabilitados mediante tratamientos externos) y en otros minaría la idea de la justicia al sobrepasar la pena “*merecida*”.²⁸

Sin embargo, por una parte, es difícil admitir que en las comunidades de aquellos Estados norteamericanos donde se han aprobado plebiscitariamente leyes de *tres strikes y afuera*, y los nombramiento de representantes, jueces y fiscales dependen del voto popular, el empleo de la prisión como “*internamiento preventivo*” no corresponde alguna manera a sus “*intuiciones acerca de la justicia*” de dicha comunidad o, al menos de quienes la representan y gobiernan. O dicho en sus propios términos: si la práctica punitiva de los Estados Unidos se ha desarrollado poniendo cada vez más énfasis en la incapacitación de quienes se estiman responsables de ciertos delitos (al punto de “*ocultarla*” tras el rótulo de “*penas*”), según el propio Robinson denuncia, resulta difícil entender por qué no puede ser más cierta la frase “*socialmente se concibe que el sistema de justicia penal incapacita a los delincuentes para cometer nuevos delitos como los que ya han hecho*” que aquella sobre la cual se basan todas sus

²⁸Robinson, ob. cit., págs. 135-158.

críticas a la incapacitación (esto es, que “*socialmente se concibe que el sistema de justicia penal castiga a los delincuentes por lo que han hecho*”).

Y por otra, parece existir suficiente evidencia empírica que el sostenido aumento de la población penitenciaria en los Estados Unidos, producto en buena parte de la aplicación de estas leyes que emplean la prisión como medida de seguridad “encubierta”, se encuentra entre las causas de la reducción de las tasas de delitos de los años 1990 y siguientes.²⁹ Por lo tanto, aunque es posible seguir sosteniendo que con un instrumental más fino para detectar la peligrosidad que la simple constatación de la comisión de delitos y la reincidencia podría mejorarse la *eficiencia* de la incapacitación (reduciendo con menor gasto un mayor número de delitos), lo cierto es que no puede negarse que su empleo ha sido *eficaz* para contribuir al objetivo de reducir la actividad criminal.

Finalmente, cabe destacar que el propio Robinson renuncia al “*merecimiento*” como límite real del encarcelamiento, al proponer no la supresión de la “*detención preventiva*”, sino su administración mediante un sistema paralelo y posterior a la imposición de la “*pena merecida*”, “*que solo tendría en cuenta en cuenta la protección de la sociedad de los futuros delitos de un delincuente peligroso*”, afirmando que “*un sistema explícito de internamiento postdelictivo sería mejor para los intereses de la comunidad y de los potenciales internados*”, cuestión que abordaremos con algún detalle más adelante.³⁰

La propuesta

Una reforma legal en la materia no puede seguir ocultando detrás de las supuestas funciones de “*prevención general positiva*” o “*retribución justa*” o “*por la culpabilidad*” la realidad del carácter *incapacitante de las penas privativas de libertad*, esto es, su sentido como *medidas de seguridad*, y tampoco sus efectos *desocializantes* en las actuales condiciones penitenciarias.

Del mismo modo, no puede seguir desconociendo los avances en la investigación criminológica positiva, tanto en lo que dice relación con las potencialidades *disuasivas de las penas privativas de libertad* como en la determina-

²⁹ Matus, Jean Pierre (2011), “¿Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile?”, en *del mismo, Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Jurídica de Chile, Santiago, págs. 177-132, 200 y ss., con referencias a los estudios norteamericanos en la materia.

³⁰ Robinson, ob. cit., pág. 156.

ción de los niveles de *peligrosidad* personal de los condenados, esto es, de la mayor o menor probabilidad de comisión de nuevos delitos, y las posibilidades de un tratamiento conductual efectivo para su rehabilitación.

Por lo tanto, en vez de eliminar toda referencia a la peligrosidad de los sujetos y a las capacidades de disuasión y rehabilitación de las penas privativas de libertad a la hora de establecer e imponer cualquier sanción, pena o medida de seguridad, lo que corresponde es reconocer la *realidad* que enfrentamos y hacer el esfuerzo de emplear con mayor rigor el instrumental científico disponible para determinar cognitivamente tanto las capacidades de disuasión de una pena determinada como la peligrosidad y las posibilidades de rehabilitación del infractor, de manera que ello no quede entregado exclusivamente a la discreción e intuición de legisladores y jueces, y mucho menos a un simple juego retórico sin probabilidad de comprobación forense, basado en alegaciones puramente verbales acerca de fines y principios supuestos y no reales de las sanciones a imponer.

En concreto, esto significa que *la privación de libertad solo tiene sentido como medida incapacitante para quienes no ofrecen garantías cognitivas de no volver a infringir normas de conducta cuya infracción suponga para la sociedad, en un momento determinado, un daño no compensable por otras vías, y siempre que con ello se consiga un mínimo de disuasión que justifique el gasto social en la persecución penal y se ofrezcan posibilidades de tratamiento conductual a quienes tengan la posibilidad de ser rehabilitados.*

Queda una última cuestión relevante: ¿son aplicables estos criterios a los casos de infracciones graves tributarias, aduaneras, o de otra naturaleza que afecten el orden económico (como las conductas monopólicas o los graves daños ecológicos, por ejemplo), o a casos de graves corrupciones en la administración del Estado o que afectan gravemente la seguridad o el orden público, como el terrorismo?

La respuesta es, en este caso, positiva, pero con un leve matiz. En efecto, una de las críticas que de antiguo se han vertido respecto a los criterios de peligrosidad, basados exclusivamente en la idea del “*ser antisocial*” es que los sujetos activos de tales delitos, por regla general, son sujetos que viven perfectamente en sociedad, tienen educación y pueden procurarse la vida sin mucha dificultad, sea por fortuna personal o familiar, o por poseer contactos y relaciones suficientes para obtener un trabajo remunerado, en caso de que sea necesario para solventar su subsistencia y la de quienes de él dependan.

Sin embargo, si la peligrosidad se entiende, como se hace aquí, no como la del “*ser antisocial*” o “*criminal nato*”, sino estrictamente en el sentido de *peligro de reiteración*, el argumento contrario decae por sí mismo, pues precisamente son esas capacidades económicas, fortuna y relaciones las que podrían hacer previsible, según la naturaleza, móviles y circunstancias del delito cometido, un peligro de reiteración, cuanto más si tales delitos se han estructurado y cometido como una forma ilícita, pero “normal” para sus autores, de organización económica o social.

A este respecto, vale la pena recordar que el propio Beccaria sostenía como legítima incluso la pena de muerte, esto es, la sanción *absolutamente incapacitante* por definición, en los casos de quien “*tenga relaciones, y tal poder, que interese a la seguridad de la nación*” y en que tal sanción “*fuese el único medio que contuviese a otros y los separase de cometer delitos*”.³¹

Y como lo sabe cualquiera que haya tenido contacto con la realidad forense, en la mayor parte de los casos, por dura que sea la sanción económica o privativa de derechos que se sufra, ella depende de los medios y derechos que posea el condenado, o más bien, de los medios que puedan serle incautados. Por lo mismo, no afectan a quienes puedan eludir las sanciones económicas o privativas de derechos mediante la interposición de terceros poseedores o la intermediación de personas habilitadas para ejercer “*a la luz*” los derechos que el condenado ejerce “*en la sombra*”. Y es por ello que la única sanción que actualmente parece surtir efectos disuasivos (“*que contuviese a otros de cometer delitos*”), parece ser, en estos casos, la que recae sobre el propio cuerpo, esto es, la pena privativa de libertad.

Según hemos anticipado, ante la evidencia del uso encubierto de la prisión como *medida de seguridad*, Robinson estima que es posible proponer la creación de dos sistemas de justicia: uno para imponer “*penas merecidas*” y otro para regular el “*internamiento preventivo*”. Cada uno de estos sistemas se regiría según sus propios principios distributivos. Así, las “*penas merecidas*” deberían imponerse en toda su extensión, sin necesidad de “*revisión periódica*”, como requeriría el “*internamiento preventivo*”; las “*penas*” deberían

³¹ Beccaria, Cesare (1774), *De los delitos y de las penas*, Madrid, Trad. Juan Antonio de las Casas, pág. 143.

consistir en “dentro de los límites impuestos por la dignidad humana, hacer sufrir”, en tanto que el “internamiento preventivo” no supondría ese sufrimiento adicional al encierro; el “internamiento preventivo” podría sustituirse en casos de baja peligrosidad del sujeto por tratamientos de deshabitación, control telemático u otras alternativas a la prisión, las “penas” no, porque son “merecidas” y “expresan la condena”; el “internado” tendría derecho al tratamiento, el “penado” no³². A grandes rasgos, y si no prestamos atención a las reglas que regulan la suspensión de la condena y la ejecución progresiva de las sentencias en España y Alemania, ni al hecho de que la imposición de *medidas de seguridad postdelictuales* es decidida por la justicia criminal de dichos países, podríamos decir que en ellos se contempla en cierta medida la propuesta de Robinson. Pero hay que admitir que es en una medida muy reducida y que, en todo caso, ello no impide que, *objetivamente*, la pena privativa de libertad sea *incapacitante*, cualquiera sea el nombre con que se designe o el “fundamento” con que se imponga.

Lo que aquí se propone es, en cambio, que si hemos llegado al convencimiento de que las penas privativas de libertad cumplen factual y normativamente una función incapacitante, y que, además, pueden cumplir funciones de disuasión y permitir la rehabilitación de los condenados, lo más conveniente para la sociedad y los condenados sería su regulación bajo tales “principios distributivos”, dejando de lado la pretensión de que, más allá de exigencia de una distribución no arbitraria de la responsabilidad, estas sanciones cumplan o deban cumplir alguna función de “justicia” o “merecimiento” basada en ideas más o menos primitivas de venganza, especulaciones filosóficas más o menos sofisticadas o el procesamiento de encuestas acerca de las intuiciones de justicia de una comunidad con más o menos márgenes de error.

Se me ha hecho ver que este punto de vista parece coincidir notoriamente con las formulaciones de Franz von Liszt,³³ pues llevaría a la consecuencia de que, más allá del cumplimiento de la finalidad disuasoria, la pena sería de alguna

³² Robinson, ob. cit., pág. 141.

³³ von Liszt, Franz (1984), *La idea del fin en el Derecho penal*, Trad. E. Aimone, Edeval, Valparaíso. En efecto, la crítica que aquí se hace a la imposibilidad de determinar la clase y medida de la pena a partir de una idea absoluta de justicia y culpabilidad, no se aparta mucho de las ideas principales del Cap. IV de dicha obra (“El principio de medida en la pena”): “no existe fundamentación metafísica de la pena capaz de resolver el problema de su medida [pág. 95] (...) [la] proporcionalidad depende totalmente del sistema de penas. [...] si la pena justa es la ejecución capital o la

manera determinada en atención a la peligrosidad del sujeto (por ejemplo, cuando se trate de decidir acerca de penas alternativas a la privación de libertad o de reducir la pena impuesta a quienes ofrezcan garantías cognitivas de no reincidir)³⁴ y que, por lo mismo, adolecería de un cierto vicio de “*ucronía*”, pues el

privación perpetua de libertad o diez años de presidio correccional, podemos decirlo solo si sabemos si el sistema penal acepta la pena de muerte, y si sabemos si son diez, quince, veinte, veinticinco o treinta años el máximo que se ha establecido para las penas temporales de privación de libertad [p. 101] (...) *corrección, intimidación, neutralización: estos son pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen a ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos* [p. 112]. *Por ello, en general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida para observaciones ulteriores: 1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella; 2) Intimidación de los delincuentes que no necesiten corrección; 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección* [p. 115]. Las diferencias con lo que aquí se plantean radican en lo siguiente: primero, yo acepto que la pena privativa de libertad *puede* ser disuasiva y *puede* ser resocializadora, pero ello depende de condiciones *contingentes*. Lo único que es seguro es que la pena privativa de libertad *neutraliza (incapacita)* a quien la padece, pero no solo a los “incoregibles”, sino también, por ejemplo, a los “coregibles” (en la terminología lisztiana) durante el tiempo de encierro que supone un tratamiento de deshabitación a las drogas. Dicho de otra manera, no es que las penas privativas de libertad deban disponerse con la finalidad de *neutralizar*; sino que, al disponerse, cumplen de hecho y normativamente con tal finalidad, quíeráse o no, y por eso se estima más conveniente regularlas de conformidad con su objetividad factual y normativa y no “ocultarla” bajo ideas trascendentes a su objetividad o metafísicas.

³⁴ Y de allí, a la crítica de que no serían necesarias las penas privativas de libertad para, por ejemplo, los dictadores ancianos, los miembros que todavía sobrevivan de las fuerzas de ocupación nacionalsocialistas, y, eventualmente, los terroristas con educación y los delincuentes económicos. Pero yo no empleo un concepto de peligrosidad que pueda asociarse al de “delincuente nato” o “degenerado” o cualquier idea de “persona desviada” o “ser antisocial”, sino uno que tiene que ver con el peligro de reiteración. Y las posibilidades de reiteración de un delito no tienen que ver únicamente con “la personalidad” del responsable, sino, principalmente, con sus capacidades económicas, fortuna y relaciones, todas las que podrían hacer previsible, según la naturaleza, móviles y circunstancias del delito cometido, un peligro de reiteración, cuanto más si tales delitos se han estructurado y cometido bajo un aura de “normalidad” y “justificación” para sus autores, dentro del ámbito de sus relaciones políticas, sociales, religiosas o económicas. A este respecto, vale la pena recordar que el propio *Beccaria* sostenía como legítima incluso la pena de pena de muerte, esto es, la sanción absolutamente incapacitante por definición, en los casos de quien “tenga relaciones, y tal poder, que interese a la seguridad de la nación” y en que tal sanción “fuese el único medio que contuviese a otros y los separase de cometer delitos (*De los delitos y de las penas*. Trad. De Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774, págs. 143 y ss.). Y como lo sabe cualquiera que haya tenido contacto con la realidad forense, en la mayor parte de los casos, por dura que sea la sanción económica o privativa de derechos que se sufra, ella depende de los medios y derechos que posea el condenado, o más bien, de los medios que puedan serle incautados. Por lo mismo, no afectan a quienes puedan eludir las sanciones económicas o privativas de derechos mediante la interposición

positivismo a lo von Liszt, los tratamientos resocializadores y las penas indeterminadas habrían fracasado en los años 60³⁵ y ahora estaríamos frente a un resurgimiento de las ideas retribucionistas.³⁶

No es posible negar el fracaso de los esfuerzos por elaborar técnicas de resocialización efectivas en los años 1960 y 1970, que ha pasado el tiempo de las penas indeterminadas y que el discurso actualmente dominante tiene los visos retribucionistas de la culpabilidad por el hecho que ya hemos analizado.

Pero tampoco se pueden negar los avances de la criminología empírica y de la psicología cognitiva de las última décadas, acerca de las condiciones y modos en que es posible la disuasión³⁷ y la resocialización,³⁸ que las “penas determina-

de terceros poseedores o la intermediación de personas habilitadas para ejercer “a la luz” los derechos que el condenado ejerce “en la sombra”. Y es por ello que la única sanción que actualmente parece surtir efectos disuasivos (“*que contuviese a otros de cometer delitos*”), parece ser, en estos casos, la que recae sobre el propio cuerpo, esto es, la pena privativa de libertad.

³⁵ Ver, por todos, Muñoz Conde, Francisco (1982), “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en AA VV, *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Temis, Bogotá, págs. 131-164.

³⁶ Véase mi propia admiración, hace una década, respecto de la propuesta “proporcionalista” de Andrew von Hirsch, en Matus, Jean Pierre (2000), “Reseña de “Censurar y Castigar” de Andrew v. Hirsch”, *Ius et Praxis*, Vol. 6, N° 2, págs. 547-554, que me parecía entonces más apropiada para limitar la entidad de la pena privativa de libertad que las teorías de prevención general positiva que entonces (como ahora, hay que decirlo), dominaban la discusión. Lo que yo no alcanzaba a ver en aquella época es que, como cada vez va siendo más claro, salvo la pirotecnia lingüística, en realidad no parece haber una diferencia en la fundamentación de las penas entre las teorías retribucionistas y las de prevención general positiva que no pretenden verificación empírica.

³⁷ En Robinson, ob. cit., págs. 31-124, se discute detalladamente acerca de las condiciones en que la *disuasión* podría operar en la realidad y sus ventajas y desventajas como criterio de *distribución* de responsabilidad penal y medida de la pena. Ya hemos señalado que es inapropiado sostener que un criterio como la disuasión o cualquier otro *deba* valorarse al mismo tiempo como *criterio de distribución de la responsabilidad penal y de la medida de la pena*, pues no hay relación de necesidad lógica ni empírica para ello. Luego, si solo nos detenemos en la *disuasión* como criterio para distribuir al menos el marco penal inicial, en el altamente crítico texto de Robinson se encontrará la sorprendente información de que, respecto del paso de la delincuencia juvenil a la adulta, parece ser que las diferencias penológicas sí disuaden a (algunos) jóvenes de cometer delitos, según demostrarían análisis efectuados por Steven D. Levitt (p. 87). Los argumentos de Robinson en para “explicar” este hallazgo empírico, que no contradice con investigaciones de la misma clase, echan por tierra su crítica generalizada contra la disuasión: admite que respecto de los jóvenes, por lo general impulsivos, no completamente desarrollados ni integrados a la sociedad, existen normas que puedan ser “bien conocidas por todos” (“*la diferencia de gravedad de las penas*” entre el sistema de adultos y el juvenil); que los miembros de las “bandas

das” cumplen *en todo caso* funciones de incapacitación y, sobre todo, que aún quienes han empleado sus mejores esfuerzos en promover la idea de que las penas solo son legítimas cuando son “merecidas” o “justas”, no pueden explicar cuál es el proceso que hace que las penas privativas de libertad dejen de ser penas incapacitantes por el solo hecho de que se han designado, *además*, como “justas” o “merecidas”, y eso, haciendo abstracción del hecho de que tal medida de “justicia” no parece depender de otra cosa que de la pena fijada en ejercicio de la discrecionalidad de cada legislador en cada momento y lugar histórico.

Estas dificultades prácticas de las teorías acerca de la “pena justa” cuando recurrentemente se enfrentan a la realidad de los sistemas penales que existen (y en este caso, a las funciones objetivas de las privativas de libertad que existen) es lo que parece explicar por qué Jiménez de Asúa tituló *Corsi e ricorsi*, el homenaje a quien fuera su maestro, Franz von Liszt, en el quincuagésimo ani-

juveniles” son capaces de aprovechar esta “ventana de libertad” (y que también lo hacen los adultos que discriminan si ellos o los más jóvenes portarán o no armas). Es decir, que “*en este caso se dan los prerrequisitos para la disuasión*”. Salvo un prejuicio, es difícil no imaginar que si la disuasión es posible en tan negativas condiciones (frente a jóvenes impulsivos, inmaduros y no completamente socializados), bien podría serlo en condiciones más favorables (véase, por ejemplo, Ehrlich, Isaac; Liu, Zhiqiang, “Sensitivity Analyses Of The Deterrence Hypothesis: Let’s Keep The Econ In Econometrics”, November 1998, en SSRN [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1869888>]). Por otra parte, y en términos generales, solo la idea de que la amenaza de sanciones como las privativas de libertad puede ser un estímulo para la conducta humana hace inteligible el hecho de que el Estado destine ingentes recursos a un sistema penal, restándolo a otras necesidades sociales, como la salud y la educación. Naturalmente, y en esto estamos plenamente de acuerdo con Robinson, que esa *disuasión* esperada opere o no en la realidad social depende de condiciones empíricas, incluyendo los términos de la propia formulación legal, que como tales, no siempre se presentan de manera perfecta. Por eso la pregunta acerca de la función y sentido objetivos de las penas privativas de libertad no puede responderse atendiendo a la finalidad de su establecimiento legal, sino a las efectivas funciones que se le asignan cuando se imponen.

³⁸Incluso Robinson, *ob. cit.*, pág. 125, admite al respecto que “*las afirmaciones de que <<nada funciona>> son exageradas*”, y que “*ciertos programas de rehabilitación han tenido algún éxito*”. Naturalmente, dada la alta *contingencia* de dichos resultados, tiene razón Robinson cuando señala que la rehabilitación por sí misma no puede considerarse para distribuir la responsabilidad penal y la medida de la pena. De lo primero ya hemos dicho bastante: determinar la responsabilidad penal no tiene mucho que ver con determinar la medida de la pena. Y la rehabilitación, por su carácter contingente, solo puede jugar un rol secundario, en el evento en que los programas apropiados se ofrezcan a los condenados apropiados y sus resultados ofrezcan garantías cognitivas de que una persona sometida a dichos programas no volverá a delinquir. Tiene razón Robinson cuando dice que “*la pena impuesta conforme a cualquier otro principio*

versario de su fallecimiento, por allá por 1969:³⁹ porque donde la doctrina dominante siga anclada en la metafísica y la creencia en entidades ideales como, “*la medida de la culpabilidad*”, la “*justa retribución*” o el “*merecimiento*”, preguntarse acerca de las funciones objetivas de entidades reales como las penas privativas de libertad será siempre, necesariamente, un retorno a los temas e ideas de von Liszt.

también ofrecería una oportunidad de resocializar al delincuente, si esto es posible”, aunque me parece francamente discutible, salvo por el *prejuicio* basado en la idea del “*merecimiento*” que no se pueda utilizar la rehabilitación para “*determinar el período durante el cual el sujeto quedaría bajo el control del sistema de justicia penal*” (p. 134). Por ejemplo, la experiencia de los Tribunales de Tratamiento de Drogas parece indicar que, tratándose de la comisión de delitos motivados por las adicciones, su tratamiento efectivo, esto es, con garantías cognitivas de la deshabitación del condenado, parece suficiente motivo para no imponer la pena privativa de libertad pendiente durante el tratamiento. Y si un condenado en prisión ofrece suficientes garantías cognitivas de que no volverá a delinquir (no que ha aprobado un programa determinado, como por ejemplo, un curso de carpintería o algo así), parecen existir pocas razones para mantenerlo en prisión, solo para “*hacerlo sufrir*”.

³⁹Jiménez de Asúa (1972), “*Corsi e ricorsi. La vuelta de von Liszt*”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 1, Nº 2, págs. 191-203, reproducido en Liszt, ob. cit., págs. 27-51.