

Ensayo sobre el sentido y finalidad de las penas privativas de libertad

RESUMEN

INTRODUCCIÓN. – 1. SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL DISCURSO DOMINANTE QUE CONCIBE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD COMO RESPUESTA A LA “CULPABILIDAD” DEL CONDENADO. – 2. 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. – 3. LA CUESTIÓN NORMATIVA. – 4. SENTIDO Y FUNCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS ORDENAMIENTOS OCCIDENTALES CONTEMPORÁNEOS. – 5. LAS PROPUESTAS.

INTRODUCCIÓN

En una de sus primeras medidas en materia de justicia penal, el “Gobierno técnico” o “de los profesores”, establecido en Italia a fines del año 2011, ha sido una reforma urgente en materia penitenciaria, dictada mediante Decreto Ley 211, de 22 de diciembre de 2011, destinado 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, aumentado la duración de la posibilidad de sustituir la condena privativa de libertad por una de detención domiciliaria, permitiéndola en condenas de hasta 18 meses de prisión (antes se permitía sólo en condenas de hasta 12 meses)¹. De este modo, se responde 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 3mt.² por preso².

Naturalmente, no me es posible valorar desde la distancia el mérito y fortuna de esta reforma urgente, para ello se cuenta en Italia con una larga tradición de insignes juristas que ya se están haciendo cargo de ello³.

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 ahora en Italia y de las que, como menciona el editorialista de esta publicación, deberían emprenderse en el futuro⁴.

Esta perspectiva, como se verá, puede relacionarse con la larga y valiosa tradición

1. Versiones preliminares de este Ensayo fueron leídas en el XXII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador, el 23 de noviembre de 2010; en el Curso de Postgrado en Derecho Penal y Política Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil), el 7 de octubre 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.

2. Sentencia 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.

3. Véase en esta revista: TURCHETTI, *Emergenza carceri: una prima risposta dal Governo Monti. A propósito del d.l. 22 diciembre 2011, 211 e del c.d. Pacchetto Severino*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 de enero de 2012.

4. PALAZZO, *Segni di svolta nella politica criminali italiana, tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro*, Editorial de *Diritto Penale Contemporaneo*, de 19 de diciembre de 2011.

1
**SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL
DISCURSO DOMINANTE QUE
CONCIBE LAS PENAS PRIVATIVAS
DE LIBERTAD COMO RESPUESTA
A LA “CULPABILIDAD” DEL
CONDENADO**

del positivismo italiano de mediados del siglo XIX y principios del Siglo XX, que tanta influencia tuvo en Latinoamérica⁵, aunque no necesariamente comparte sus presupuestos originales (las ideas del criminal nato, del ser antisocial y otras similares), pero sí su referencia a la realidad objetiva o positiva del funcionamiento del sistema penal como punto de partida en el análisis.

Se trata pues, antes que del análisis de las concretas medidas adoptadas para “reducir el sistema penal”, de hacernos la pregunta inversa, esto es, la relativa a la función y sentido del encarcelamiento como consecuencia jurídica de la infracción de ciertas normas de conductas en nuestras sociedades occidentales.

Hoy en día, es un lugar común afirmar que las sanciones penales, y principalmente las privativas de libertad, carecen de finalidades empíricas comprobables y que, en todo caso, de tenerlas o comprobarse, éstas 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 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 sólo se legitima por la *medida de la culpabilidad del agente*, que autoriza su imposición y establece el límite máximo de esta “amarga necesidad”. Una finalidad empírica, como la *prevención especial o general*, sólo puede 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*⁶.

En Colombia, según Fernández C., el artículo 12 del Código penal de Colombia de 1980, hoy comprendido en sus artículos 4º y 5º, recogería 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 *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)”⁷.

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,

5. MATUS, *El positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 20, 2007, pp. 175-203.

6. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlaguender Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1997. p. 62.

7. FERNÁNDEZ, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, 1989, p. 89.

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 éxito⁸.

Aunque aparentemente difíciles de reconciliar, estas tres 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 preventivas⁹. Por su parte, para Roxin fundamentar la 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 personal¹⁰.

El propósito de este ensayo es discutir los fundamentos de estas afirmaciones y su compatibilidad 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.

Para ello abordaremos las siguientes cuestiones: primero, si existe una relación lógica entre las actuales sanciones penales privativas de libertad y los presupuestos que se esgrimen para legitimarlas; segundo, si existe una fundamentación *normativa (constitucional)* que legitime las sanciones y medidas de seguridad basadas en la *peligrosidad*; tercero, cuál es el sentido y función *reales* de las penas y demás medidas privativas de libertad en nuestras actuales sociedades; y en cuarto lugar, mis propuestas para una mejor utilización de tales sanciones.

2

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 de legitimación de las sanciones penales hoy dominantes pueden calificarse, por su consciente alejamiento de pretender *fundamentar* la imposición de penas el propósito de alcanzar finalidades preventivas empíricamente demostrables, como de carácter *idealista*, en el mismo sentido que la filosofía de Kant y Hegel lo son, es decir, como formas de una teoría de la *justicia* que reconocerían la dignidad del ser humano – su libertad, responsabilidad personal y su no instrumentalización por los otros – y su carácter racional – su capacidad de actuar con sentido y no por meros estímulos sensibles –, respectivamente, sin atender a la realidad del comportamiento humano y de la práctica punitiva existente en un momento determinado.

Sin embargo, desde el punto de vista filosófico, como ya demostrasen Klug¹¹ y Hart¹²,

8. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1993, pp. 9 y ss.

9. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*. En *del mismo* CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005. p. 21.

10. ROXIN, *Strafrecht*, I, p. 59.

11. KLUG, *Abschied von Kant und Hegel*, en BAUMANN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der alternativ-Entwurf des Strafrechtslehrer*, Frankfurt A.M., 1968. pp. 36-41.

12. HART, *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, London, 1988. pp. 231-233.

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, 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 reseñadas, 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 demás 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 la infracción de 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. A partir del imperativo categórico de imponer la pena de muerte al asesino en el ejemplo kantiano¹³, como única sanción proporcionada al “injusto”, nadie en la actualidad defiende 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 sanción¹⁴, 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. La supuesta necesidad dialéctica o de justicia de *objetivar* la reafirmación de la vigencia de la norma mediante una reacción *contra fáctica* a la provocación 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 la clase de sanción o respuesta contra fáctica a imponer.

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”¹⁵. 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.

De este modo, como toda infracción a una norma merecería una pena como

13. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, pp. 331 y ss. (*akademische Ausgabe*).

14. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg: F. Meiner V., 1955, pp. 90-95.

15. FERNÁNDEZ, *Derecho penal fundamental*, II, p. 89.

3 LA CUESTIÓN NORMATIVA

reafirmación de su vigencia, toda pena sería legítima. Y 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. Y como tampoco tenemos disponible 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 *adecuada a la culpabilidad*.

Es más, si se quisiera calcular la *proporcionalidad* estricta entre naturaleza de la infracción y pena, en concreto, y tomando como punto de partida la pena del homicidio en cualquier sistema, las “desproporciones” relativas pueden significar o bien que hechos de aparente “menor gravedad” tienen una pena excesiva (desproporcionadas por exceso), o que, en realidad, en comparación con esos hechos, las penas del homicidio son demasiado bajas (desproporción por defecto).

Quizás por esta dificultad para fijar el *patrón* o *medida* base para los cálculos proporcionales, Kant invocaba al Talión como única medida *justa*.

Pero ya se sabe, esa invocación no se ha materializado en el derecho que existe y, a lo sumo, sólo permite justificar una imposición más o menos extendida de la *pena de muerte*, tal como se puede apreciar en la obra de Kant y en el Código de Hammurabi.

Pero como *límite* a la pretensión punitiva del Estado, su rendimiento es muy pobre, sino ninguno.

¿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 disposición 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.

Es interesante notar que cuando los tratados se refieren a la cuantía de la pena, generalmente sólo 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 sólo 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 interacción 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 sólo si el privado de libertad puede considerarse un peligro para la sociedad o el ofendido.

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 establezca 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 de carácter 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 “sólo 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*.

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 sólo 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.

Para empezar a indagar sobre este aspecto, debemos reiterar que, en mi concepto, todas las normas de conducta parecen contemplar, para considerarse “jurídicas” (civiles, administrativas, penales, etc.), una *sanción* cuya ejecución esté asegurada *en la realidad*, con relativa independencia del consentimiento del responsable; sanción que sólo se impone a los *jurídicamente responsables*, esto es, a quienes se comprueba mediante un proceso legal cierto grado variable de *responsabilidad personal*, esto es, *culpabilidad*.

Pero 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” sólo 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 lamentablemente parece ser el de la mayor parte de los países latinos, incluidos España e Italia, como lo demuestra la condena a este último por el estado de sus prisiones.

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 ésta, 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 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.*

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 denuesto y mejores argumentos que las penas privativas de libertad no pueden “justificarse” o “legitimarse” por su simple efecto 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 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 pena *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 nacimiento¹⁶?

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 similar¹⁷ 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

16. FOUCAULT, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, México, 1976, pp. 234 y ss.

17. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, en *Journal of Political Economy*, 76, 2, 1968, pp. 169-217, 196 y 198. Por lo mismo, Becker propone que en todos los casos “compensables” se replacen siempre que sea posible las penas privativas de libertad por multas.

casos modernos y antiguos, son infracciones que la comunidad en un momento determinado quiere *evitar a toda costa* (y por tanto, las entiende como *incommensurables* por la simple compensación civil), agregando a la respuesta social 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 incommensurables 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”¹⁸.

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 incommensurable (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 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.

5

LAS PROPUESTAS

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, de su sentido como *medidas de seguridad*, y tampoco de 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 determinación 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

18. DESCARTES, *Meditaciones Metafísicas. Primera Meditación*, Trad. V. PEÑA. Madrid, 1977, p. 9.

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 sólo 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.*

Por lo tanto, creo necesario, para un mejor cumplimiento de estas funciones reales de las penas privativas de libertad:

1º) En cuanto a las *actuales* penas privativas de libertad, revisar la forma de su conminación legal, para limitarla a los casos en que sea necesario para la disuasión de la comisión de hechos irreparables por otras vías, reduciendo el arbitrio judicial en la determinación de la extensión de las mismas, lo cual significa, principalmente, practicar una revisión de los hechos hoy considerados “delitos menos graves” o que tienen penas cortas de privación de libertad, para determinar si corresponde sustituir tales penas por otras sanciones que no la supongan, o aumentarlas y fijarlas libres del arbitrio judicial, en caso de que el peligro de su reiteración no sea tolerable;

2º) Fijado así el mínimo de la pena amenazada, aplicable a todos los responsables de hechos punibles, es necesario tomar en cuenta, además, el peligro que cada condenado en particular representa respecto de la reiteración de los delitos de que se trate, lo que significa:

a) Permitir la sustitución de las penas privativas de libertad por otra clase de medidas en todos aquellos casos de condenados primerizos que den garantías cognitivas comprobadas (mediante informes periciales) de que no volverán a delinquir y exista una probabilidad real de reforzar tales garantías con mecanismos adecuados y que aparezcan suficientemente graves como para tener un efecto disuasorio similar al de las penas privativas de libertad (libertad vigilada “en serio” o vigilancia electrónica, por ejemplo);

b) A la inversa, impedir el otorgamiento de tales sustituciones a los que hayan cometido varios delitos, el mismo delito de manera reiterada o sean reincidentes y, por lo tanto, no ofrezcan garantías cognitivas de que no volverán a cometer esos u otros delitos;

c) Establecer mecanismos de liberación para quienes, habiéndose sometido a procedimientos de rehabilitación, allí donde existan, ofrezcan garantías cognitivas de que no volverán a delinquir; y

3º) En cuanto a los dispositivos *propuestos* para aumentar el tiempo de privación de libertad de los “peligrosos” (“tres Strikes y afuera”, “custodia de seguridad”), su aplicación sólo sería admisible previa comprobación forense de la reiteración efectiva de la comisión de delitos (prueba empírica de que el condenado no ofrece garantías de no volver a delinquir), y pericial de la peligrosidad (informes) que ofrece el condenado.

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”¹⁹.

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.

19. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Trad. De Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774, p. 143 s.