

La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función*

*Mario Durán Migliardi***

RESUMEN

A partir de la premisa de que en toda sociedad existen profundas conexiones entre la denominada constitución penal y el sistema penal, el objetivo de este trabajo es analizar el concepto y los principales ámbitos de aplicación de la teoría de la prevención general positiva o prevención por integración, así como presentar la discusión acerca de las funciones que esta puede cumplir en ese contexto, finalizando con una toma de postura acerca de su contenido desde la óptica de la constitución penal.

Constitución penal – teoría de la pena – prevención general positiva

*The positive general prevention as constitutional limit of punishment.
Concept, application areas and discussion about their functions*

ABSTRACT

Based on the premise that there are deep connections between what is known as criminal Constitution and criminal justice system in every society, the aim of this paper is to analyze the concept and the main areas of application of the theory of positive general prevention or Prevention by integrating and to present the discussion about the roles this may play in this context. Finally, it presents a stance on its content from the perspective of criminal constitution.

Criminal Constitution – theory of punishment – general positive prevention

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Regular de Investigación Conicyt-Fondecyt 2012 Nº 1120150, titulado “El Derecho penal constitucional como fundamento de los principios, instrumentos y fines del sistema penal. Concepto, alcance y limitaciones en Chile”, de quien el autor es investigador responsable.

** Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho penal y Criminología, Universidad de Atacama. mario.duran@uda.cl

Artículo recibido el 18 de enero de 2015 y aceptado para publicación el 21 de enero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN: CONSTITUCIÓN PENAL, FINES DE LA PENA Y PREVENCIÓN

Como he señalado y justificado latamente¹, a mi juicio, constituye ya un paradigma la idea de que las vinculaciones entre la Constitución Política de la República y el Código Penal no solo son de carácter lógico-formal y jerárquico sino también de carácter material, sustancial o teleológicas y que, por ello, la carta fundamental debe ser entendida como el marco valorativo de todo el sistema penal².

Este punto de partida permite distinguir en la moderna doctrina penal dos grandes enfoques desde los cuales se ha emprendido el análisis del rol de la Constitución Política respecto del sistema penal y su reforma: la orientación sistemática lógico-formal o dogmática-penal y la orientación sustancial, material o teleológica³. Orientaciones que se distinguen, entre otras cuestiones, por el rol que le asignan a la Constitución Política en el marco del sistema penal⁴.

Así, mientras para la *orientación sistemática o dogmática-penal*, el rol de la Constitución es, básicamente, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo. Esto es, construir principios capaces de restringir el siempre excesivo e insaciable *Ius puniendi* estatal y la relación entre la Constitución y el sistema penal —si existe— es una *relación formal-negativa*. Para la *orientación material, sustancial o teleológica*, en cambio, el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no solo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial.

Más aún, para la orientación material, los principios político-criminales rectores del sistema penal no son meros límites formales al *ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, estructuran un *Derecho penal Constitucional* cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen.

Así, es en la propia Constitución democrática donde deben encontrarse el cuadro de *valores* y la jerarquía de *bienes* a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal. Esto es, con referencia a la Constitución, en sus conexiones

¹ Al respecto, Durán, M. "Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal". *Revista Política Criminal*. Nº 11. 2011, pp. 142-162.

² Al respecto, en detalle, Cfr. Mir, S.-Corcoy, M. (Dirs.), *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2012.

³ En un sentido similar, Berdugo/Arroyo/García/Ferré/Serrano. *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, 2ª Ed. Barcelona: Praxis, 1999, pp. 39 y ss.; García, N., *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*. Cuenca: U. de Castilla-La Mancha, 1996, p. 43. Sobre la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, desde la óptica dogmática-penal, Cfr. Tiedemann, K., "Constitución y Derecho penal", *REDC* Nº 33 (1991), pp. 145-171.

⁴ En este sentido, Cfr. Donini, M., "Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", en VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Edic. Universidad. 2001, pp. 223 y ss.

técnico-jurídicas y valorativas con el sistema penal, es como se debe establecer el concepto y el método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las penas y el sentido de la dogmática y del sistema⁵.

Por ello, desde este enfoque sustancial, material o teleológico, la Constitución, más que un mero límite, es el *fundamento* de la pena y del Derecho penal. Esto significa que tanto la elección de la conducta a sancionar, las técnicas a emplear, los bienes jurídicos a proteger o las sanciones penales a aplicar, entre otras cuestiones, no pueden ser decisiones entregadas al simple capricho del legislador de turno, sino que deben tratarse de decisiones fundamentadas directamente en las valoraciones, principios y reglas que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal⁶. En definitiva, todo esto implica que el estándar de legitimidad del Derecho penal o, más en general, de la forma de ejercer el poder punitivo del Estado, proviene del marco valorativo que el respectivo modelo de Estado fija en la Constitución⁷.

Es de esta forma, entonces, que la discusión acerca de la justificación del castigo penal renace como nueva y genera, a mi juicio, a lo menos dos requerimientos. Por una parte, la necesidad de destacar la importancia que una Constitución democrática tiene respecto de la fundamentación de los fines del Derecho penal y, segundo, la necesidad de dar un contenido o función, mediante dicha Constitución democrática, a la aplicación de la pena. Por ello, este marco político-criminal supone que, entre otras definiciones, tanto al momento de creación como al momento de determinarse judicialmente la pena, deberían tener vigencia efectiva todos y cada uno de los presupuestos y principios —formales y materiales— que inspiran el *porqué* y el *para qué* de la reacción punitiva. Esto es, una creación limitada de la ley penal y una aplicación prospectiva de la determinación judicial de la pena, que considere los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi* estatal establecidos desde la propia constitución penal.

⁵ En este sentido, Cfr. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. y notas D.-M. Luzón; M. Díaz y García Conlledo; J. de Vicente. Civitas. Madrid, 1997, pp. 55 y ss; Bricola, F., "Teoria generale del reato" en, *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I, Tomo I. Milán. Giuffrè, 1997, pp. 539 y ss.; Moccia, S., *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione sistematica teleologica*. Nápoles: ESI, 1992; Donini, M., *Teoria del reato. Una introduzione*. Cedam, Pavova, 1995; De él mismo, "Dogmatica penale e política criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione", *Dei delitti e delle pene* N° 3 (1998), pp. 37 y ss. Arroyo, L., "Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución", *RJCLM* N° 1 (1987), pp. 97 y ss. En detalle, Cfr. Durán, M. "El planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional". *Revista de Derecho*. U. Católica del Norte. Año 20-N° 2, 2013, pp. 305-326.

⁶ Al respecto, Cfr. Atienza, M., "Constitucionalismo y Derecho penal", en Mir, S.-Corcoy, M. (Dirs.) *Constitución y sistema penal*. Ob. cit., pp. 19 y ss. Marcilla, G., "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal", en Mir, S.-Corcoy, M. (Dirs.), *Constitución y sistema penal*. Ob. cit., pp. 67 y ss. Prado, L.-R. *Bien jurídico-penal y Constitución*. Trad. L. Álvarez. ARA. 2010. Zaffaroni, E., "El marco constitucional iushumanista del saber penal", en de él mismo, *En torno de la cuestión penal*. Colección Maestros del Derecho Penal, N° 18. Dirigida por G.D. Fernández. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2005, pp. 121 y ss.

⁷ En este sentido, Cfr. Muñoz, F.-García, M., *Derecho penal PG*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 64.

De ahí que, aceptado este punto de partida, se hace necesario establecer criterios en virtud de los cuales tanto legisladores como operadores del sistema jurídico-penal puedan justificar –racionalmente– la creación de normas jurídico-penales y la aplicación de la pena al caso concreto. Ello, porque solo sobre la base de fines político-criminales claramente definidos desde la constitución democrática es posible pronunciarse respecto de qué hechos puede recaer la creación de tipos penales (cuándo y de qué forma técnica), sino también en el caso concreto, al momento de la individualización judicial de la pena, cómo estos fines deben valorarse si hubiera lugar a ello⁸. Esto es, bajo qué fines, principios y objetivos funcionales se debería dirigir y aplicar las medidas o sanciones penales.

En consecuencia, es justamente en este sentido donde el estudio del fin de la pena, establecido desde la Constitución, toma su real valor y alcance permitiendo, a mi juicio, ser analizado desde una doble perspectiva. Una, que podemos denominar de limitación material al *ius puniendi* estatal y, otra, que podemos denominar *teleológica*, que, más bien, fundamentaría y justificaría la aplicación de la sanción penal.

De esta manera, y bajo este marco teórico, la propuesta que se presenta a continuación es analizar el rendimiento que en este sentido tendría el establecimiento de un fin preventivo general positivo de la pena en la Constitución, en su aspecto positivo, integrador o de prevención-integración. Para ello se intentará conceptualizarla, presentar su origen y delimitar su relación con el denominado Derecho penal simbólico, muchas veces señalado como su desviación más propia. Asimismo, se intentará desarrollar el contenido fundamental de la prevención general positiva, su ámbito de aplicación y la discusión relativa a las funciones que se le atribuyen. En este punto se intentará una síntesis general que permita, en definitiva, una toma de postura por medio de la propuesta acerca de lo que la teoría de la prevención general positiva no debe constituir. Finalmente, y a manera de conclusión, se esbozará un planteamiento de la prevención general positiva o prevención integradora como fundamento y límite Constitucional de la pena.

II. CONCEPTO, ORIGEN Y LÍMITE DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

El concepto de prevención general positiva es un término pluricompreensivo que abarca desde distintos efectos de la pena hasta amplias concepciones de justificación del sistema jurídico penal e, incluso, nuevas concepciones dogmáticas. Por esta razón, las nociones surgidas bajo este concepto no solo vinieron a sumarse a la discusión de los

⁸ Al respecto, en detalle., Jescheck, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Manzanares, J.-L. Comares. 1993, pp. 790 y ss. Magariños, M., “Hacia un Criterio Para la Determinación Judicial de la Pena”, en AA.VV., *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, pp. 74 y ss. Roxin, C., “La Determinación de la Pena a la Luz de la Teoría de los fines de la Pena”. En, de él mismo, *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Trad. F. Muñoz. Reus S.A. Madrid, 1981, pp. 46 y ss. Ziffer, P., “Consideraciones Acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena”. En, AA.VV., *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, pp. 91 y ss.

tradicionales fines de la pena (retribución, prevención general negativa y prevención especial), sino que, al incorporar nuevos conceptos desde las ciencias sociales (entre otros, la conformación de la conciencia jurídica colectiva, el psicoanálisis, la fidelidad y la confianza en el Derecho, la defensa del ordenamiento jurídico, el control social y la pacificación de la conciencia social normativa) contribuyeron a renovar la discusión concerniente a la justificación, legitimación y limitación del Derecho penal.

Así, en términos generales puede señalarse que, al igual que la prevención general negativa, la prevención general positiva postula la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, pero se diferencian en el fin que le otorgan al castigo penal. Ello, porque para la prevención general negativa, por medio del carácter disuasorio de la conminación penal y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad. A diferencia de ello, en la prevención general positiva la pena tiene por objeto la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que los acate y los asuma como propios⁹.

Es en este último sentido como mejor se explica la consecución del aspecto *positivo* de la prevención general de la pena, es decir, poniendo de relieve aquellos novedosos aspectos socioculturales preventivos y garantistas que van más allá del tradicional uso represivo, reactivo e intimidatorio de la pena, mediante su ejecución ejemplarizadora o de su uso disuasorio. Esto es, resaltar que la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas –y lo restablece en su calidad de tal–, que actúa como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva, y que su aplicación restablece la confianza y la fidelidad del ciudadano en la norma jurídica¹⁰.

La paternidad de la teoría de la prevención general positiva habitualmente es atribuida a Hans Welzel y su concepción de la *función ético-social del Derecho penal*, según la cual, “más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares es la tarea de asegurar la vigencia real (...) de los valores de acción de la actitud jurídica (...) La mera protección de bienes jurídicos tiene solo una finalidad de prevención negativa (...) La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social positiva: al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, el Derecho penal expresa de la manera más concluyente de qué dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores de acción conforma el juicio ético social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de

⁹ En este sentido, Cfr. Jescheck, H.-H., *Tratado de Derecho Penal*. Ob. cit., 1993. Ob. cit., p. 60.

¹⁰ En este sentido, Cfr. Pérez, M. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. U. Autónoma de Madrid. Madrid. 1991, p. 20.

fidelidad al Derecho”¹¹. De lo que se deduce que, ya desde su origen, para la prevención general positiva, es fundamental mantener *la vigencia segura de la norma*.

Para otros, en cambio, esta clase de doctrinas no son nuevas. Sus antecedentes estarían en las perversiones ético-formalistas del positivismo jurídico alemán (primera mitad del siglo XX), en las doctrinas “expresivas” o “denunciatorias” de la pena de J.F. Stephen y de Lord Devlin, y sobre todo en la doctrina “realista” de Gabriel Tarde que (fines del siglo XIX) fundamentó el utilitarismo penal en el valor que socialmente se atribuye a los factores irracionales de la indignación y del odio provocados por el delito y satisfechos por la pena¹².

Más allá de su origen o paternidad, lo importante a mi juicio es que los postulados de la prevención general positiva apuntan, fundamentalmente, a que tanto el establecimiento de delitos en las normas jurídico-penales como su efectiva persecución, y sanción, cumplen la función de demostrar a la comunidad que el Estado se toma en serio la amenaza penal, propugnando su vigencia, su permanente reafirmación y el reforzamiento de los valores implícitos en sus mandatos, y no establecen una legislación falsa o un *Symbolisches Strafrecht* o Derecho penal simbólico.

La desviación hacia el Derecho penal simbólico, que por medio de la prevención general positiva se pretende evitar, no es más que el resultado de algunas medidas y técnicas creadas y aplicadas *de cara a la galería* por el legislador penal con el fin de aplacar los sentimientos de inseguridad y la inquietud de los ciudadanos ante los nuevos problemas, aunque sin resolverlos¹³. Como bien se señala, la mera función simbólica o de retórica de las normas penales de este tipo se caracterizan por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal –protección de bienes jurídicos– a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido¹⁴. Fin u objetivo comunicativo e instrumental, con múltiples variables cognitivas y emocionales, supuestamente alcanzable mediante este tipo de legislación, pero que en definitiva no es más que la utilización instrumental del prestigio y la supuesta efectividad del Derecho penal de forma *engañosa y falsa*¹⁵.

En este sentido, se señala que los efectos simbólicos buscados por tal legislación penal estarían conectados a la *función*, asignada a la norma jurídica en general y especialmente a la norma penal, de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos cuya capacidad de influencia estaría dirigida exclusivamente a las mentes o conciencias

¹¹ Cfr. Welzel, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 2ª Edic. Castellana. Trad. de la 11ª Edic. Alemana. Berlín, 1969, de J. Bustos y de S. Yáñez. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1976, p. 3.

¹² En este sentido, Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 2000, p. 275. Un análisis detallado al respecto en, Feijoo, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2007, pp. 168 y ss. Esp.170.

¹³ Así, Hassemer, W.-Muñoz, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995, p. 54.

¹⁴ Cfr. Silva, J.-M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona. Bosch.1992, p. 305.

¹⁵ Hassemer, W. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. Ob. cit., pp. 26 y 30. En el mismo sentido y en detalle, Cfr. Marcilla, G. “Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal”, en Mir, S.-Corcoy, M. (Dirs.) *Constitución y sistema penal*. Ob. cit., pp. 67 y ss.

de los ciudadanos, en las que se producirían emociones o, al menos, representaciones mentales, individuales o colectivas, que valoran o desvaloran tales mensajes¹⁶.

Así, la búsqueda de la funcionalidad o la eficacia en el Derecho penal, a través, entre otras tendencias y técnicas jurídicas, de la protección de bienes jurídicos de carácter social o institucional antes que individual; de la anticipación del momento de intervención del Derecho penal, castigando la mera puesta en peligro –aunque sea lejana– del bien jurídico a través de delitos de peligro abstracto; del debilitamiento de la punibilidad tanto en la imputación objetiva –causalidad, posición de garante– como en la subjetiva –obviar el dolo referido al resultado o ampliar el concepto de deber de cuidado en distintos ámbitos–; de reducir las garantías procesales; de recurrir a leyes sectoriales muy técnicas o a normas penales en blanco, ampliando con ello la discrecionalidad judicial, solo tiende a crear, si se desvían los verdaderos postulados y se realiza de forma desfinanciada, desprolija y sin mirar el sistema penal en su globalidad, un *Derecho penal simbólico*¹⁷.

De esta forma, en sentido crítico, *Derecho penal simbólico* sería todo Derecho penal en el que las funciones *latentes*, subyacentes o simbólicas predominan sobre las funciones *manifiestas*, visibles o instrumentales, con el fin de que se realicen –por la propia formulación, publicación y aplicación de la norma penal– otros objetivos que los descritos en la misma. Debiendo entenderse por *funciones manifiestas* las condiciones objetivas de realización de la norma y las que la propia norma alcanza en su formulación. Esto es, una regulación del conjunto global de casos singulares que caen dentro del ámbito de aplicación de la misma y de la protección del bien jurídico previsto. Y, a su vez, por *funciones latentes*, por ejemplo, la de satisfacer la necesidad de actuar, la de tranquilizar a la población, la demostración de la fuerza del Estado, la efectividad y la eficiencia, etc., aquellas condiciones que por su carácter múltiple se encuentran en una recíproca y parcial superposición¹⁸.

¹⁶ En este sentido, Díez, J.L. “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. UNED. Madrid. 2001, p. 110; Terradillos, J. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado* N° 1, p. 10; Baratta, A. “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica”, en *Pena y Estado* N° 1, *Función simbólica de la pena*. PPU. Barcelona. 1991, p. 52; Bustos, J. “Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, en *Pena y Estado* N° 1. Ob. cit., pp. 107-109.

¹⁷ En este sentido, Cfr. Hassemer, W.-Muñoz, F. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Ob. cit., p. 54.

¹⁸ En este sentido, Cfr. Hassemer, W. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. Ob. cit., p. 30; Baratta, A. “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica”. Ob. cit., p. 53; Wolf, P. “Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico”, en *Pena y Estado* N° 1, p. 122; Díez, J.L. “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Ob. cit., pp. 110-122 y en Melossi, D. “Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”, en *Pena y Estado* N° 1. Ob. cit., pp. 57 y ss. Corcoy, M. “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en Mir, S.-Corcoy, M. (Dirs.), *Constitución y sistema penal*. Ob. cit., pp. 153 y ss.

De ahí la importancia para la idea de prevención general positiva que aquí se presenta, que el Estado no solo debe abandonar la idea de aplicar la pena como mera retribución por el delito cometido sino también debe alejarse de la pretendida intimidación por la aplicación ejemplar de la pena o mediante la amenaza de un mal futuro y simbólico. Por el contrario, lo que se pretende es justamente que el Estado, por medio de la Constitución penal, ayude a “fortalecer a la colectividad en su conciencia jurídica y educarla en la obediencia al Derecho, acudiendo para ello a las leyes penales justas y a su aplicación comedida e igualitaria”¹⁹, lo más lejos posible de las formas y modalidades arriba señaladas.

III. CONTENIDO, ÁMBITO Y DISCUSIÓN SOBRE LAS FUNCIONES DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

A partir de esta delimitación de su concepto, queda de manifiesto que los *ámbitos de actuación* de la prevención general positiva no solo son el ámbito de la norma y el de la sociedad, sino también el ámbito del ciudadano. Desde la perspectiva del ciudadano —como destinatario de la ley penal—, la norma jurídico-penal, utilizada en este sentido, actuaría en la conciencia individual del individuo contribuyendo, junto a los otros medios de control social, formal e informal, a la socialización del individuo. Desde la perspectiva de la norma, la prevención general positiva supondría la propia conservación del Derecho y, desde la perspectiva de la sociedad, tendería a producir una pacificación de la conciencia social²⁰.

De tales ámbitos de actuación se deriva a su vez que las principales *funciones de la prevención general positiva*, como vía que contribuye a acuñar la vida social, son tres; informar de lo que está prohibido y de lo que se debe de hacer; reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; y crear y fortalecer en la mayoría de ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho, no una actitud moral²¹. Esto es, *explicar* la pena, en virtud de la cual esta teoría describe el funcionamiento de la sanción penal en el cuerpo social; *legitimar* la pena y del Derecho penal, por cuanto la pena se justifica en la medida en que sea necesaria y útil para mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, en cuanto estabiliza la norma lesionada; y *limitar* las necesidades preventivo-especiales o preventivo-negativa-intimidatoria.

A partir de aquí, presentados someramente los ámbitos de actuación posibles de la teoría, así como sus principales funciones, comienza la interesante discusión acerca del rol que a estas teorías les cabe como posible *límite* o como *fundamento* de la pena en

¹⁹ Cfr. Jescheck, H.-H. *Tratado de Derecho Penal*. PG. Ob. cit., p. 60.

²⁰ En este sentido, Cfr. Demetrio, E. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Estudios Jurídicos 79. Ed. U. de Salamanca. Salamanca.1999, p. 109.

²¹ Cfr. Kaufmann, A. “La misión del Derecho penal”, en Mir, S. (edit.) *La Reforma del Derecho penal II*. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1981, p. 127.

el sistema penal. O, incluso, la función de mera teoría *explicativa* de los efectos que la pena tendería a producir en la compleja sociedad postindustrial.

Así, en este sentido se ha señalado²² que las funciones de explicación, legitimación-fundamentación y de limitación al *ius puniendi* han sido atribuidas a la prevención general positiva o prevención integradora, principalmente, por Haffke²³, Jakobs²⁴ y Roxin²⁵, respectivamente.

Más aún, debido a este importante ámbito de actuación y de funciones que se le atribuyen a la teoría de la prevención general positiva o de la prevención por integración, se ha establecido que pueden distinguirse claramente de entre estas un grupo de doctrinas que se caracterizan por otorgar a la prevención general positiva un carácter claramente *fundamentador* e, incluso, ampliatorio de la intervención penal, como, por ejemplo, las teorías de Welzel y Jakobs. Existiendo otro grupo de doctrinas que, por el contrario, utiliza la prevención general positiva con un sentido *limitador* de la intervención penal, como es el caso de las teorías de Hassemmer, Roxin y Zipf²⁶.

Respecto de Welzel, se ha planteado que resulta evidente que algunos discípulos han desarrollado esta visión del Derecho Penal y de la pena incidiendo en su carácter conformador de la *ética social*²⁷. Por ejemplo, resalta la influencia de Welzel en la posición de Cerezo Mir²⁸, que defiende la función de ejemplaridad de la pena como consecuencia de su función esencial de reafirmación del ordenamiento jurídico mediante la imposición

²² En este sentido, Cfr. Pérez, M. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ob. cit., pp. 21 y ss; Baratta, A. "Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *CPC* N° 24. 1984, pp. 533 y ss; de él mismo, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal", en *PC* N° 0. 1986, pp. 77 y ss.

²³ Al respecto, Cfr. Haffke, B. "Reincidencia y medición de la pena", en Schünemann, B. *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Tecnos. Madrid. 1991. pp. 179 y ss; "El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal", en Silva, J.M. (ed.). Schünemann, B.-De Figueiredo, J. (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Bosch. Barcelona. 1995, pp. 129 y ss. En detalle, Cfr. Haffke, B. *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine straftheoretische Untersuchung*, Sauerländer, Aaran- Frankfurt am Main. 1976; de él mismo, "Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. 1978, pp. 33-57.

²⁴ Al respecto, entre otros, Jakobs, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª Ed. Marcial Pons. Madrid. 1997, pp. 9-19; "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", en de él mismo, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Palestra Editores. Lima. 2000, pp. 19 y ss; "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal". En, de él mismo, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Thomson-Civitas. Madrid. 2003, pp. 15 y ss; "Culpabilidad y prevención". En, de él mismo, *Estudios de Derecho penal*. UAM ediciones-Editorial Civitas. Madrid. 1997, pp. 73 y ss.

²⁵ Al respecto, entre otros, Roxin, C., *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus. Madrid. 1976; *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Reus S.A. Madrid, 198, *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit.; "Transformaciones de la teoría de los fines de la pena", en VV.AA. *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U. Nacional de Córdoba. 2001, pp. 211 y ss.

²⁶ En este sentido, Cfr. Mir, S. "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *PC* N° 0. 1986, pp. 49 y ss.

²⁷ En este sentido, Cfr. Feijoo, B. *Retribución y prevención general*. Ob. cit., p. 274.

²⁸ Al respecto, Cfr. Cerezo, J. *Curso de Derecho penal Español. Parte General I Introducción. Teoría general del delito*/1. 3º Ed. Tecnos. Madrid. 1992, pp. 25-29.

de un castigo proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad. En el mismo sentido, no se puede ocultar la influencia de Welzel en los primeros planteamientos de Jakobs, en los que en su teoría de la prevención general positiva ocupaba un lugar central el ejercicio en la *fidelidad al Derecho* de la población²⁹.

Por otra parte, también se ha distinguido, entre las diferentes concepciones de la prevención general positiva, aquellas desarrolladas explícitamente en el ámbito de la teoría de la pena de aquellas con ambiciones teóricas más generales. Esto es, doctrinas que se limitan, en el marco de la teoría de los fines de la pena, solamente a marcar distancias respecto de la prevención general negativa, con el objetivo de armonizar este fin de la pena justamente con la Constitución y doctrinas que pretenden situar el debate en un marco más amplio que el de la teoría *fundamentadora* del Derecho penal, extrayendo consecuencias de amplio alcance para todo el sistema penal, por ejemplo, para el problema de la culpabilidad³⁰.

En relación con este último aspecto, el marco de la *imputación subjetiva*, Pérez Manzano distingue las distintas teorías de la prevención general positiva atendiendo al rol o función que a dicha imputación le otorgan los distintos autores. Así, la autora clasifica dichas teorías en tres grupos. En el primero estarían las teorías que se mantienen estrictamente dentro del marco de los modelos *output* de imputación subjetiva. En el segundo se encontrarían las teorías que ven la prevención general positiva como contenido de la imputación subjetiva, teorías que son subdivididas —a su vez— en dos modelos de *output*, los basados en la *teoría sistémica* (entre otros, Callies y Jakobs) y los basados en la *teoría psicoanalítica*, como Haffke. En el tercer grupo la autora agrupa a las teorías que ven a la prevención general positiva como un *complemento* de la culpabilidad en la imputación subjetiva, grupo en el que incluye a Roxin, Schüneman y Hassemmer³¹.

Más recientemente, Feijoo ha desarrollado latamente un contundente análisis de las teorías de la prevención general positiva, distinguiendo entre ellas las *teorías psicológicas* de la prevención general positiva, que encasilla dentro de las tradicionales teorías de la pena, y las *teorías funcionales* de la prevención general positiva, modernas teorías influenciadas profundamente por la incorporación de modelos de las ciencias sociales (sociológicos, psicológicos, psicoanalíticos y de la criminología crítica, entre otros) al Derecho penal³².

Dentro de las primeras, el autor destaca la obra de Mayer con su *Fuerza configuradora de las costumbres*, la ya citada obra de Welzel y la función *ético-social del Derecho penal*, los modelos de prevención-integración basados en enfoques *psicoanalíticos* y de *psicología*

²⁹ Cfr. Jakobs, G. *Derecho penal. Parte General*. Ob. cit., p. 18.

³⁰ Cfr. Maurach, R-Zipf, H. *Derecho penal. Parte general 1 Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Astrea. 1994, p. 87 y ss. En detalle, Maurach, R-Gössel, K.H.-Zipf, H. *Derecho penal. Parte general 2 Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Astrea. 1995, pp. 717 y ss.

³¹ Al respecto, Cfr. Pérez, M. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ob. cit., pp. 143, 160 y 190. Resp.

³² Al respecto, en detalle, Cfr. Feijoo, B. *Retribución y prevención general*. Ob. cit., pp. 261 y ss. respecto de las primeras y pp.359 y ss. respecto de las segundas.

profunda (Luzón Peña, Gimbernat, Haffke), la *teoría de la diferenciación* de Schmidhäuser y las posiciones de los autores (Mir, Muñoz Conde) que han evolucionado desde diversos enfoques de la prevención general a posturas de prevención general positiva.

Respecto de los *enfoques psicoanalíticos y de psicología profunda*, Feijoo señala críticamente que, si bien las teorías basadas en el psicoanálisis implicaban un cambio de paradigma respecto de las teorías tradicionales de la pena, sobre todo por la carga crítica para la legitimidad del Derecho Penal, a partir de la definición del Derecho Penal como canalización, formalización y satisfacción de ciertas necesidades irracionales de la sociedad, un sector de la doctrina planteó la idea de que había que racionalizar dichos procesos irracionales puestos al descubierto por ciertos estudios empíricos. Así, se recurrió al *inconsciente colectivo* como un nuevo punto de arranque para la legitimidad de la pena. Con ello, la potencial capacidad crítica del psicoanálisis pasó a ser, progresivamente, un nuevo camino de justificación de la pena. De una generación que utilizó el psicoanálisis para llevar a cabo una crítica del atavismo del Derecho Penal, se pasó a la siguiente en la que ciertos penalistas hicieron uso del psicoanálisis y la psicología profunda para *legitimar* las demandas sociales de castigo³³. Serían estas las razones, a mi juicio, por las que el autor incluye estos enfoques dentro de las teorías clásicas de la pena y no en los modernos enfoques funcionalistas, cuestión que en un primer análisis resulta aparentemente contradictorio debido a la incorporación expresa de la psicología y el psicoanálisis al planteamiento, no solo de justificación del castigo, sino a la propia dogmática³⁴.

Asimismo, respecto de las *posturas que han evolucionado* desde enfoques diversos de la prevención general a posturas de prevención general positiva, Feijoo señala que muchos autores, por necesidades esencialmente dogmáticas, han ido evolucionando desde una perspectiva intimidatoria de la prevención general hacia perspectivas de influencia más positiva respecto de las conciencias y disposiciones individuales. Tal sería el caso de los partidarios de la *teoría de la motivación*, como Mir Puig o Muñoz Conde. Sin embargo, para el autor se trataría de una línea de pensamiento que se ha ido configurando a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado y que aún se encuentra en evolución. Por ello, en este ámbito, hoy se plantean soluciones de síntesis (Alcácer Guirao, Silva Sánchez, Robles Planas) que tienden a dejar a la tradicional noción de la *conminación legal abstracta* como el campo de la prevención general intimidatoria (estrategia instrumental de protección de bienes jurídicos), y el momento de la *imposición de la pena concreta* como el campo de la prevención general positiva (mantenimiento de la vigencia de la norma)³⁵.

Respecto de las *Teorías Funcionales de la pena*, Feijoo distingue las *teorías sociológico-empíricas* de la prevención general positiva y las *teorías sistémicas y normativas* de la prevención general positiva. Las primeras caracterizadas por la noción del Derecho

³³ En detalle acerca de este enfoque, Cfr. Feijoo, B. *Retribución y prevención general*. Ob. cit., pp. 284 y ss.; respecto de las críticas, pp.296 y ss.

³⁴ Referido a esta incorporación a la ciencia penal, Cfr. Luzón, D.-M. "Prevención general y psicoanálisis", en Mir, S. (Ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1982, pp. 141 y ss.

³⁵ Al respecto, en detalle, Cfr. Feijoo, B. *Retribución y prevención general*. Ob. cit., pp. 304 y ss.

penal como control social formalizado (Hassemer)³⁶ y las segundas representadas por la radicalización de su aspecto funcional (Jakobs)³⁷.

En este estadio, y de acuerdo con el concepto, ámbitos y funciones que los autores atribuyen a la teoría de la prevención general positiva se pueden concluir o esbozar algunas ideas pertinentes para el objeto de este trabajo. Esto es, el rol que la teoría de la prevención general positiva puede tener como límite constitucional de la pena su ámbito de aplicación y sus posibles funciones:

La primera, es que de las principales funciones que se le pueden otorgar a esta teoría, más que su función de explicar la aplicación de la sanción o de legitimarla, lo esencial y realmente útil es usarla como una forma de limitar el *ius puniendi* estatal. La segunda, es que estas teorías, en su función limitadora del *ius puniendi*, deben ser desarrolladas y limitadas explícitamente al ámbito de la teoría de la pena, con orientación constitucional y como un medio de apartarse de la retribución y de la prevención general negativa. Esto es, por ejemplo, estableciendo expresamente en la carta fundamental que el fin de la pena es la prevención del delito y que ello se realiza mediante –sigo con el ejemplo– la integración y la resocialización del delincuente.

Dicho camino, con sus propias características y finalidades, ya ha sido trazado, entre otros, por el art. 25.2 de la Constitución española, el art. 27 de la Constitución italiana, el art. 227.3 II y VII y art. 243 de la Constitución brasileña y el art. 13 de la Constitución de Colombia. Casos todos, donde la Constitución no solo establece expresamente un fin a la pena –resocialización del delincuente–, sino además se establecen normas como el art. 9 Nº 2 donde se orienta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Esto es, una verdadera integración social del ciudadano impulsada desde la forma –limitada a dichos fines– de ejercer el control social jurídico-penal. Donde este cumpliría una función comunicativa y motivadora de los valores fundamentales dominantes en la comunidad por medio de una ejecución integradora de la pena, que fomente y contribuya al aprendizaje social de los mismos, alejándose de la retribución, del cada vez más inútil castigo ejemplar o de la mera intimidación.

La tercera es que la función de limitación y garantista de la prevención general positiva, en el marco de un sistema social democrático, debe buscarse también desde el punto de vista político criminal. Esto es, debe propender a orientar la política criminal democrática mediante la conciliación de dos fines: la protección de bienes jurídicos y búsqueda de integración por medio de la pena.

La última conclusión previa, a mi juicio, es que El uso de la teoría de la prevención general positiva no debe constituir una legitimación de un normativismo extremo, y menos un instrumento de negación de fines político-criminales democráticos y legítimos,

³⁶ Cfr. Feijoo, B. *Retribución y prevención general*. Ob. cit., pp. 366 y ss.

³⁷ Cfr. Feijoo, B. *Retribución y prevención general*. Ob. cit., pp. 453 y ss.

menos aún un argumento para el abandono de la protección y fomento de bienes jurídicos. Ello, como acertadamente afirma Shünemann, principalmente porque un funcionalismo radical tiende a transformarse en un *normativismo libre de empirismo*, pues, a diferencia de las tesis del funcionalismo teleológico político-criminal, el normativismo extremo tiende a colocar la pena en la órbita de la teoría de la retribución de Hegel, rechazando expresamente que el fin a perseguir por esta sea el de influir en el comportamiento del individuo y, en lugar de ello, legitima la pena solo por la necesidad de marginalizar la afirmación del autor –objetivada en el hecho de que la norma no vale– mediante la contraafirmación objetivada de la pena³⁸.

IV. TOMA DE POSTURA: PROPUESTA SOBRE LO QUE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA NO DEBE CONSTITUIR

Finalmente, y como una forma de modelar el posible contenido que puede tener la teoría en cuestión, de acuerdo con los objetivos de este trabajo, desarrollaré varios argumentos críticos para intentar establecer lo que la teoría de la prevención general positiva no debe constituir o significar en una sociedad democrática y deliberativa. Esto, desde una perspectiva general, metodológica y del propio sistema jurídico-penal, desde la teoría de la pena y desde la política criminal.

Desde una perspectiva general, metodológica o del sistema jurídico-penal, a mi juicio, como principio se debe establecer que la prevención general positiva o integradora pasa a ser cuestionable *a priori* si se conciben sus postulados en términos tales que permitan extender la injerencia del Derecho penal más allá del orden estrictamente jurídico, esto es, *a la esfera o actitud interna del ciudadano*³⁹. Más aún, como bien se señala, toda noción de prevención general positiva que atribuya a la pena funciones de integración social solo con el general reforzamiento de la fidelidad al Estado o al Derecho, así como de la promoción del conformismo de las conductas, confunden Derecho y Moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatismo ético⁴⁰.

³⁸ Cfr. Schünemann, B. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal" en, VVAA. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Facultad de Derecho. UNED. Madrid. 2001, p. 646.

³⁹ En este sentido, Cfr. Mir, S. *Derecho Penal*. PG. 3ª reimp. de la 5ª edic. Reppertor. Barcelona. 2000, p. 51; "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en PC N° 0. 1986, pp. 55-56; Muñoz, F. *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera. 1986, p. 41; Luzón, D.-M. "Prevención general y psicoanálisis", en Mir, S. (edit.), *Derecho penal y ciencias sociales*. Ob. cit., pp. 149 y ss. Interesantes y completas críticas a la tesis de Jakobs en, Baratta, A. "Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en CPC N° 24. 1984, pp. 533 y ss. Esp. pp. 544 y ss.; de él mismo, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal", en PC N° 0. 1986, pp. 77 y ss. Esp. pp. 86-90.

⁴⁰ En este sentido, Cfr. Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ob. cit., pp. 274 y ss. Baratta, A. "Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en CPC N° 24. 1984, pp. 543 y ss.

En este sentido, como arriba adelantaba, la teoría de la prevención general integradora, utilizada exclusivamente como tesis fundamentadora del Derecho penal, debe rechazarse. Ello, principalmente, por cuanto en un Estado de derecho democrático y respetuoso de la *autonomía moral del individuo*, esta teoría solo resulta adecuada si se le entiende en un sentido restrictivo, esto es, no como fundamentación sino solo como efecto del “ser” de la pena. Más aún porque, a mi juicio, la función del Derecho penal en un Estado respetuoso de la dignidad humana no guarda relación con incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos o en imponer una actitud interna de fidelidad al derecho⁴¹, sino en una tarea más medible y concreta, intentar controlar el delito mediante la prevención y la protección de bienes jurídicos. Esto es, un sentido de la pena alejado de la pretendida “dimensión formativa” y de una finalidad fundamentadora de la misma, por parte del Estado⁴².

Por otra parte, la tesis de prevención general positiva o integradora que se plantea no puede sostener a la pena como un *factor de cohesión del sistema político-social* gracias a su pretendida capacidad de restaurar la confianza colectiva inquietada, atemorizada o intimidada por las distintas formas de ataques al sistema. Esto es, no debiera sostenerse con la finalidad de mantener la *estabilidad del ordenamiento* o en su pretendida capacidad para renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones. Ello, principalmente, porque en el marco de la evolución del sistema jurídico-penal como mecanismo de control social formal en las sociedades contemporáneas, la *prevención general positiva* suele aparecer como *el* nuevo ícono teórico útil para justificar el relanzamiento o adaptación de las funciones del sistema penal ante las nuevas problemáticas de las sociedades del riesgo, globalizadas y superinformadas. Todo, sobre la base de mecanismos o conceptos tales como la sensación social de miedo, la inseguridad ciudadana, la construcción de un enemigo interno y de un Derecho penal y procesal del enemigo, en el marco de la creciente exclusión socioeconómica fomentada por el capitalismo globalizado y su guerra global permanente contra el terrorismo⁴³.

Desde las teorías de la pena, a mi juicio, la teoría de la prevención general positiva que se pretenda imponer desde la constitución penal debe alejarse de la fundamentación y de la lógica de la *retribución* y buscar constituirse realmente como una teoría funcional-instrumental de la pena. Esto es, debe alejarse de su evidente paralelismo, de modo sociológico, con la teoría de la retribución jurídica, que reemplaza lo que antes era una exigencia del Derecho por la supuesta moderna exigencia social del buen funcionamiento del sistema. Debiendo, entonces, centrarse en legitimar la pena desde su fin de

⁴¹ Cfr. Mir, S. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en PC Nº 0. 1986, pp. 49 y ss.

⁴² En este sentido, Pérez, F.-Méndez, C.-Zúñiga, L. *Derecho Penal (Parte General)*. Universidad de Salamanca. CISE. Salamanca. 2003, p. 22.

⁴³ Al respecto, en detalle, Cfr. Brandariz, J. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo, P. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Tirant lo Blanch Alternativa-Área de Derecho Penal Universidade da Coruña. Valencia. 2004, pp. 15 y ss.

prevención del delito y protección de bienes jurídicos y no en las nociones que buscan el aseguramiento del sistema social y la confianza institucional de los ciudadanos en su buen funcionamiento⁴⁴. Más aún, debe aceptar y compatibilizar sus fines con la prevención especial y el ideal resocializador, aportando instrumentos alternativos que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y sean compatibles con dicho ideal⁴⁵.

Asimismo, desde esta perspectiva la prevención general positiva no puede constituirse como una teoría de la pena que en vez de limitar o determinar sus contornos se convierta en un medio de *favorecimiento de un uso desmesurado del instrumento jurídico-penal*, de forma más fácil incluso que la prevención general negativa. Argumentando para ello la sustitución del concepto de intimidación general, por irracional, por el supuesto fin de prevención estabilizadora o integradora, pretendidamente racional, pero que si se le maneja de forma autónoma constituye una “racionalización” de impulsos, agresividad y emociones de carácter claramente irracional, expansivos y coyunturales⁴⁶.

De igual forma, la prevención general positiva que aquí se postula no debiera partir desde la *presunción absoluta de la capacidad motivadora de la norma*, que atribuye, sin una base empírica demostrable, una racionalidad absolutamente libre al hombre así como la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos y susceptibles de motivación por la norma penal. Lo que no deja de ser una mera reformulación de la prevención general intimidatoria⁴⁷, que resulta absolutamente abstracta y alejada de nuestra heterogénea realidad de sociedades imperfectas, con altos grados de vulnerabilidad, carencias y de profundas diferencias en los distintos ámbitos de la vida social (educación, salud, vivienda, acceso a la cultura, consumo, ocio, etc.), pero miembros, a la vez, de sistemas en sociedades cada vez más complejos, informados, partícipes de nuevos riesgos y colonizados por los valores económico-tecnocráticos.

Por último, desde un punto de vista político-criminal, a mi juicio, el problema de la legitimidad del Derecho penal se debe remitir, aun dentro de un contexto de supuestas emergencias, a las consideraciones determinadas por los principios político-criminales generales (legalidad, lesividad, subsidiariedad, resocialización y proporcionalidad, entre otros), dentro del marco valorativo de un sistema social democrático, respetuoso de las garantías formales y materiales del ciudadano y de sus Derechos fundamentales. Todo, obviamente, bajo el imperio de una Constitución democrática.

Ello, sin perjuicio además, del necesario análisis de dos trascendentales cuestiones conceptuales: primero, la cuestión de sí el Derecho penal contenido en el sistema penal

⁴⁴ Al respecto, Cfr. Zugaldía, J.L. “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?” en, Von Liszt, F. *La idea del fin en el Derecho penal*. Comares. Granada. 1995, p. 23.

⁴⁵ En este sentido, Cfr. Bacigalupo, E. *Principios de Derecho Penal*. PG. 2ª ed. Akal/iure. Madrid.1990, p. 24. Pérez, M. “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en Silva, J. M. (Ed.). *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Bosch. Barcelona.1997, pp. 73 y ss.

⁴⁶ Cfr. Luzón, D.-M. “Prevención general y psicoanálisis”, en Mir, S. (edit.), *Derecho penal y ciencias sociales*. Ob. cit., p. 149.

⁴⁷ . Cfr. Bustos, J.-Hormazábal, H. *Lecciones de Derecho penal*. Vol. I. Trotta. Madrid, 1997, p. 50.

respectivo es o no un verdadero Derecho penal democrático y legitimado o es, por el contrario, un *no-Derecho*, esto es, una mera reacción defensiva del Estado o de los grupos dominantes frente a los sujetos económica o políticamente excluidos. Y, segunda, la cuestión de sí lo que se quiere establecer es una política criminal integradora-democrática o una política criminal excluyente, y sustentadora del *status quo*⁴⁸. En este sentido, como bien se plantea, la idea de prevención del delito debe ser mucho más que meramente disuadir u obstaculizar su comisión, intimidando al infractor potencial o indeciso, es *intervenir* en la etiología del problema criminal, neutralizando sus *causas*, ya que deben atacarse estas y no sus síntomas o manifestaciones⁴⁹.

Por lo mismo, la prevención general positiva o integradora, a mi juicio, debería implicar *prestaciones positivas*, aportaciones y esfuerzos solidarios que neutralicen situaciones carenciales, conflictos, desequilibrios o necesidades básicas, respecto de la generalidad de los ciudadanos, pues solo reestructurando la convivencia social, redefiniendo positivamente la relación entre los miembros del sistema social y de estos con el sistema se pueden lograr avances en la prevención del delito. Esto es, no obstante también se evita el delito previniendo la *reincidencia*, es mejor “producir” o “generar” menos criminalidad.

Finalmente, desde esta perspectiva político-criminal, la teoría de la prevención general positiva que se postula debe abandonar su supuesta *naturaleza sociotecnocrática y acrítica* frente al funcionamiento del sistema social⁵⁰, su *renuncia a proteger bienes jurídicos* y su postulado de protección de la vigencia o reconocimiento de la norma como fin prioritario –vago, impreciso y peligroso– de la pena⁵¹.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL DE LA PENA

Como he señalado, el Derecho penal constitucional estaría integrado, entre otros elementos⁵², por aquellos preceptos constitucionales sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al Derecho penal, incluyendo entre ellos la consagración expresa de un fin de la pena que, junto con la *prevención* del delito, en el

⁴⁸ Zúñiga, L. “Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales”, en *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. XVII Congreso universitario de alumnos de Derecho penal. Salamanca. 2005, pp. 99 y ss. Esp. pp. 125 y ss.

⁴⁹ En este sentido, vinculándolo críticamente al funcionalismo, Cfr. Hassemer, W. “Prevención en el Derecho penal”, en Bustos, J. (Director), *Prevención y teoría de la pena*. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago. 1995, pp. 93 y ss. Esp. p. 111.

⁵⁰ En detalle, Cfr. Baratta, A. “Integración-prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *CPC* N° 24. 1984, pp. 544 y ss. Esp. p. 550. Muñoz, F. “La norma jurídica penal (crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)”, en *Derecho penal y control social*. Ob. cit., pp. 26-27.

⁵¹ Cfr. Zugaldía, J.L. “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, en Von Liszt, F. *La idea del fin en el Derecho penal*. Ob. cit., p. 24.

⁵² En detalle, Cfr. Durán, M. “Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”. Ob. cit., pp. 150 y ss.

modelo de Estado social y democrático esta generalmente constituido por el *principio de resocialización*.

De acuerdo con los objetivos de este trabajo, se puede concluir —de manera general y sobre la base de lo establecido en el N° 3— que fundamentar la pena en la denominada prevención general positiva o prevención integradora, consiste primero que todo en concebir la pena como un *medio*, como un mecanismo o *instrumento*, que solo se justifica en la medida que se emplee explícitamente al ámbito de la teoría de la pena y de modo constitucional, como una teoría que permita apartarse de la retribución y de la prevención general negativa.

Asimismo, puedo concluir que la *función* de la prevención general positiva, en el marco de un sistema constitucional social y democrático, es esencialmente la de limitar el *ius puniendi*. Función garantista que puede ser desarrollada y limitada explícitamente al ámbito de la teoría de la pena, desde el punto de vista constitucional y como un medio de apartarse de la retribución y de la prevención general negativa. Esto es, estableciendo expresamente en la carta fundamental que el fin primordial de la pena es la prevención del delito y que ello se realiza mediante la integración y la resocialización del delincuente.

Dicho fin, además, debe buscarse, desarrollarse y construirse desde la óptica de una política-criminal transparente y participativa, propendiendo a la conciliación de sus fines; la protección de bienes jurídicos y la búsqueda de la integración por medio de la pena. Ello, porque la premisa de una verdadera y más eficaz prevención del delito, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, está dada por la convicción de que el objetivo último no es erradicar el crimen sino *controlarlo razonablemente*.

Por último, se puede concluir que, desde una óptica sustancial o teleológica, el rol de las teorías de la prevención resulta plenamente vigente para darle contenido a los fines, valores, objetivos e instrumentos que postula la constitución penal. Más aún, puede señalarse que una vía de inicio para modelar el posible contenido que puede tener la teoría en cuestión, de acuerdo con los objetivos de este trabajo, es desarrollar los argumentos críticos —arriba descritos— para intentar establecer lo que la teoría de la prevención general positiva debe constituir o significar en una sociedad democrática y deliberativa. Esto es, argumentos de índole general, metodológicos y de la sistemática jurídico-penal, argumentos desde la teoría de la pena y argumentos desde la política criminal.

De esta forma, a mi juicio, junto con destacar la importancia que una Constitución democrática tiene respecto de la fundamentación del Derecho penal y su posible contenido, queda al menos someramente esbozado el rol que las teorías de la prevención general puede cumplir para un sistema jurídico-penal orientado a prevenir el delito y resocializar al delincuente.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, L., "Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución", en *RJCLM*, N° 1, 1987, pp. 97 y ss.

- ATIENZA, M., "Constitucionalismo y Derecho penal", en Mir, S.-Corcoy, M. (Dir.) *Constitución y sistema penal*. Ob. cit., pp. 19 y ss.
- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*. PG. 2º ed. Akal/iure. Madrid.1990.
- BARATTA, A., "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado* Nº 1, *Función simbólica de la pena*. PPU. Barcelona.1991, pp. 37 y ss.
- BARATTA, A., "Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *CPC* Nº 24. 1984, pp. 533 y ss.
- BARATTA, A., "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal", en *PC* Nº 0. 1986, pp. 77 y ss.
- BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª Ed. Praxis. Barcelona.1999.
- BRANDARIZ, J., "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en Faraldo, P. (Dir.) *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Tirant lo Blanch Alternativa-Área de Dereito Penal Universidade da Coruña. Valencia. 2004, pp. 15 y ss.
- BRICOLA, F., "Teoría generale del reato", en *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I, Tomo I. Milán: Giuffrè, 1997, pp. 539 y ss.
- BUSTOS, J., "Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en *Pena y Estado* Nº 1. Ob. cit., pp. 107-109.
- BUSTOS, J.-Hormazábal, H., *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Trotta. Madrid, 1997.
- CEREZO, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I*. Introd. Teoría del Delito/1. 4º reimp. de la 3º edic. de 1985. Tecnos. Madrid, 1992.
- CORCOY, M., "Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales", en Mir, S.-Corcoy, M. (Dir.) *Constitución y sistema penal*. Ob. cit., pp. 153 y ss.
- DEMETRIO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Estudios Jurídicos 79. Ed. U. de Salamanca. Salamanca.1999.
- DÍEZ, J.L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. UNED. Madrid. 2001, pp. 107 y ss.
- DONINI, M., "Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", en VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Edic. Universidad, 2001, pp. 223 y ss.
- DONINI, M., *Teoria del reato*. Una introduzione. Padova: Cedam, 1995;
- DONINI, M., "Dogmatica penale e política criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione", *Dei delitti e delle pene* Nº 3 (1998), pp. 37 y ss.
- DURÁN, M., "Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal". *Política Criminal*. Nº 11. 2011. pp. 142-162.
- DURÁN, M., "Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional". *Política criminal* Nº 8. 2009. Universidad de Talca, p. A1.
- DURÁN, M., "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Inmanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual". *Revista de Filosofía*. U. de Chile. Vol.67 (2011), pp. 123-144.

- DURÁN, M., "El planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional". *Revista de Derecho*. U. Católica del Norte. Año 20-Nº 2, 2013. pp. 305-326.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trad, p. Andrés, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. 4º Edic. Trotta. Madrid, 2000.
- GARCÍA, N., *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*. Cuenca: U. de Castilla-La Mancha, 1996.
- HAFKKE, B., "Reincidencia y medición de la pena", en Schünemann, B. *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Introd. Trad. y notas J.M. Silva. Tecnos. Madrid. 1991 pp. 179 y ss.
- HAFKKE, B., "El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal", en Silva, J.M. (ed.). Schünemann, B.-De Figueiredo, J. (Coords.) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Bosch. Barcelona. 1995, pp. 129 y ss. Haffke, B. *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine straftheoretische Untersuchung*, Sauerländer, Aaran- Frankfurt am Main. 1976.
- HAFKKE, B., "Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 1978, pp. 33-57.
- HASSEMER, W., "Prevención en el Derecho penal", en Bustos, J. (Director) *Prevención y teoría de la pena*. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago. 1995, pp. 93 y ss.
- HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado Nº 1. Función simbólica de la pena*. PPU. Barcelona. 1991, pp. 35 y ss.
- HASSEMER, W.-Muñoz, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2º ed. corregida. Trad. J. Cuello y J.L. Serrano. Marcial Pons. Madrid. 1997.
- JAKOBS, G., "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", en de él mismo, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Trad. M. Cancio/B. Feijóo/E. Peñaranda/ M. Sancinetti/ C.Suárez. Presentación D. Caro Coria. Palestra Editores. Lima. 2000, pp. 19 y ss.
- JAKOBS, G., "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal". En, de él mismo, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. M.Cancio/ B. Feijóo. Thomson-Civitas. Madrid. 2003, pp. 15 y ss.
- JAKOBS, G., "El sistema de imputación jurídico penal. Conocimiento y desconocimiento de la norma". En, Jakobs, G.-Struensee, E. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Hammurabi. 1998, pp. 33 y ss.
- JAKOBS, G., "Culpabilidad y prevención". En, de él mismo, *Estudios de Derecho penal*. Trad. y estudio preliminar E. Peñaranda/ C. Suárez/M. Cancio. UAM ediciones-Editorial Civitas. Madrid. 1997, pp. 73 y ss.
- JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. J.L. Manzanares. Comares. 1993.
- KAUFMANN, A., "La misión del Derecho penal", en Mir, S. (edit.) *La Reforma del Derecho penal II*. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1981, p. 127.
- LUZÓN, D.-M., "Prevención general y psicoanálisis", en Mir, S. (Ed.) *Derecho penal y ciencias sociales*. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra. 1982, pp. 141 y ss.
- MAGARIÑOS, M., "Hacia un Criterio Para la Determinación Judicial de la Pena". En, AA.VV., *Determinación Judicial de la Pena*. Editores del Puerto, Buenos Aires. 1993.
- MARCILLA, G., "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal", en Mir, S. Corcoy, M. (Dirs.) *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2012, pp. 67 y ss.

- MAURACH, R.-Zipf, H., *Derecho penal. Parte general 1 Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Trad. de la 7a ed. alemana por J. Bofill y E. Aimone. Astrea. 1994.
- MAURACH, R.-Gössel, K.H.-Zipf, H., *Derecho penal. Parte general 2 Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Trad. de la 7a ed. alemana por J. BOFILL. Astrea. 1995.
- MELOSI, D., “Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”, en *Pena y Estado* N° 1. Ob. cit., pp. 57 y ss.
- MIR, S., *Derecho Penal. Parte General*. 3ª reimp. de la 5ª edic. Reppertor. Barcelona. 2000.
- MIR, S., “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *PC* N° 0. 1986, pp. 49 y ss.
- MIR, S.-Corcoy, M. (Dirs.), *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2012.
- MOCCIA, S., *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione sistematica teleologica*. Nápoles: ESI, 1992.
- MUÑOZ, F., *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera. 1986.
- MUÑOZ, F., “La norma jurídica penal (crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)”, en su *Derecho penal y control social*, pp. 26 y ss.
- MUÑOZ, F.-García, M., *Derecho penal Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1994.
- PÉREZ, F.-Méndez, C.-Zúñiga, L., *Derecho Penal (Parte General)*. Universidad de Salamanca. CISE. Salamanca. 2003.
- PÉREZ, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. U. Autónoma de Madrid. Madrid. 1991.
- PÉREZ, M., “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en Silva, J. M. (Ed.). *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Bosch. Barcelona. 1997, pp. 73 y ss.
- PRADO, L.R., *Bien jurídico-penal y Constitución*. Trad. Luis Álvarez Aranda. ARA. 2010.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. y notas D.-M. Luzón/ M. Díaz/ J. de Vicente. Civitas. Madrid, 1997.
- ROXIN, C., “La Determinación de la Pena a la Luz de la Teoría de los fines de la Pena”, en de él mismo, *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Trad. F. Muñoz. Reus. Madrid, 1981, pp. 46 y ss.
- ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en su *Problemas básicos del Derecho penal*. Trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Reus. Madrid. 1976, pp. 11 y ss.
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*. Trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Reus. Madrid. 1976.
- ROXIN, C., “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, en VV.AA. *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U. Nacional de Córdoba. 2001, pp. 211 y ss.
- SCHÜNEMANN, B., “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en VV.AA. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Facultad de Derecho. UNED. Madrid. 2001, pp. 643 y ss.
- SILVA, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona. Bosch. 1992.
- TERRADILLOS, J., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado* N° 1, pp. 9 y ss.
- TIEDEMANN, K., “Constitución y Derecho penal”, *REDC* N° 33 (1991), pp. 145-171.
- WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 2ª Edic. Castellana. Trad. de la 11ª Edic. Alemana. Berlín, 1969, de J. Bustos y S. Yáñez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1976.
- WOLF, P., “Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico”, en *Pena y Estado* N° 1, pp. 119 y ss.

- VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Comares. Granada. 1995.
- ZAFFARONI, E., “El marco constitucional iushumanista del saber penal”, en de él mismo, *En torno de la cuestión penal*. Colección Maestros del Derecho Penal, N° 18 Dirigida por G.D. Fernández. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 2005, p. 121.
- ZIFFER, P., “Consideraciones Acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena”. En, AA.VV., *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires. 1993, pp. 91 y ss.
- ZUGALDÍA, J.M., “¿Otra vez la vuelta a von Liszt?”, en Von Liszt, F. *La idea del fin en el Derecho penal*. Comares. Granada. 1995, p. 23.
- ZÚÑIGA, L., “Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales”, en *Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública*. XVII Congreso universitario de alumnos de Derecho penal. Salamanca. 2005, pp. 99 y ss.