

PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA

Jorge Antonio Sánchez De La Cruz
(UNMSM)¹

I. Introducción.

La problemática sobre la teoría de la pena es muy compleja, pues ha ocupado y ocupa a la filosofía y a la teoría del Estado desde los orígenes mismos del Derecho penal². Desde el punto de vista valorativo, los fines de la pena son inseparables del mundo de las ideas, porque en definitiva, también el delito es un fenómeno espiritual³. La esencia y fines de la pena –la sanción represiva ejercida por el Estado– no puede atenderse por sí sola, como pudieran entenderse y justificarse, sin más, la defensa frente a alteraciones del orden público o la protección militar de las fronteras nacionales: por el contrario, las diversas respuestas al problema hunden sus raíces en otras tantas concepciones y disputas ideológicas. Las ideas sobre la sociedad, el individuo y el Estado son las coordenadas fundamentales⁴ de las mismas, por más que durante algún tiempo el problema de los fines de la pena se abordó como si fuese un problema estricta y exclusivamente penal.

Por eso, es incorrecto examinar las diversas teorías y concepciones de la pena y del ius puniendi al margen del contexto histórico en el que se encuadran los sistemas jurídicos⁵. Y es que, la historia se hace a base de muchas corrientes que fluyen, unas más deprisa, otras más despacio. No debe, pues, pasarse por alto hasta que punto la disputa o guerra de las teorías de la pena –y especialmente la disputa entre escuelas– ha estado prisionera de las concepciones filosóficas. Tales concepciones, que integran el marco espiritual de cada momento histórico, perfilan y matizan los contornos del fenómeno de la pena.

En este contexto, cabe hacer tres precisiones: la primera, se refiere a que los fines de la pena no atañen exclusivamente al Derecho penal, sino a la filosofía general, donde confluyen las diversas concepciones sobre el ser humano, la sociedad y el Estado⁶. La segunda, se vincula con la cuestión de que el problema de los fines de la pena en la

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios concluidos en la maestría en Ciencias Penales de la Universidad San Martín de Porres

² Así, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Antonio: Introducción al Derecho penal*, 3ª edición, editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 229.

³ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Op. Cit.* p. 230.

⁴ En ese sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ATÓN, Tomás sostienen que la legitimidad del Derecho penal y, por tanto, de la pena depende del concepto de los conceptos de Derecho y Estado que se sustente. Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ATÓN, Tomás: *Derecho penal / Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 59.

⁵ *Ibidem*.

⁶ De esta manera, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Antonio: Introducción al Derecho penal*, 2005, p. 231. También, COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás: *Op. Cit.*, p. 59.

actualidad debe abordarse a la luz de los conocimientos actuales sobre el hombre y la sociedad con un nuevo enfoque, ya que sus presupuestos varían como varían los conocimientos y las necesidades de la sociedad. Las grandes preguntas sobre la pena no son preguntas invariables, por eso, no nos podemos conformar con referencias del pasado, como si fueran respuestas acabadas y perfectas a un problema inmutable. Hoy, más que nunca, urge precisar los fines de la pena y los límites de la injerencia penal del Estado.

Pues bien, para lograr dicho cometido, es necesario conocer: primero, los fines que se le otorga a la pena en los diversos modelos teóricos (Ítem II); segundo, los fines de la pena en el ordenamiento jurídico nacional (Ítem III).

II. Fines de la pena en la perspectiva teórica

A nivel teórico, existen diversos planteamientos sobre la teoría de la pena. Sin embargo, estos múltiples postulados pueden sintetizarse en tres grupos: las teorías retribucionistas o absolutas, las teorías relativas o preventivas, y las teorías de la unión o eclécticas. Veamos:

II.1. Teorías retributivas o absolutas.

Estas teorías entienden a la pena como un fin en sí misma, sin necesidad de referirla a objetivos prácticos, es decir, a resultados concretos para justificarla⁷. La pena no es un medio, sino un fin⁸. Por ello, las teorías absolutas son teorías de la pena, pero no teorías sobre el fin de la pena. Esta disfruta, precisamente, del privilegio de majestuosidad de estar libre de toda referencia a fines, se justifica en sí misma⁹.

Dentro de la perspectiva retributiva, subyacen dos formulaciones: la retribución ética desarrollada por KANT y la retribución jurídica formulada por HEGEL.

KANT parte de la necesidad absoluta de la pena, que deriva de un imperativo categórico, de un mandato de la justicia¹⁰ y no admite excepciones de ningún género. La pena es un fin en sí misma, pues debe imponerse si y porque se ha cometido un delito, aunque no depare su imposición ningún provecho ni para el condenado ni para la comunidad¹¹. Dice KANT¹²: la pena debe imponerse aunque ello conlleve a la disolución de la sociedad civil, aunque se dispersaran todos sus miembros habría que ejecutar al último de ellos que quedara preso para que el mundo no sufra lo que merecen sus hechos. Según KANT, la pena es un fin porque si se convirtiera en un medio para conseguir un bien para el propio penado o para la sociedad, se trataría al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines¹³, como un objeto del Derecho, como cosa. A decir de KANT – en virtud de que él proclama una República moral–, el delincuente se merece el mismo mal

⁷ De este modo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinador): *Derecho penal / Parte General*, 2002, p. 59.

⁸ Cfr. KANT, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, 4ª edición. Madrid, Tecnos, 2005. p. 166.

⁹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”. Op. Cit., p. 59.

¹⁰ Vid. KANT, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, Op. Cit. p. 167.

¹¹ Ibidem.

¹² KANT, Immanuel, Op. Cit., pp. 167 y ss.

¹³ KANT, Immanuel, Op. Cit., p. 166.

que ha causado, esto es, la Ley del Tali3n p3blica (estipulada a nivel abstracto por el legislador, e impuesta en el caso concreto por el Juez) y no la venganza privada¹⁴. En la perspectiva kantiana, la pena retributiva es la 3nica que puede determinar la cantidad y calidad de la pena que ha de imponerse al delincuente¹⁵.

Por su parte, HEGEL fundamenta la pena no en un mandato moral absoluto de la justicia, sino en un proceso dial3ctico (posici3n-negaci3n y negaci3n de la negaci3n)¹⁶. Para HEGEL, el ordenamiento jur3dico es querer general (posici3n)¹⁷, el delito ser3a la negaci3n del mismo¹⁸, y la pena, la negaci3n de la negaci3n, esto es: la reafirmaci3n o restauraci3n del orden jur3dico¹⁹, a trav3s de la necesaria negaci3n de la voluntad especial o particular del delincuente que, a su vez, neg3 la voluntad general. La pena, por tanto, no es un mal, sin m3s: ser3a absurdo entonces –afirma HEGEL– querer un mal s3lo porque previamente ha tenido lugar otro mal. La pena no alude a un bien ni a un mal, sino a la dial3ctica injusto-justicia²⁰. La pena es la restauraci3n del ideal del orden jur3dico infringido, de la armon3a entre la voluntad general y la particular²¹.

No obstante, cabe precisar que la pena concreta no viene dada, para HEGEL, por la rigurosa ley del tali3n kantiana, sino por un principio valorativo m3s flexible que tenga en cuenta las caracter3sticas de la lesi3n concreta y las circunstancias de la sociedad civil²². No hay que confundir, pues, el concepto general de la pena de HEGEL (concepci3n absoluta) con la determinaci3n de la pena concreta aplicable al caso, puesto que ello depender3, a decir de HEGEL, de las necesidades cambiantes de la sociedad civil. Argumenta HEGEL²³: en un momento hist3rico determinado puede ser adecuado castigar con la pena de muerte el hurto de una peque1a cantidad de dinero –o de una zanahoria– y en otro distinto, puede serlo sancionar con una pena benigna un hurto de grandes proporciones. Esto se debe a que HEGEL relaciona delito y pena en un plano simb3lico o comunicativo, mientras que KANT lo hace en un plano causal externo²⁴.

II.2. Teor3as relativas (teor3as preventivas puras).

Las teor3as relativas, sin embargo, justifican la pena en cuanto satisfaga determinados fines de prevenci3n general o especial²⁵. Porque la pena no es un fin en s3 misma, sino un medio preventivo²⁶: no se trata con ella de hacer justicia sobre la tierra, sino

¹⁴ S3lo la ley del Tali3n (ius talionis) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado). Cfr. KANT, Immanuel, Op. Cit., p. 167.

¹⁵ As3, FEIJ3O S3NCHEZ, Jos3 Bernardo: “Las teor3as cl3sicas de la pena”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Edici3n especial sobre el C3digo Penal Peruano, N3 11, Lima, Idemsa, p. 341.

¹⁶ HEGEL, G. W.: *Principios de la filosof3a del Derecho*, Traducci3n de Jos3 Luis Vernal, p. 159.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ HEGEL, G. W.: *Principios de la filosof3a del Derecho*, Op. Cit., p. 160.

²¹ *Ibidem*.

²² GARC3A PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducci3n al Derecho penal*, Op. Cit., p. 244.

²³ FEIJ3O S3NCHEZ, Jos3 Bernardo: “Las teor3as cl3sicas de la pena”, Op. Cit., p. 347 y 348.

²⁴ FEIJ3O S3NCHEZ, Jos3 Bernardo: “Las teor3as cl3sicas de la pena”, Op. Cit., p. 347 y 344.

²⁵ Sobre esta cuesti3n, refiri3ndose a las teor3as relativas, GRAC3A PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducci3n al Derecho penal*, Op. Cit., p. 259.

²⁶ *Ibidem*.

de cumplir una función social, de posibilitar la convivencia y evitar la comisión de futuros delitos²⁷. En ese sentido, para los partidarios de esta concepción la pena no es una cuestión de principio, un imperativo categórico derivado de la idea absoluta de justicia, ni una necesidad lógica, sino un medio o instrumento útil y necesario para prevenir la criminalidad²⁸. Por ello, no se justifica en sí misma, sino en cuanto cumpla con eficacia el fin que la legitima: el control de la delincuencia.

Se trata, pues, de genuinas teorías sobre el fin de la pena –lo que no sucede con las teorías absolutas antes examinadas– que parten, también, de la idea de que la pena es un mal, pero un mal necesario para hacer posible la convivencia, para evitar la comisión de delitos. Además, a diferencia de las teorías absolutas, en caso de colisión se imponen los intereses utilitaristas y preventivos por sobre los criterios retributivos, porque la pena –afirman sus defensores– no está orientada a la retribución del delito cometido, no mira al pasado, sino al futuro. Con ello, el común denominador de las teorías relativas es la eficacia preventiva del delito.

Son dos las direcciones principales por donde transitan las teorías preventivas de la pena: la de la prevención general y la de la prevención especial.

II.2.1. Teoría preventivo-generales.

En el ámbito de las teorías preventivo-generales se encuentran, a su vez, la teoría preventivo-general negativa o intimidatoria y la teoría preventivo-general positiva o integradora. Pese a que ambas teorías tienen como finalidad prevenir la realización de hechos delictivos en el futuro, dirigiéndose a la sociedad²⁹, cada una de ellas posee formas distintas de lograr dicho cometido. De ello nos ocuparemos a continuación.

II.2.1.1. Teoría preventivo-general intimidatoria.

La formulación moderna de la teoría preventivo-general negativa pertenece a FEUERBACH³⁰. Este jurista alemán sostiene que la misión del Derecho penal es impedir la violación del Derecho, lo cual, en su perspectiva, se conseguirá acudiendo a unos recortes coactivos de naturaleza psicológica³¹. Es decir, según este autor, el recurso básico para alcanzar los cometidos del Derecho penal es la conminación penal coactiva³². Conforme a su planteamiento, el medio idóneo para evitar la comisión de hechos delictivos es la intimidación de la sociedad mediante la amenaza penal³³. Y, esto, porque el mal futuro que se comunica a la ciudadanía en la previsión legal determinaría al potencial delincuente a que se inhiba de llevar a cabo el delito, que se abstenga de lesionar bienes jurídico-penales³⁴. Lógicamente, la amenaza penal funcionaría como un contramotivo del ciudadano

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Tomo I, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo & Javier De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 89.

³⁰ En el mismo sentido, ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 90.

³¹ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal / Parte General*, 7a edición, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 91.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Al respecto, ROXIN sostiene que FEUERBACH se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que el empujaban hacia el delito y los que se resisten a ello; por tanto, había que provocar en el spique del indeciso unas

y, consecuentemente, remotivaría a aquél a favor de la ley³⁵. Es decir, la abstención de cometer delitos operaría como mero efecto reflejo de la intimidación penal³⁶.

Las críticas que se hacen a esta teoría es que instrumentaliza al ciudadano convirtiéndolo en un mero chivo expiatorio en aras de intereses sociales y reflexiones ajenas a los merecimientos de autor³⁷. En el mismo sentido, también se señala que al poner el acento en las exigencias de coacción psicológica para neutralizar los impulsos delictivos del autor, desatiende la propia lesividad social del hecho, quebrando la necesaria proporción entre delito y pena³⁸. De otro lado, se postula que esta teoría parte de una visión negativa del ciudadano como infractor potencial proponiendo un Derecho penal del temor que busca domesticar al hombre, lo cual implica que no conside al hombre como un ser racional, sino como un ser instintivo que se determina por factores pulsionales (v. gr., el miedo), mas no por elementos racionales.

II.2.1.2. Teoría preventivo-general positiva o integradora.

Esta teoría busca prevenir la comisión de injustos penales mediante la afirmación positiva del Derecho, es decir, a través de la afirmación positiva de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia moral de la norma, o de una actitud de respeto hacia el Derecho³⁹. La prevención general positiva, se dice, es la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo a un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales⁴⁰. La función preventivo-general positiva se basa en la confianza de la ciudadanía hacia la inviolabilidad del Derecho⁴¹ y en la protección del ordenamiento jurídico frente a los ataques criminales contra él mismo.

Esta es la perspectiva seguida por JAKOBS cuando señala que “Tarea del Derecho penal es el mantenimiento (de la vigencia) de la norma, como modelo orientador de las relaciones sociales⁴²; contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado⁴³. Mas propiamente dicho, según JAKOBS: “La pena es siempre reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma”⁴⁴. En tal sentido, la

sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una coacción psíquica para abstenerse de la comisión del hecho”. Cfr. ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 90.

³⁵ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal / Parte General*, p. 91.

³⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho penal español / Parte Gneral*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 93.

³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Curso de Derecho penal español*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 79. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho penal español / Parte Gneral*, Op. Cit., pp. 93 y 94.

³⁸ JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Traducción de Joaquín Cuello contreras & José Luis Serrano Gonzalez De Murillo, Madrid, Civitas, 1997, p. 28. Asimismo, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Curso de Derecho penal español*, Op. Cit., p. 79.

³⁹ Cfr. JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 26.

⁴⁰ JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., pp. 10 y 11.

⁴¹ JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 13.

⁴² JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 14.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 8

función de la pena es la prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma⁴⁵.

Así las cosas, a la prevención general positiva corresponderían tres cometidos⁴⁶: una función informativa, advirtiendo al ciudadano lo que está prohibido y lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar; por último, la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho.

II.2.2. Teoría preventivo-especiales.

La segunda de las teorías relativas (teorías preventivas puras) es la prevención especial o individual. Para esta teoría, el fundamento legitimador de la pena reside en la evitación de futuros delitos, pero actuando sobre quien ya delinquiró⁴⁷ y no sobre la comunidad. Se trata de evitar, por tanto, que quien ya infringió la ley penal, vuelva a hacerlo en el futuro⁴⁸. El cumplimiento y ejecución de la pena van orientados a dicho fin. A partir de ello, el destinatario del mensaje preventivo de la pena no es el infractor potencial, la sociedad (prevención general), sino el propio penado⁴⁹. La finalidad u objetivo primario de aquél es evitar la recaída en el delito (reincidencia). El medio o instrumento es la ejecución de la pena impuesta, no la conminación legal abstracta⁵⁰.

Dentro de esta perspectiva, existen tres tipos de prevención especial: la prevención especial resocializadora, la prevención especial inocuidadora y la prevención especial confirmadora.

La finalidad resocializadora de la pena estaría orientada a aquellos ciudadanos corregibles, esto es, a aquellas personas que pueden ser reeducados y reinsertados a la sociedad⁵¹. La finalidad inocuidadora, por su parte, estaría dirigida a los ciudadanos irresocializables, a los sujetos que están predestinados a delinquir⁵². Por último, la finalidad confirmadora o admonitoria de la pena se orientaría a aquellos sujetos que delinquen accidentalmente (los ocasionales que no necesitan de resocialización), es decir, a los ciudadanos que pese a haber delinquirado son respetuosos de las normas⁵³. Ello, se debe a que los partidarios de la prevención especial –basados en criterios criminológicos del positivismo italiano– sostienen que las personas que cometen delitos tienen características singulares las cuales configuran una personalidad especial⁵⁴. En función de ello, clasificaron a las personas que cometen delitos en delincuentes habituales o incorregibles,

⁴⁵ JAKOBS, Günther: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 14.

⁴⁶ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducción al Derecho penal*, Op. Cit., p. 278.

⁴⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”. Op. Cit., p. 63.

⁴⁸ Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Curso de Derecho penal español*, Op. Cit., p. 80.

⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Obras Completas*, Lima, ARA Editores, 2005, p. 217 y ss.

⁵⁰ ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 85.

⁵¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”. Op. Cit., p. 64.

⁵² ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”. Op. Cit., p. 65.

⁵³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”. Op. Cit., p. 64.

⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Curso de Derecho penal español*, Op. Cit., p. 80.

delincuentes corregibles o resocializables y, delincuentes ocasionales⁵⁵. A partir de tales premisas, es que se han elaborado las tres clases de penas especiales: una para cada tipo de delincuente.

II.3. Teorías de la unión.

Las teorías de la unión pretenden buscar una síntesis entre las teorías absolutas y las relativas. Partiendo de una consideración práctica, sostienen que la pena, en la realidad, cumple fines preventivo-generales y fines preventivo-especiales⁵⁶. En efecto, las teorías eclécticas de la unión son el resultado de la conciliación de las escuelas monistas⁵⁷, quienes tratan de armonizar las aportaciones valiosas de las teorías absolutas y de las teorías relativas.

Ahora bien, como afirman ROXIN y JESCHECK, las teorías de la unión no llegan a dicho planteamiento mediante una mera adición de principios de diverso origen y naturaleza, sino a través de un proceso dialéctico⁵⁸. Por eso, se dice que las teorías de la unión proponen fórmulas que sirven de puente entre las teorías absolutas y las teorías relativas. En la concepción de las teorías de la unión, la prevención general y la prevención especial no sólo son complementarias, sino que son interdependientes, esto es, la prevención general influye en la consecución de la prevención especial y, al mismo tiempo, la prevención especial incide en la materialización de la prevención general⁵⁹.

La operacionalización dialéctica de las teorías de la unión se daría en tres momentos: en la conminación penal, en la imposición de la pena y en la ejecución de la pena. En el primer momento (en el momento legislativo), se realizaría preponderantemente la prevención general⁶⁰; esto, en virtud de que cuando la ley se hace pública comunica a todos los ciudadanos que hay conductas que están prohibidas. En este momento, la sociedad internalizaría la norma jurídico-penal y en adelante adecuaría su conducta conforme a Derecho. Por su parte, la prevención especial se alcanzaría, sobre todo, en los dos momentos posteriores⁶¹. Y, es que, con razón, los partidarios de estas teorías sostienen que cuando el juez impone una pena al condenado en una sentencia condenatoria y cuando ésta se ejecuta en el centro penitenciario, los efectos de la misma inciden preferentemente sobre el sujeto activo del delito (autor o partícipe). Así, por ejemplo, el juez al fijar la pena en el momento de emitir la sentencia toma en cuenta todos los elementos y las circunstancias que afectan al sujeto activo del delito en el momento de la realización del hecho (Arts. 45 y 46 del CP). Lo mismo ocurre cuando se ejecuta la pena, esta no afecta sobremanera a la sociedad, sino sólo al sujeto que la padece. Sin embargo, los tres momentos estarían relacionados de modo que ninguno puede existir sin el otro⁶²: la

⁵⁵ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La legitimación del Derecho penal (Las teorías de la pena)”. Op. Cit., p. 64.

⁵⁶ ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 95.

⁵⁷ Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal / Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 81.

⁵⁸ ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 97. Asimismo, JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 81.

⁵⁹ ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 98.

⁶⁰ ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., p. 97.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² ROXIN, Claus: *Derecho penal / Parte General*, Op. Cit., pp. 97 y 98.

prevención especial no puede llevarse a cabo sin la prevención general, ni la prevención general sin la prevención especial.

Por último, cabe señalar que la prevención general y la prevención especial que postulan los defensores de las teorías de la unión son las correspondientes a la prevención general positiva y a la prevención especial resocializadora. Es decir, no toman en cuenta la prevención general intimidatoria ni la prevención especial inocuidadora.

III. Fines de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.

III. 1. Generalidades.

Los fines de la pena en el ordenamiento jurídico penal peruano se encuentran regulados en la Constitución Política, en el Código Penal y en el Código de Ejecución penal. A nivel constitucional, los fines están previstos en el Art. 139 inciso 22, el cual señala que “*El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad*”. Por su Parte el Art. IX del Título Preliminar del Código Penal establece que “*La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora*”. Finalmente, el Código de Ejecución penal en su Art. II del Título Preliminar prescribe que “*La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*”.

III.2. Fin resocializador de la pena.

El fin resocializador de la pena en el Derecho penal peruano está consagrado en los tres cuerpos legales anteriormente aludidos.

Es evidente que este fin resocializador de la pena es una expresión que se deriva de la Constitución de 1979⁶³. En efecto, la finalidad resocializadora de la pena que le asignan los tres instrumentos jurídicos pasa por la adaptación al Estado social y democrático de Derecho que consagra la Carta Fundamental⁶⁴. Se observa pues, que en su redacción ha sido necesario tomar en consideración el estado actual de la dogmática penal y la política-criminal, así como las más recientes doctrinas criminológicas y penitenciarias.

La finalidad resocializadora es lo que ha llevado al legislador peruano a establecer penas privativas de libertad racionales para una cierta cantidad de delitos. Esta misma finalidad resocializadora es la que ha motivado al legislador a buscar medidas sancionadoras alternativas a las penas privativas de libertad para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictivos de menor gravedad. Por eso, se han diseñado “*nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas*”, entre las cuales se encuentran las penas pecuniarias, las inhabilitaciones, etc. En el mismo sentido, en orden a la finalidad de resocialización, se ha establecido la posibilidad de suspender o cancelar la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Sobre esta cuestión, cabe precisar que la prohibición de portar o hacer uso de armas de fuego restringe un derecho

⁶³ Confróntese el primer párrafo (del epígrafe *contenido*) de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

⁶⁴ Sobre esta cuestión, véase MONTROYA VIVANCO, Yván: *Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado*, en: *La Constitución comentada*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 634 y ss.

fundamental, no obstante, por ello no se puede afirmar que su prohibición larga o a perpetuidad impide la resocialización.

También, el fin resocializador de la pena es lo que determina que no sean legítimas las penas que, por su propia naturaleza, impiden la resocialización. Consecuentemente, no están legitimadas ni la cadena perpetua ni la inhabilitación a perpetuidad. Por ello es incongruente que, el art. 29 del Código Penal, establezca la posibilidad de imponer pena de cadena perpetua, previsión que es incompatible con la finalidad resocializadora que se atribuye a la pena. El mismo tenor se sigue para deslegitimar la pena de muerte. No obstante, en el Art. 140 de la Constitución, se mantiene la pena de muerte para casos de traición en situación de guerra y para el terrorismo. Ahora bien, la gravedad y peligrosidad que entrañan estos supuestos no justifican la excepcionalidad. Y ello con independencia de la nula eficacia intimidatoria que pueden ejercer estas previsiones en las situaciones descritas.

A decir de LANDA ARROYO, la pena de cadena perpetua, afecta el principio reeducativo, resocializador y rehabilitador de las penas, así como, los derechos a la dignidad y libertad personal⁶⁵. Para este autor, la perspectiva garantista de la persona humana, en tanto, fundamento del Estado Constitucional, recuerda que la restricción de la libertad nunca puede terminar anulando su contenido esencial ni su carácter objetivo⁶⁶. Por ello, en opinión de LANDA ARROYO –aquí siguiendo la postura del Tribunal Constitucional– cualquier sentencia condenatoria, no puede imponer una pena de carácter intemporal, como la pena de cadena perpetua⁶⁷, en tanto es contraria a los fines que la Constitución le asigna. En efecto, la proscripción de la pena de cadena perpetua se debe, entre otras razones, a que la dignidad de la persona humana prevista en la Constitución se concretiza en la finalidad reeducativa, rehabilitadora y resocializadora del delincuente. Esto obliga al Estado a tomar medidas adecuadas para que la persona que delinque pueda reincorporarse a la vida social⁶⁸. Concluye LANDA ARROYO⁶⁹, contrario, sería concebir a la persona que delinque como un objeto, más no como un sujeto, del *ius puniendi* del Estado; es decir, que la persona sentenciada no sería un fin en sí mismo, sino un medio de la acción punitiva del Estado⁷⁰.

III.3. Fin protector de la pena.

La *función protectora* que se asigna a la pena, debe interpretarse como **función de protección de bienes jurídicos**, tal y como se establece en el art. IV Código Penal, en relación con el principio de lesividad⁷¹. Lesividad que se concreta en la exigencia de que el

⁶⁵ Vid. LANDA ARROYO, César: *Constitución y fuentes del Derecho*, Lima, Palestra, 2006, p. 103.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ De esta manera, siguiendo a KANT, CASTILLO CÓRDOVA, sostiene que “La persona humana tiene una dignidad (un valor) que consiste en ser un fin en sí misma (...) que rechaza frontalmente sea considerada como un medio”. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales (Elementos para una teoría general)*, Lima, Palestra, 2007, p. 49.

⁷¹ Como se verá más abajo, de inicio, debe quedar claro que la protección de bienes jurídicos – conforme al Art. I del Título Preliminar del Código Penal– sólo constituye un medio para proteger a la persona y a la sociedad.

injusto típico se fundamente en la afectación (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico protegido en el correspondiente delito, como contenido de la antijuricidad material. Es importante poner de manifiesto que, por lo demás, la función **de protección de bienes jurídicos** es al mismo tiempo función, fundamento y límite de la intervención penal. Por ello, la función de exclusiva protección de bienes jurídicos, debe ponerse en relación con la Exposición de Motivos del Código Penal, en la que se afirma que el Título Preliminar enarbola un conjunto de principios garantistas, entre los que, junto a la finalidad preventiva, se hace referencia a la “*finalidad protectora de la persona humana*”⁷². Esto significa que la referencia a la protección de la persona no implica que sólo esté legitimada la protección penal de los bienes jurídicos estrictamente personales. Por el contrario, la protección de bienes jurídicos colectivos será legítima siempre que se trate de proteger bienes que constituyen valores preponderantes en la sociedad, en tanto y en cuanto, con ello, se protege también el libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos. Lo dicho se encuentra avalado expresamente por el Art. I Código Penal, donde se establece que la prevención de delitos es un medio de proteger a la persona y a la “*sociedad*”.

Partiendo de que la segunda función o finalidad de la pena es la protección de bienes jurídicos (y también tomando en cuenta el fin preventivo), se infiere que el Código Penal asume una posición ecléctica sobre los fines de la pena⁷³. Es decir, asume una postura que se inclina por fines preventivos especiales resocializadores y fines preventivos generales positivos. Esto se expresa en las diversas clase de penas con fines resocializadores que se establecen para diversos delitos. Es decir, compatibilizan la resocialización con las finalidades preventivas de carácter general.

III. 4. Fin preventivo de la pena.

El tercer fin que el Código Penal le asigna a la pena es el de prevenir delitos. Al respecto, en el epígrafe I.1.2., ya se ha indicado en qué consiste el fin preventivo de la pena, por lo que para estos efectos nos remitimos a lo allí esbozado.

Así las cosas, sólo es necesario precisar que haciendo una interpretación teleológica del Art. IX del Título Preliminar del Código Penal se infiere que los fines preventivos a los que se refiere el Código Penal sustantivo –al menos desde la perspectiva formal– son los preventivo-generales positivos y los preventivo-especiales resocializadores. Con ello, el Código Penal proscribire la finalidad preventivo-general intimidatoria y la finalidad preventivo-especial inocuidadora.

Lo expuesto, significa que partiendo de que la configuración del Estado como social y democrático de Derecho es el fundamento del *Ius puniendi*, las finalidades que se atribuyen a la pena de cada delito deben respetar los límites derivados de esta concepción del Estado. Las finalidades preventivas deben respetar, en todo caso, el principio de legalidad, que tiene su origen en el Estado de Derecho. Respeto, no tan sólo en sentido formal, de sujeción a la ley, sino material, de interpretación de la ley respetando tanto la letra como el espíritu, incluyendo la prohibición de analogía contra reo. Los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, utilidad de la intervención penal, subsidiariedad y fragmentariedad se derivan de la concepción del Estado como social. Ello implica que sólo esté legitimada la incriminación de conductas que sirvan para evitar las lesiones más graves

⁷² Párrafo tercero de la Exposición de Motivos (epígrafe “*contenido*”).

⁷³ En este punto, los fines de la pena que contempla el ordenamiento jurídico peruano son compatibles con los planteamientos de las teorías de la unión.

de los bienes jurídicos prevalentes en la sociedad, a los que podemos denominar bienes jurídico-penales, en cuanto son merecedores de la intervención penal. La exclusiva protección de bienes jurídico-penales, en un segundo momento, limita la intervención del Derecho penal al castigo de aquellos hechos que, en el caso concreto, han lesionado o puesto en peligro un bien jurídico-penal. Es decir, el respeto al principio de lesividad o antijuricidad material. La concepción del Estado como democrático obliga a una concepción del principio de igualdad, en su vertiente material, de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales. Ello conlleva, así mismo, el respeto de los principios de humanidad, proporcionalidad y culpabilidad. Principio de humanidad que se manifiesta en dos vertientes: a) supresión de penas infamantes y progresiva sustitución de penas privativas de libertad por otras menos lesivas de los derechos del condenado; b) humanización del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, de forma que se respete la dignidad de la persona y se posibilite la resocialización.

Sin embargo, contra toda lógica, se observa que existen delitos en los que la pena tiene finalidades preventivas intimidatorias y preventivo-especiales inocularizadoras. Esto se expresa en los delitos sancionados con pena de cadena perpetua (por ejemplo, el Art. 173, el Art. 152, el Art. 200, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, etc.) o de larga duración.