

## EXAMEN CRÍTICO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO Y EL DERECHO A CASTIGAR

Fernando FALCÓN Y TELLA

Doctor en Derecho  
Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
ffalte@hotmail.com

### RESUMEN

*El tema principal de esta investigación es el del fundamento y finalidad del castigo, considerando el derecho a castigar desde una perspectiva crítica. Los estudios y trabajos dedicados al castigo son escasos si los comparamos con los dedicados a la teoría del delito o algún aspecto de ella. Con la finalidad de llenar este vacío, aquí pasamos revista a las principales teorías relacionadas con el tema, en torno a las cuales se han desarrollado distintas escuelas, las absolutas-retributivas y las relativas-de la prevención, tanto general como especial, en sus diversas formas. A cada una de ellas corresponde una diferente concepción del Estado*

*Palabras clave:* castigo, delito, retribución, prevención, Estado de Derecho, Estado de Bienestar.

### ABSTRACT

*The main object of this investigation is the basis and goal of punishment considering the right to punish from a critical point of view. Studies and works regarding punishment are scarce when we compare them to those related to Crime Theory or some aspect thereof. To this end, we review the main doctrines regarding this subject, around which have been developed different sorts of schools: absolutist-retributive, and relativist-preventive, both general and special, in all their different forms, under the aegis of the State, also differently conceived.*

*Keywords:* punishment, crime, retribution, prevention, Rechtsstaat, Welfare State.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Das Hauptthema dieser Forschung ist die Strafgrundlage und das Strafzweck, indem man das Strafrecht aus einer kritischen Perspektive betrachtet. Die Studien und die Arbeiten, die der Strafe gewidmet sind, wenn wir sie mit der Straftheorie oder einem Aspekt von diesen Studien vergleichen, sind gering. Mit diesem Zweck besichtigen wir hier sowohl allgemeine als auch spezielle Haupttheorien, um die*

*sich verschiedene Schulen, absolute-vergütende und auch relativ-vorbeugende, entwickelt haben.*

*Schlüsselwörter:* Strafe, Straftat, Vergütung, Vorbeugung, Rechtsstaat, Wohlfahrtsstaat.

**SUMARIO:** I. LA SANCIÓN Y EL ESTADO. DE UNA CULTURA DE SÚBDITOS A UNA DE CIUDADANOS.—1. El Estado absoluto teocrático.—2. El Estado de Derecho.—a) El Estado liberal de Derecho decimonónico.—b) El Estado social de Derecho.—c) El Estado social y democrático de Derecho.—II. EXAMEN CRÍTICO DEL DERECHO A CASTIGAR DESDE UNA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL.—1. Plano fáctico.—a) Las teorías absolutas o retributivas.—b) La prevención general.—c) La prevención especial.—d) Las teorías mixtas.—2. Plano de las normas. El Derecho positivo español.—a) La CE de 1978.—b) El Código Penal de 1995.—c) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—3. Plano de los valores: ¿existe un derecho a castigar?

## I. LA SANCIÓN Y EL ESTADO. DE UNA CULTURA DE SÚBDITOS A UNA DE CIUDADANOS

A nivel familiar sería bueno, a nuestro juicio, que los padres ejercieran también de amigos y no sólo de guardianes. Lo mismo cabría decir del Estado, a la luz de la experiencia histórica<sup>1</sup>. Se ha producido el paso de un Estado policía, más preocupado en retribuir y castigar por el mero placer de hacerlo, a un Estado que cuida al delincuente y trata, en la medida de

<sup>1</sup> Sobre el tema, Fernando FALCÓN Y TELLA, *Tridimensionalismo y Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 35-55. Recensionado por Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, núm. 00/2004, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pp. 317-320. Véase también Fernando FALCÓN Y TELLA, «La familia, el Estado, la Iglesia: Pasado y nuevos horizontes», *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, vol. 5, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 189-215, esp. pp. 196 y ss. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, prólogo de Siro GARCÍA, Madrid, Colex, 1997, p. 88: «Por ello, de ordinario, se enlaza la idea del Estado liberal con la retribución como fin de la pena, y se ha dicho que la prevención tiene su marco político adecuado en el Estado social. Ciertamente la idea de retribución responde a la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado en garantía de la libertad del ciudadano y no en vano históricamente constituye una reacción frente a los postulados del Estado absoluto. Sin embargo, no existe una plena correspondencia entre las concepciones liberal y social del Estado y las teorías absolutas y relativas de la pena. En este sentido dice Bacigalupo que histórica y teóricamente las teorías utilitarias fueron defendidas inclusive en el marco del llamado Estado liberal y no precisan de una concepción intervencionista del Estado».

lo posible, de ayudarle a salir del círculo vicioso en el que se encuentra inserto. De una cultura de súbditos se camina hacia una cultura de ciudadanos, donde no sólo hay deberes —básicamente el de obediencia al poder—, sino también derechos —concedidos al amparo de la ley—. Transformado el «Estado policía» en «Estado de Bienestar», el ciudadano pasa de ser el enemigo de las leyes, al que es necesario corregir para que no vuelva a delinquir, a convertirse en el individuo en situación difícil y que, en múltiples casos, y precisamente como ciudadano, tiene un cierto derecho a su reincorporación social<sup>2</sup>. Tal postulado proviene de la obligación que tiene el Estado contemporáneo de asegurar una participación social a sus ciudadanos —y entre ellos al delincuente— en los beneficios públicos.

### 1. El Estado absoluto teocrático

Antes de la caída del Antiguo Régimen, hasta finales del siglo XVIII, la modalidad que adoptaba el aparato estatal era la de un Estado absoluto, cuya forma principal de gobierno era la monarquía absoluta y en el que existía un gobernante —el rey, monarca, soberano— con unos poderes absolutos —en una posición de supremacía; de ahí que se le denominara alteza o majestad, para explicar esta condición por encima del común de los mortales—. Este soberano recibía el poder directamente de arriba —concepción teocrática del poder—, llegando a hablarse en la Edad Media de «reyes por la gracia de Dios», de monarcas *legibus soluti*.

El Estado así concebido tenía un poder omnímodo, que imponía penas draconianas, basadas en una aplicación axiomática, *more geometrico*, de las leyes penales. La pena era la principal sanción y la finalidad retributiva del castigo la preponderante. Junto a ella jugaba un papel importante la prevención general negativa, la intimidación de la colectividad para que se abstuviera de cometer nuevas ofensas penales. Al servicio de este objetivo se instaura todo un sistema de penas de gran dureza. Todo valía para lograr el fin último de acabar con el crimen y conseguir así la observancia de la ley: era el terror penal. El garantismo penal tendrá que esperar para asentarse a la llegada de la Ilustración y al Estado de Derecho en sus diversas versiones.

---

<sup>2</sup> V. A. C. GATRELL (1941-), «Crime, Authority and the Policeman-State, 1750-1950», en Francis Michael LONGSTRECH THOMPSON (ed.), *The Cambridge Social History of Britain, 1750-1950*, 3 vols., Cambridge.

## 2. El Estado de Derecho

Por Estado de Derecho se entiende aquella construcción del Estado en la que el poder, la fuerza bruta, se somete a la ley, al Derecho, dentro de esa continua pugna histórica dialéctica en que se encuentran el Derecho y el poder. El Estado de Derecho adopta distintas versiones históricas: desde el Estado liberal de Derecho decimonónico, pasando por el Estado social de Derecho, hasta llegar, a modo de síntesis, al actual Estado social y democrático de Derecho.

Cada uno de los modelos de Estado, que rápidamente se han enumerado y se examinarán en estos epígrafes, ha supuesto un peculiar fundamento del Derecho penal y, en consecuencia, determinadas posibilidades de concebir la función de la sanción penal, lo que confirma la verdad de la aserción de que el fundamento y la finalidad del castigo estatal dependen de la función que se atribuye al Estado<sup>3</sup>.

### a) *El Estado liberal de Derecho decimonónico*

Tras la caída de las monarquías absolutas del *Ancien Régime* y después de la Revolución Francesa surge como construcción teórica y realidad política el Estado de Derecho, que en su primera fase se manifiesta como Estado liberal de Derecho<sup>4</sup>. Como el propio nombre indica, la idea rectora en él imperante es la libertad a todos los niveles: económico —con el Liberalismo económico y la Escuela Fisiócrata—, político y constitucional. La meta es buscar el máximo de libertad permitido dentro del único límite del respeto de la libertad de los demás. De ahí que el eje en torno al que gire todo sea el individuo, debiendo limitarse el Estado a garantizar «formalmente» el respeto de las reglas de juego que permitan el ejercicio de la libertad de todos. El Estado será un Estado abstencionista, neutral.

<sup>3</sup> Thomas HILL GREEN (1836-1882), «The State's Right to Punish», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, núm. 1, 1910-1911, pp. 19-43.

<sup>4</sup> Jeffrie G. MURPHY, «Retribution and the State's Interest in Punishment», en J. R. PENNOCK y J. W. CHAPMAN (eds.), *Criminal Justice, Nomos XXVII*, New York University Press, 1985, pp. 156-164; íd., «Retribution, Moral Education and the Liberal State», *Criminal Justice Ethics*, núm. 4, 1985, pp. 3-10.

Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la sanción penal tanto una función de prevención de delitos como la de retribución por el mal cometido. Existe una discrepancia a nivel doctrinal entre dos corrientes de pensamiento liberales: la prevencionista, de cariz utilitarista, y la retribucionista, unida a la concepción absolutista de la pena, básicamente la de Kant y la de Hegel.

b) *El Estado social de Derecho*

El período de entreguerras —entre las dos guerras mundiales que marcaron el siglo XX— tuvo como protagonistas a los totalitarismos —fascismo italiano, nacionalsocialismo alemán y comunismo soviético—. Superada esta etapa y tras la segunda gran guerra surge con Lord Beveridge el Estado de Bienestar Social, en el que el aparato estatal deja de buscar exclusivamente la libertad a través de garantías formales, para indagar y perseguir la igualdad y el contenido material de estos principios. No basta con remover los obstáculos ni con una igualdad formal ante la ley. Hay que promover también las condiciones para que dicha libertad y la igualdad sean reales y efectivas, de un modo, más que uniforme, proporcional, compensando las inevitables desigualdades reales de partida que da la naturaleza: distinta distribución del talento, la suerte, la riqueza, etc. Para lograr este objetivo el Estado debe intervenir, ser un Estado tutor.

Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución —según se concibiera al servicio del hombre empírico o del hombre ideal—, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención, de lucha contra el delito, de combate de la delincuencia como fenómeno real de la existencia social, para frenar eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX. Es la etapa de la prevención especial, propia de la Escuela positiva, partidaria de las medidas de seguridad más que de las penas.

c) *El Estado social y democrático de Derecho*

El art. 1.1 de la CE de 1978 emplea la expresión «Estado social y democrático de Derecho» para definir el modelo de Estado adoptado por nues-

tra Carta Magna. Se trata de un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos del Estado liberal y del Estado social. Del Estado liberal adopta, sin duda, la idea de Estado de Derecho, es decir, la exigencia de garantías formales, ciertos límites que aseguren defender a la sociedad del Estado. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social, para ocuparse, junto a exigencias *formales*, de la *efectividad* de lo consagrado por ellas. Se pasa de un Estado-árbitro imparcial, del Estado-guardián, cuyo lema era no interferir —propio del Liberalismo— a un Estado intervencionista que deviene *Welfare State* —Estado de Bienestar Social—. Históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis, viniendo el Estado social y democrático de Derecho a constituir la síntesis de este proceso dialéctico.

El principio intervencionista, que rigió en el Estado social, podía conducir, como ocurrió en algunos países, a un Derecho penal más preocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos. La pena a veces se constituyó en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, produciendo eficacia, sí, pero también algo no tan loable como es el terror penal. Éste es el peligro en el que puede desembocar un Derecho penal destinado a ser eficaz. Para evitar este riesgo, como toda arma peligrosa, la sanción penal debe someterse a unas instrucciones de uso y funcionamiento, esto es, a ciertos límites.

Dos son los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto a la prevención intimidante —también llamada prevención general negativa— debe concurrir una prevención general integradora —también denominada prevención general positiva—. Habría que limitar la prevención general intimidante exigiendo que además se planteara como socialmente integradora, y entonces la prevención general se presentara necesariamente como correcta intimidación estabilizadora y no como terror penal, más propio de un Estado absoluto del Antiguo Régimen.

Un Derecho penal democrático debe desarrollarse además con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal como material. No sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a las minorías. Ha de respetar la dignidad del delincuente, evitar las torturas y la pena de muerte, ofrecer posibilidades al condenado para su resocialización y reinserción social —art. 25 de la CE—. No puede perseguir la imposición de un determinado sistema de valores.

Deben suprimirse los obstáculos a la reinserción social que supone la existencia de los antecedentes penales<sup>5</sup>.

## II. EXAMEN CRÍTICO DEL DERECHO A CASTIGAR DESDE UNA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL

### 1. Plano fáctico

A continuación vamos a pasar revista desde un punto de vista crítico a lo que han sido las principales teorías al servicio de la sanción penal: las retributivas o absolutas y las preventivas o relativas —en su doble vertiente de prevención general y prevención especial—.

#### a) *Las teorías absolutas o retributivas*

Las críticas al retribucionismo cuestionan sus mismos presupuestos, al *negar el libre albedrío*, noción ésta metafísica e indemostrable empíricamente. No tiene sentido retribuir mediante el castigo un comportamiento que la persona no puede controlar y al que se ve llevada deterministamente.

También hay algunos que ponen en tela de juicio otros postulados del retribucionismo. Es el caso de Klug, que cuestiona el «imperativo categórico» seguido por Kant y la fórmula dialéctica de Hegel en su justificación del castigo. Para Klug se trata de *fórmulas vacías* que no aportan nada, de meras *perífrasis lingüísticas*: «la negación de la negación es una estructura lingüística que no es ni objetiva ni concreta». Si bien en un orden puramente abstracto cualquier acto, y por tanto el delito, implica «autorización para el contracambio, o lo que es igual hace éste jurídicamente *posible* (...) no lo hace al mismo tiempo normativamente *necesario*»<sup>6</sup>.

Por otra parte, no tiene ningún sentido *añadir al mal del delito el mal de la pena*. El mal sólo se soluciona con el bien, no con un mal en sentido contrario. Además no se han encontrado, desde la ley del talión, fórmulas para *cuantificar* válidamente el tanto de retribución.

<sup>5</sup> Sobre el tema, Santiago MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed. revisada, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 19-43.

<sup>6</sup> Ulrich KLUG, «Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel», en *Problemas actuales de las Ciencias penales y de la Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor L. Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Pannedille, 1970.

Las críticas al retribucionismo no sólo cuestionan los presupuestos, sino que ponen en tela de juicio el pretendido efecto de *seguridad jurídica* que suministra la proporcionalidad<sup>7</sup>.

b) *La prevención general*

Frente a las teorías de la prevención general se han esgrimido numerosas críticas. Como objeciones de fondo se señala lo que significan de instrumentalización del hombre y de menoscabo a su dignidad, al concebirlo como un simple medio para la consecución de un fin útil, como *chivo expiatorio*. Surge entonces la pregunta de si es justo infligir un mal a alguien para que otros omitan la comisión del mal. ¿Está bien castigar a un individuo no en consideración a sí mismo, sino en atención a otros, aun cuando fuera eficaz la intimidación?

La pura intimidación general podría conducir a una política que desembocase en el *terror penal hacia el Estado*. Llevado al extremo, estaríamos ante penas draconianas, sin el freno del principio de culpabilidad.

Otro argumento en contra es que existen muchos grupos de delitos y delincuentes en los que no se ha podido probar el efecto de prevención general de la pena. El hombre medio en circunstancias normales —que es quien menos lo necesita— se dejaría intimidar, pero no así otros grupos de población, los auténticos criminales potenciales, como son los delincuentes *profesionales*, a sueldo —que ven la pena como un riesgo o gaje del oficio— o los delincuentes *impulsivos* y ocasionales —por ejemplo, el sujeto que realiza el delito en un arrebato pasional, en el fragor de una disputa, sin pararse a pensar cuáles serán las consecuencias jurídicas que se derivarán de su acción criminal ni la gravedad de la sanción que se le impondrá—. Lo mismo ocurre con aquellos sujetos considerados *psicópatas*, incapaces de sentir la presión psicológica de la pena, que puede incluso ejercer sobre ellos una *vis atractiva*. Pensemos en el caso de Jack «el destripador» o los asesinos en serie. Otro tanto cabe decir de los delitos graves. La crítica acerca de la ineficacia de la pena para ciertos delincuentes es contestada en base a que la eficacia de la pena se manifiesta precisamente en los ciudadanos que no delinquen y que sin ella tal vez lo harían.

---

<sup>7</sup> Borja MAPELLI CAFFARENA y Juan TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 37-38.



Según aduce la doctrina con base en los estudios actuales, hay que tener en cuenta que el efecto real de la prevención general de la ley penal no depende tanto de la gravedad o entidad de la pena *conminada* como de otros factores, en especial, del grado de *realización* de ésta en la vida práctica, el saber que la misma se impondrá siempre que hay un delito de una manera inexorable. *Intimida más una pena leve de aplicación segura que una potencial pena grave de imposición dudosa*. También son decisivos para muchas personas los efectos y consecuencias sociales del juicio penal —pérdida del puesto de trabajo y de la reputación social—, que a menudo despliegan una eficacia mayor a la hora de evitar el delito que la propia imposición de la pena.

De la prevención general se critica también que, al no ocuparse del delincuente individual sino sólo del efecto de la pena en la comunidad, no deja ningún resquicio a la resocialización, la reeducación y la reinserción del condenado<sup>8</sup>.

Las teorías de la prevención general, especialmente en su versión de prevención general «positiva», destinada a producir la cohesión y solidaridad social del grupo, tienen también sus inconvenientes y sus disfuncionalidades; no todo son ventajas en ellas. Así, el precio a pagar por la solidaridad del grupo a través de la sanción es a veces muy alto. Con las sanciones el grupo se centra más en la ley y la acepta como buena sin pararse a cuestionar qué intereses sociales encubre; y, lo que es peor, se concibe al delincuente como cabeza de turco en vez de preguntarse por qué sucede el delito y cuáles son las condiciones sociales que lo promueven. Esto puede conducir a la *intolerancia*, que es siempre un sentimiento potencialmente destructivo y que, llevado al extremo, da lugar a ese tipo de *fanatismo* en el que el individuo cree que a los que no son como él y como la mayoría debe destruirseles, llevando incluso, en algunos casos —como el de la caza de brujas en Salem—, a un puritanismo y a una beatería en la que se mezclan auténticos elementos de catarsis e histeria colectiva, lo cual es fuente permanente de intolerancia y escisión. *La solidaridad social es positiva, pero no al precio de la ceguera colectiva, que a menudo acompaña a los fenómenos de masas*, porque entonces lo que es funcional desde un punto de vista puede ser disfuncional desde otro<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 24-25.

<sup>9</sup> Citando a MEAD, Harold GARFINKEL o Kai ERIKSON, ésta es la opinión expresada por David GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, pp. 76-81.

c) *La prevención especial*

La prevención especial ofrece como mayor ventaja el actuar sobre el delincuente, posibilitando, o al menos intentando posibilitar, que en el futuro lleve una vida conforme a Derecho. Es la idea de resocialización, en torno a la que gira la prevención especial. Esto supone la humanización de la sanción penal, que se dirige a un individuo concreto y trata de reformarlo.

Pero no todas son ventajas en el movimiento preventivo-especial. Contra el mismo se argumenta que no posibilita una *delimitación* del derecho a castigar, pues si lo decisivo a la hora de imponer las sanciones es la peligrosidad, puede ocurrir que ésta sea grande, pese a que el delito cometido no sea grave. En estos casos el principio de culpabilidad y el de peligrosidad aconsejarían medidas de distinta dureza. Otro tanto ocurriría en los casos en los que la resocialización no fuese posible, lo que aconsejaría la inculpa perpetua. Si el castigo impuesto al sujeto activo del delito debe durar hasta que esté resocializado, los límites del *ius puniendi* a menudo se verán traspasados porque la peligrosidad así lo aconseja, con lo que ello supondría de quebrantamiento de los márgenes fijados por el principio de legalidad y por el de culpabilidad. *A sensu contrario*, cuando se cometan ofensas graves, pero el sujeto no tenga una gran peligrosidad y esté correctamente adaptado, de observar rigurosamente la doctrina de la prevención especial y la peligrosidad y reinserción como sus criterios de valoración a la hora de imponer sanciones, nos encontraríamos con la paradoja de no tener que sancionar con penas graves, pese a que los delitos cometidos sí lo sean, simplemente porque se trata de sujetos con un grado de adaptación bueno.

Además, si el factor decisivo es la peligrosidad, cabría, en casos en que ésta se diese, pese a no haberse cometido aun acto delictivo alguno, imponer *medidas predelictuales*, con lo que ello implica de violación del principio de legalidad, al castigar por hechos todavía no producidos. ¿Para qué esperar a que se cometa el crimen si cabe anticiparse y evitarlo?, parece querer decirnos la teoría preventivo-especial llevada a sus últimas consecuencias. La respuesta debería referirse a que esto sería incompatible con la presunción de inocencia y la seguridad jurídica. Conculcaría el respeto de las libertades individuales de todo ser humano, reconocidas por la Constitución.

Estas doctrinas, al concebir al Estado como pedagogo, tutor o terapeuta y el delito como una patología —poco importa que sea moral, natural o

social—, son las más antiliberales y antigarantistas y justifican modelos de Derecho penal tendencialmente ilimitados. No importa si es con el auxilio del sacerdote o con el del psiquiatra, el caso es que el delincuente ve cómo su libertad moral e interior se ve perturbada, al mismo tiempo que su libertad física o exterior, a través de la pena privativa de libertad. Si el tratamiento no es compartido por el condenado esto se torna en una aflicción añadida a su reclusión<sup>10</sup>. Tal vez por ello las doctrinas del tratamiento tienen su apogeo en los regímenes totalitarios del período de entreguerras.

La idea resocializadora está actualmente en crisis<sup>11</sup>. No puede por sí sola justificar el Derecho penal. Hoy en día existe un debate acerca del abandono de la ideología del tratamiento y la resocialización. Muchos le reprochan a esta idea su *carácter sensiblero y pusilánime* respecto a los delincuentes, que puede llegar a poner en peligro a la sociedad. Otros van más allá y afirman que con ella se quieren regenerar las almas y no sólo los cuerpos, para mejor asegurar la *dominación* de los hombres por el poder y por el sistema. ¿Qué legitima a la *mayoría* de la población a imponer a la minoría de sujetos desviados su visión de las cosas? ¿En base a qué nos legitimamos para influir sobre la educación y los destinos de seres adultos contra su voluntad? ¿Por qué la gente no puede vivir a su manera al margen de la sociedad?, dicen los objetores de la idea resocializadora y del tratamiento.

Yendo aún más lejos, hay quienes afirman que *es la sociedad la que debe ser resocializada, eliminando las injusticias en ella existentes y de las que surgen las infracciones normativas*. Las teorías psicoanalíticas consideran que el castigo a los delincuentes no es sino un modo por el que la sociedad los convierte en *chivos expiatorios*, en *cabezas de turco*, en los que la población descarga los impulsos antisociales y queda compensada por no haber ella misma infringido la ley.

---

<sup>10</sup> David GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, pp. 74-75, señala que los efectos curativos de la sanción penal en el delincuente son muy limitados, puesto que la mayoría de ellos carecen de una conciencia moral saludable, de tal manera que en vez de producir una mejora en estos individuos lo que se logra es justamente lo contrario, endurecerles y hacerles más fríos. El reproche moral que la sanción entraña ni siquiera origina en ellos remordimientos, sentimiento de culpa o de reproche. Es más, cuanto más frecuente sea el castigo menos efectivo será, tendiendo a destruir el poco sentimiento de vergüenza y culpabilidad que en el sujeto autor del delito pueda quedar.

<sup>11</sup> Véase Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 32, septiembre-diciembre de 1979, pp. 645-700; asimismo sus *Estudios Penales*, Barcelona, Bosch, 1984. Francisco MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Cuadernos de Política Criminal*, 1979; también en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, Bellaterra, 1980.

En cualquier caso, sigue abierto el debate en torno a la cuestión de si *debe resocializarse para la «moralidad» o para la «legalidad»*. ¿Es bastante con que la conducta externa del individuo no contraríe las normas sociales o hay que enmendarlo en el fuero interno también? A nuestro juicio bastaría con lo primero. El pensamiento no delinque y en el fuero interno el sujeto es libre de la coacción estatal. Sólo la moral o la religión podrían inmiscuirse en dichos ámbitos, pero siempre de un modo orientativo, no con medidas externas de coacción. Imponer a alguien la enmienda moral es incompatible con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana, y *contradice irremediablemente el principio de la libertad y autonomía de la conciencia*. Sobre sí mismo, sobre su mente, el individuo es soberano. De lo contrario, la aparente filantropía degenera en un despotismo inicuo.

Las otras ideologías correccionistas —la positivista italiana y la de la diferenciación del Programa de Marburgo— contradicen, además del valor de la libertad, el de la *igualdad*, al entrañar una concepción del delincuente como ser anormal e inferior, y llevadas a sus últimas consecuencias originan doctrinas inhumanas como las de la *crianza o la eliminación eugenésicas*, basadas en la idea de que el Estado debería echar una mano a la naturaleza llevando a cabo, junto a la selección natural, una selección penal de tipo artificial, al modo orwelliano. Junto a los valores de la libertad y la igualdad, las doctrinas en cuestión lesionan la *dignidad* del sujeto tratado y uno de los principios básicos del Estado democrático de Derecho, el de la *tolerancia* e igual respeto de las diferencias, violando el primer derecho de cada hombre, que es la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es<sup>12</sup>.

El intento de inculcar valores morales al delincuente es incompatible con una *sociedad pluralista*. Si impusiésemos credos religiosos y códigos éticos lo que haríamos sería difundir el sistema de valores *dominante*, que no necesariamente tiene por qué ser el mejor. Sería un modo de manipular desde el poder. No olvidemos que las sociedades occidentales en las que vivimos son en su inmensa mayoría sociedades burguesas, en las que las leyes penales representan los intereses y valores de las clases dominantes. El principio democrático de las mayorías debería compatibilizarse con el *respeto a las minorías*. Como dijera en su día Henry David Thoreau, en pro-

<sup>12</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción al castellano de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHÍNO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, Madrid, Trotta, 1.ª ed., 1995; 2.ª ed., 1997; 3.ª ed., 1998, pp. 270-273.

testa contra el sistema norteamericano que imponía una guerra injusta, «una minoría de uno con más razón que sus conciudadanos es ya una mayoría de uno». Tal vez éste no sea el caso en la mayor parte de los actos delictivos, pero en cierto modo deberíamos tener la suficiente flexibilidad para poder situarnos, aunque sólo fuera hipotéticamente, en el lugar del delincuente para pensar si nosotros, de haber vivido su infancia, haber tenido sus carencias económicas, familiares, educativas y de todo tipo, no habríamos reaccionado como él oponiéndonos al sistema. Hay veces en que la legalidad es injusta. No todas las leyes son justas. Hay supuestos legítimos en los que el sujeto debe objetar ante una ley injusta o, incluso, llegado el caso, desobedecerla.

Frente a las soluciones extremas hay posturas intermedias y conciliadoras. Por ejemplo, algún autor propone el ofrecimiento al delincuente no de contenidos morales y valorativos concretos, sino de una *pluralidad de caminos*, la misma pluralidad que se encuentra en una sociedad heterogénea, para que sea el propio sujeto el que decida. En una línea similar otros proponen una terapia social emancipadora, que intente una labor pedagógica en el delincuente, pero sin adoctrinamiento. Hay quien objeta a estas doctrinas que dejan al delincuente a su suerte, que son demasiado liberales. Se considera al criminal como a un niño al que hay que guiar en sus pasos hacia la resocialización porque si no puede perderse.

Otra crítica a la prevención especial sería que se centra exclusivamente en el aspecto subjetivo, en el delincuente, dejando de lado el aspecto objetivo, el delito. Se introduce gran *inseguridad jurídica* al no aplicar penas iguales a delitos iguales, por tratarse siempre de sujetos distintos. La *incertidumbre* y la posible *arbitrariedad*, en manos de psicólogos, educadores y psiquiatras, podrían convertir al delincuente en un mero *conejillo de indias* en el que experimentar los nuevos tratamientos. Además, un tratamiento para curar a quien no quiere curarse es un contrasentido y una violación de la libertad del individuo que es *condenado a ser ayudado*.

Esto originaría en el plano de la realidad modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas, persuasivos, de aculturación forzada y de manipulación violenta de la personalidad del condenado. Piénsese en las culturas autoritarias como la doctrina nazi. Recuérdese asimismo la experiencia de los manicomios penales soviéticos y las escuelas de reeducación de la China Popular. Éstas son las formas abusivas y degeneradas a las que llevaron estas doctrinas.

En el plano, ya no teórico, sino práctico, se argumenta que la resocialización no siempre se alcanza, que es una *utopía*. Las teorías de la preven-

ción especial se nos presentan como ineficaces para cambiar la realidad y lograr la consecución de sus metas. ¿No es irreal pretender que alguien se resocialice en la prisión, que, más que ayudar a ese fin, es a menudo *escuela de delincuentes*, y donde con frecuencia hay agresiones por los propios compañeros hacia aquel que pretende resocializarse? Pero, incluso si el delincuente quisiese cooperar y curarse y aunque las condiciones en prisión fuesen idóneas, ello requiere unos medios y un personal en los establecimientos penitenciarios del que se carece. No se trata de dar televisión, juegos y otras actividades similares, como si fuesen el único contenido de la resocialización. Hay una excesiva burocratización, hay falta de medios. El panorama que ofrecen las cárceles en la actualidad es desolador en lo que a tratamiento resocializador se refiere. La prisión es un lugar criminógeno, de incitación al delito. Represión y educación son postulados incompatibles, del mismo modo que la privación de libertad y la libertad misma, presupuesto y caldo de cultivo ideal de la verdadera educación.

La idea resocializadora debería hacerse viable, pues como idea no es mala. «No puede caerse en la trampa —dice Morillas Cueva— del esquematismo que exige una decisión rotunda entre resocialización sí o no, o entre pena o tratamiento. La concordia es posible. La idea de resocialización ni ha de extinguirse ni mitificarse, sino que únicamente debe relativizarse y consecuentemente adecuarse a las necesidades sociales, así como compatibilizarse con otras instancias de control social menos gravosas y con medidas globales de carácter político-social que propicien una sociedad más justa e igualitaria»<sup>13</sup>. Lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y, por consiguiente, lo menos desocializadora y deseducadora que quepa.

---

<sup>13</sup> Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...*, *op. cit.*, pp. 30-31 y 38-42, esp. p. 42; Borja MAPELLI CAFFARENA y Juan TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, *op. cit.*, pp. 40-42; F. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981; J. ANDENAES, «The Morality of Deterrence», *University of Chicago Law Review*, vol. 37, 1970, pp. 649-664, reimpr. en G. HAWKINS y F. ZIMRING (eds.), *The Pursuit of Criminal Justice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984; M. ANQUETIL *et al.*, *La peine, quel avenir?: approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire. Actes du Colloque des Centre Thomas More des 23-24 mai 1981*, Paris, Editions du Cerf, 1983.

d) *Las teorías mixtas*

Las críticas a las teorías mixtas, que pretenden compatibilizar retribución y prevención, nacen de la inanidad de tal proyecto. Puesto que las teorías absolutas y relativas *viven en mundos totalmente distintos —el de las ideas y el de la realidad—*, se aduce su carácter incompatible:

Las teorías absolutas derivan la exigencia del castigo de la idea de Justicia, dentro de un marco teórico-conceptual, y están alejadas de la imperfección de la realidad. La transformación de la realidad no les preocupa.

Las teorías relativas derivan la exigencia del castigo de la inclinación humana a atacar a los demás —prevención general— o de la deformación individual reflejada en el delito —prevención especial—. Siempre tienen en cuenta la realidad, sus imperfecciones, es decir, la cuestión de si la sanción penal soluciona realmente los casos jurídico-penales, cuestión ésta absurda para las teorías absolutas<sup>14</sup>.

## 2. Plano de las normas. El Derecho positivo español

a) *La CE de 1978*

El art. 25.2 de la CE de 1978 dice:

«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social. Así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Borja MAPELLI CAFFARENA y Juan TERRDILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>15</sup> «Mientras que, por ejemplo, para Sola Dueñas supone un paso adelante con respecto a los esquemas constitucionales del Estado liberal de Derecho, para situarse a nivel de Estado social, que no se limita a la consagración de unas garantías formales, sino que marca unas metas de contenido “social”, para Bajo Fernández implica una concepción de la pena incompleta,

La proclamación constitucional que se está valorando no puede ser interpretada como un irreflexivo absolutismo de la prevención especial. El mencionado artículo no anula el principio de culpabilidad, ni tampoco los fines preventivo-generales<sup>16</sup>; sólo induce a reconocer los fines preventivo-especiales en la ejecución de la pena cuando sea posible socialmente.

Otros artículos de la Constitución que condicionan las características del Derecho penal del Estado serían<sup>17</sup>:

— El respeto de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad —art. 10—.

— El respeto de la proporcionalidad de las penas —art. 15—.

— Las penas no pueden ser inhumanas ni degradantes y está prohibida la pena de muerte —art. 15—.

— El Derecho penal no debe ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología —art. 16—.

— Las penas no pueden alcanzar sino al culpable por su propia acción —art. 17.1—.

La proclamación constitucional del art. 25.2, de la reeducación y de la reinserción social del condenado, como orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, ha sido objeto de un amplio debate y los conceptos de reeducación y reinserción social han sido sometidos a una fuerte crítica, por sus posibles contenidos moralizantes, su vinculación a la ideología del tratamiento como intervención terapéutica sobre la personalidad o por su tendencia a referirse sólo a la delincuencia marginal y no a

---

peligrosa para las libertades democráticas y claramente reaccionaria. Incompleta, porque no se explica cuál es el sentido de la pena frente a aquellos delincuentes que no están necesitados de reeducación; peligrosa, porque limita constitucionalmente el derecho a oponerse a un tratamiento reeducador; y claramente reaccionaria, porque la concepción reeducadora coincide con postulados de la criminología tradicional, que, desde la moderna sociología criminal, vienen siendo considerados portadores de una carga ideológica burgués-capitalista»; Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., p. 43.

<sup>16</sup> José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...*, op. cit., pp. 88 y ss.: «En este sentido, Berdugo ha puesto de manifiesto que la pena debe tener como fin la prevención general, pues así resulta constitucionalmente del principio contenido en el art. 9.2 de la Constitución. En cuanto este precepto impone a los poderes públicos la función de “promover” y “remover” los obstáculos que impidan “que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, se considera que ello conlleva la obligación de prevenir la comisión de hechos delictivos incidiendo sobre la generalidad».

<sup>17</sup> Según Bacigalupo, citado por José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...*, op. cit., p. 89.



la de los sujetos integrados socialmente. Pese a todo no puede ignorarse lo positivo de tales conceptos, finalmente aceptados por la doctrina mayoritaria, pues permiten evitar una concepción puramente segregacionista de la prisión, humanizan las penas y permiten instituciones que son sustitutivos de la prisión o mitigan la dureza de su cumplimiento, al orientarse a la prevención especial. Tal es el caso de los beneficios penitenciarios<sup>18</sup>.

Los límites constitucionales a los fines preventivos deben partir inevitablemente de los principios básicos que configuran el orden político y constitucional. Para ello hay que acudir en primer lugar al art. 1 de la CE, que consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», y después al art. 10 de la CE, que establece como «fundamento del orden político y la paz social» a «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y los derechos de los demás». Estos principios constitucionales implican, como efecto, la proporcionalidad como límite a la prevención general, pues si no el terror penal puede llevar a la imposición de penas desproporcionadas que lesionarían la dignidad humana, en la medida en que el reo se instrumentalizaría y el hombre debería ser siempre un fin en sí mismo, no un medio al servicio de un fin, por muy loable que éste pueda ser. Por otro lado, la reeducación y la reinserción no pueden orientarse a lograr un cambio en el sujeto ni en su personalidad, sino, ni más ni menos, a obtener una conducta futura respetuosa con la ley y con los derechos de los demás<sup>19</sup>.

#### b) *El Código Penal de 1995*

La promulgación del Código Penal de 1995 ha traído consigo una considerable modificación del sistema de medidas de seguridad, a la vez que la derogación de la vieja Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social —que incluía la posibilidad de medidas de seguridad predelictuales—<sup>20</sup>.

A partir de entonces los únicos supuestos en que se puede aplicar una medida de seguridad son aquellos en los que «*habiéndose cometido un*

<sup>18</sup> Mercedes GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cap. II, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 31 y ss.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 35-38.

<sup>20</sup> Véase al respecto GRACIA MARTÍN (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996.

*delito*» —medida posdelictual— su autor se encuentra incluido en las situaciones de inimputabilidad por eximentes de anomalía mental o alteración psíquica, de una u otra clase y de mayor o menor intensidad, por intoxicación plena y alteración de la percepción que altere gravemente la percepción de la realidad. Como requisito ineludible para la aplicación de medidas de seguridad el sujeto ha de haber realizado, pues, un acto previsto como delito, en el que se exteriorice su peligrosidad, con probabilidad de comisión de delitos en el futuro —«juicio de peligrosidad»—. En la comprobación de la sintomatología del peligroso —*diagnóstico de peligrosidad*— y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal —*prognosis criminal*—, además de haber cometido un hecho típico y antijurídico, se requiere que el sujeto haya sido declarado en la resolución judicial inmerso en uno de los denominados «*estados peligrosos*» que se corresponden con las eximentes de alteración mental o psíquica, intoxicación o alteración de la percepción. La concurrencia de las citadas eximentes es requisito necesario, pero no suficiente. Se exige, como algo añadido, el pronóstico de peligrosidad. No basta con la constatación de que el sujeto ha cometido un delito y se halla incurso en alguno de los supuestos —completos o incompletos— de inimputabilidad, sino que, además, es obligatorio el establecimiento procesal de la peligrosidad criminal como pronóstico de comisión de nuevos delitos. Además, las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor —art. 6.2 del CP—.

El catálogo de medidas de seguridad aplicables, según los arts. 96 y 105 del CP, es el siguiente:

Medidas privativas de libertad:

1. Internamiento en centro psiquiátrico.
2. Internamiento en centro de deshabitación.
3. Internamiento en centro educativo especial.

Medidas no privativas de libertad:

1. Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.
2. Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.
3. Privación de licencia o permiso de armas.

4. Inhabilitación profesional.
5. Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
6. Las demás previstas en el art. 105 del CP, a saber:
  - La obligación de residir en un lugar determinado.
  - La custodia familiar
  - El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Pese a todo ello, el internamiento en establecimientos sigue siendo la medida por excelencia en los ordenamientos penales europeos cuando se trata de inimputables que han cometido un delito.

El Código Penal de 1995 mantiene la aplicación del llamado *sistema vicarial* para la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad en aquellos casos en que al sujeto semiinimputable declarado responsable de un delito, aunque sea con responsabilidad disminuida, pueda aplicársele la pena resultante de la estimación de la eximente incompleta, pero atendiendo también a la necesidad de aplicación de una medida de seguridad adecuada a su situación de semi-imputabilidad.<sup>21</sup>

### c) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Las expresiones «fines» de la pena y «funciones» de la pena aluden a cuestiones no del todo equivalentes. Cada una de ellas se debería utilizar en un plano de razonamiento distinto. La primera indica «qué persigue» finalmente y en esencia la norma penal; la segunda, «cómo» lo hace o debería hacerlo. La respuesta al primer interrogante es que la pena persigue como fin la evitación de ciertos comportamientos humanos para la protección de ciertos bienes jurídicos. El segundo problema se resuelve diciendo que las funciones de la pena son la prevención general y la especial, en sus versiones positiva y negativa.

El propio Tribunal Constitucional toma conciencia de esta diversidad de planos y de esta ambigüedad terminológica cuando señala que, «en efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen

---

<sup>21</sup> Mercedes GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad...*, *op. cit.*, pp. 127-154.

encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos...» (STC 55/1996, FJ 6).

En materia de funciones de la pena gran parte de la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de interpretar la expresa declaración constitucional de que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social» (art. 25.2 de la CE). La falta de cualquier otra mención a las funciones de la pena ha suscitado al Tribunal la cuestión de si tal función ha de ser *la única* función constitucionalmente admitida de la pena —lo que implicaría, por ejemplo, que sólo fuese admisible la pena o, al menos, la *pena de prisión* para aquellos individuos que necesiten de resocialización y sólo mientras la necesiten—, o si, al menos, ha de ser la función *preponderante* de la pena, o si, en todo caso, ha de concurrir como *una de* las funciones de la pena.

Otra cuestión suscitada sobre la mesa del Tribunal Constitucional, en relación con lo anterior, derivaba de la *ubicación* del art. 25.2 entre los que contienen derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y consistía en saber *si existía un derecho fundamental a la reeducación y reinserción social* y, en caso afirmativo, cuál sería su contenido<sup>22</sup>.

El Tribunal abordó pronto estas cuestiones y lo hizo eligiendo una lectura *cauta* y, desde la perspectiva de las garantías para el imputado y para el condenado, *restrictiva* del precepto en cuestión. Sintéticamente su interpretación es la siguiente: el art. 25.2 de la CE «no expresa una función única de la pena, ni contiene un pronunciamiento sobre las funciones de la pena. Tampoco contiene un derecho subjetivo, sino tan sólo un mandato vinculante dirigido al legislador penitenciario y a la administración penitenciaria acerca de cómo debe configurar la ejecución de cierto tipo de penas, las privativas de libertad. Este mandato no comporta, no obstante, que cada aspecto de la vida penitenciaria haya de venir regido sólo o principalmente por el mandato de resocialización»<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Sobre el tema, con carácter general, M. R. GARDNER, «The Right to be Punished. A Suggested Constitutional Theory», *Rutgers Law Review*, núm. 33, 1981, pp. 838-864.

<sup>23</sup> Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 104-115, esp. p. 106. Cita sentencias como la STC 18/1988;

### 3. Plano de los valores: ¿existe un derecho a castigar?

Se dice que el Estado tiene una obligación *prima facie* de proteger los derechos de los individuos a los que gobierna, derechos que pueden verse conculcados por los actos criminales. Es una obligación *prima facie* el tratar, en la medida de lo posible, de evitar estas infracciones antes de que ocurran. Sin embargo, existen ciertos principios que regulan en qué medida debe llevarse a cabo esta protección. Todos los individuos, los delinquentes también, comienzan siendo titulares de derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y otros. Se trata de derechos contra el Estado, así como contra otros individuos. En virtud de la titularidad de estos derechos, no obstante, el ciudadano tiene también una serie de obligaciones respecto de los demás. Tiene la obligación de respetar los derechos de los otros y de abstenerse de perturbarlos. Si cumple dicha obligación, sus propios derechos permanecerán intactos. Si, por el contrario, la incumple, pierde sus derechos y el Estado puede actuar contra él. Puede privarle de su libertad —prisión—, de su propiedad —sanciones

---

SSTC 28/1988 y 172/1989; SSTC 150/1991 y 55/1996; STC 75/1998, FJ 2; SSTC 79/1998, FJ 4, y 88/1998, FJ 3; SSTC 57/1994, 129/1995 y 119/1996, FJ 4, entre otras. A este respecto dice el Auto 11/2/1988, de 19 de octubre, del Tribunal Constitucional que el art. 25.2 «no establece que la reeducación o reinserción sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria, del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental, susceptible de amparo». José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...*, op. cit., p. 91: «Con ello se despejan las dudas acerca de si la ubicación del precepto en la Sección y Capítulo destinado a los derechos fundamentales otorgaba un derecho al condenado a obtener su reinserción social, considerando que es una directriz para el legislador para que tenga en cuenta preferentemente en la política penitenciaria la prevención especial...». Mercedes GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad...*, op. cit., pp. 32 y 33:

«a) La finalidad preventivo-especial no es la única del Derecho penal y puede convivir con otras orientaciones (STC 4 julio 1991 —RTC 1991, 150—). Asimismo, la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción es una orientación de política penal y penitenciaria, que no puede entenderse acogedora de un derecho subjetivo a la reinserción (STC 21 enero 1987 —RTC 1987, 2—).

b) Se reconoce implícitamente la prevención general con importantes precisiones: a partir de la función de tutela de intereses propia del Derecho penal, la pena debe ser proporcionada a la necesidad de tutela...

2. Lo innegable de la esencia retributiva de la pena tiene un contenido garantizador a través del principio de proporcionalidad. Ello no supone admitir la finalidad retributiva de las penas ni la legitimación del Derecho penal por la compensación del delito, porque la proporcionalidad no es más que un límite a la intervención penal y no un objetivo específico a perseguir».

pecuniarias— o, incluso, en determinados contextos, de su vida —pena capital—<sup>24</sup>.

Sin embargo, *no estamos obligados* a castigar al violador de la ley porque lo merezca. Se trata más bien de que, porque algunos individuos lo merecen, *tenemos el derecho* a castigarle<sup>25</sup>.

Además, el único fin que permite a la Humanidad intervenir en la libertad de los demás hombres es el autoprotegerse... El único propósito por el que puede ejercitarse de manera justa el poder sobre los miembros de una comunidad civilizada contra su voluntad es para impedir el daño a otros. El propio bien del infractor, físico o moral, no es una excusa suficiente para intervenir. No se le puede obligar a actuar de determinado modo porque se le haría más feliz o mejor persona, o porque fuese más prudente, sabio o, incluso, más justo.

El problema de la sanción plantea una cuestión inmediata en relación con los derechos<sup>26</sup>. Podría formularse del siguiente modo: la sanción priva por esencia de un derecho: la vida, la libertad o la propiedad. ¿Cómo pueden entonces los teóricos de los derechos defender la sanción? ¿Es posible conciliar la sanción, como violación de derechos, con los derechos? ¿Puede existir un derecho moralmente legítimo a sancionar? ¿No sería como reconocer la existencia de un derecho a violar los derechos? Y ¿qué decir si afirmamos, con Hegel, que el delincuente tiene un derecho al castigo que le permitirá reinsertarse? ¿Puede reconocerse un derecho individual a ver restringidos los derechos propios?

Por otro lado, ¿qué tipo de derecho sería el derecho a castigar y ser castigado, que varía en función de las contingencias de tiempo, lugar y ocasión, según el país y época histórica y dependiendo de las circunstancias que rodean a la infracción? ¿Es que el delincuente «no» tiene derechos, o tiene «algunos» pero no otros, o tiene todos pero en «suspensión»? ¿Ha

<sup>24</sup> Wolfgang NAUCKE, «Generalprävention und Grundrechte der Person», en W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN y W. NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main, 1979; hay trad. al italiano, «Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona», en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.

<sup>25</sup> Ted HONDERICH, *Punishment. The Supposed Justifications*, Harmondsworth, Baltimore, Maryland, Penguin Books, 1969 (ed. por la que citamos). Ed. revisada, Harmondsworth, Baltimore, etc., Penguin Books, 1976. Hay edición anterior: London, Hutchinson, 1969; Harmondsworth, Penguin Books, 1984; hay edición revisada en Cambridge, Polity, 1989, pp. 158-169.

<sup>26</sup> Véase al respecto Milton GORDINGER, *Punishment and Human Rights*, Cambridge, Mass., Schenkman Pub. Co.; Morristown, N. J., distribuida por General Learning Press, 1974; GRAVEN, «La limitation du droit de punir de l'État par les droits de l'homme», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1955.

«cedido» el delincuente sus derechos, ha «renunciado» a ellos, se le han «quitado» por un agente externo o las tres cosas?

Quizás el sujeto activo del delito consiente en su propio castigo, dando una autorización al poder soberano —Hobbes—. Sería como si para no ser víctimas de un asesino consintiéramos en morir si nosotros a su vez nos convirtiésemos en asesinos —Rousseau—. Así aceptaríamos someternos a la autoridad, ya sea la del Estado, ya la de otro órgano, y acogeríamos sus decisiones. Y si estamos de acuerdo con un principio, luego no podemos oponernos a su aplicación, por muy negativas que resulten para nosotros las consecuencias de ella<sup>27</sup>.

Lo que sí existiría sería un derecho del inocente a no ser sancionado.

---

<sup>27</sup> Dudley KNOWLES, «Punishment and Rights», en Matt MATRAVERS, *Punishment and Political Theory*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, pp. 28-41; David A. HOEKEMA, *Rights and Wrongs: Coercion, Punishment and the State*, London, Cranbury, N. J., Selingsgrove Susquehanna University Press, 1986; íd., «The Right to Punish and the Right to Be Punished», en H. Gene BLOCKER y Elisabeth H. SMITH (eds.), *John Rawls Theory of Social Justice: An Introduction*, Athens, Ohio University Press, 1980, pp. 239-269. Ver María José FALCÓN Y TELLA y Fernando FALCÓN Y TELLA, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Prólogo de Antonio García-Pablos, Madrid, Marcial Pons, 2005. Hay resección de María Eugenia PÉREZ MONTERO, en el *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 6, Nueva Época, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 790-797. Hay traducción inglesa del libro, *Punishment and Culture: A Right to Punish?*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; recensionado por José María CARABANTE, en *Ratio Iuris* (Blackwell) (en prensa).