

Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política.*

Rafael Alcácer Guirao

(Resención)

Mireya Bolaños González**

La importancia del tema que se aborda en esta obra, su actualidad, así como la sistematicidad y la fuerza argumentadora de su análisis, son algunas de las razones que me han motivado a presentar esta reseña crítica. En el diseño de la misma seguiré el orden planteado por el autor en su esquema de trabajo, resaltando lo que estimo de mayor importancia, apoyando tales ideas con criterios personales y adicionando al final algunas reflexiones concluyentes.

Capítulo I: En el contenido de este capítulo el autor advierte la naturaleza protectora del Derecho Penal. Sin embargo, inmediatamente acota: ¿protección de qué? Aclaratoria pertinente en la idea de que actualmente son dos las orientaciones posibles para una respuesta a esta interrogante, a saber: protección de bienes jurídicos y/o protección del ordenamiento jurídico. El autor antes de abundar en la explicación de las razones que muestran ambas posiciones como contradictorias se percató de los aspectos que les son comunes.

En la idea de que la protección del Derecho Penal se orienta hacia los bienes jurídicos, debe aclararse si tal protección viene por vía de la previa protección del ordenamiento jurídico. Al detenerse en este modelo de protección, se llega obligatoriamente a la cuestión de la teoría de la prevención general positiva que

* La primera publicación de este trabajo la conocí en el Tomo LI-MCMXCVIII del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. (Ministerio de Justicia. Madrid. 2001) Y su segunda versión es la publicación que hizo la Universidad Externado de Colombia en el marco de la colección de estudios bajo el N° 30 en el año 2004.

** Profesora de Derecho Penal General y Especial. Especialista en Derecho Penal. Magister en Filosofía. Investigadora de Planta del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas "Hector Febres Cordero". CENIPEC. Secretaria Coordinadora del CENIPEC. Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela.

guarda directa relación con la concepción material de la misión que está llamado a cumplir el Derecho Penal y que puede ser leída desde tres perspectivas diferentes; por lo que, llegar a establecer un contenido específico para la teoría de la prevención general positiva dependerá, entre otros factores, de los límites conceptuales de la noción “ordenamiento jurídico”.

Al tratar de deslindar entre fines propiamente dichos del Derecho Penal y fines de la pena, nos encontramos con que la legitimación del Derecho Penal depende en buena medida de la legitimación de la pena. Sin embargo, a pesar de ser posible atribuir inicialmente a la pena la función de prevenir acciones como instancia intermedia para obtener el fin último que es la protección de bienes jurídicos, las distintas perspectivas desde las que puede leerse el contenido de la prevención general positiva no aportan mucha claridad a la distinción entre fines del Derecho Penal y fines de la pena. En tal sentido, son muchas las ocasiones en que la identidad entre prevención general positiva y fines del Derecho Penal es más nítida que la relación entre prevención general positiva y fines de la pena; todo ello en razón de la pluralidad de versiones desde las que puede entenderse la prevención general positiva.

En esta teoría la pena excede la sola profilaxis criminal para pasar a estabilizar normas e integrar la sociedad. En este orden de ideas, fines del Derecho Penal serán: el clásico fin de proteger bienes jurídicos, así como también, el de proteger los valores esenciales que subyacen a las normas (ético-social); la cohesión del organismo social (integración); la vigencia de la norma (protección de la expectativa normativa); a lo que habrá que agregar la protección de los potenciales delincuentes frente al poder estatal.

Valorando el funcionamiento de la pena en la sociedad, el autor destaca, de una parte, la función intimidatoria que va dirigida fundamentalmente a potenciales

delincuentes atendiendo a la contención de la criminalidad mediante la motivación en contra de acciones delictivas. De otra parte, refiere la prevención general positiva que va dirigida a toda la sociedad, incluidos fieles al derecho y posibles víctimas, función en la que el mensaje de la pena tiene carácter positivo reflejado en el mantenimiento del valor ético-social así como el restablecimiento de la paz social. La prevención general positiva atiende al reforzamiento de los asociados en el orden, lo cual emparenta esta función de la pena con la retribución, pues con ambas propuestas se pretende restablecer el estado anterior a la lesión causada por el delito.

Capítulo II: En este capítulo el autor aborda en detalle la figura de la prevención general en sus aspectos positivos y negativos. Este abordaje se inicia mostrando claramente una abierta conexión inter-relacional entre el Derecho Penal y el modelo político de un Estado. Así, un determinado modelo político creará un Derecho Penal que sirva a sus propósitos y que resulte útil para obtener satisfactoriamente sus objetivos, e igualmente el Derecho Penal de un Estado se adecuará tanto en la forma como en el contenido, a los propósitos que con el modelo político se ha planteado el Estado. Esta relación de mutua interacción, es apenas natural si se entiende al Derecho Penal como el más político de todos los derechos y el que mejor expresa la soberanía nacional.

Según lo expuesto por el autor, la pena se puede legitimar instrumentalmente y valorativamente. Con la legitimación instrumental se pretende justificar la pena desde el *telos* (fines), por lo que se entiende que ella debe ser útil para algo (utilitarismo); planteamiento que atiende a los intereses del sistema político comunitarista. La pena debe estar capacitada para cumplir los fines para los cuales se ha diseñado y tal cumplimiento de fines debe poder medirse para contar así con una verificación de su efectividad empírica. Lo que permite concluir que el fin de intimidación (prevención general negativa) estaría

deslegitimado por la imposibilidad que existe de medir lo que en su criterio debe conocer el individuo. El mismo análisis cabe para la prevención general positiva en cualquiera de sus tres perspectivas.

Con la legitimación valorativa, se pretende una justificación desde lo ético-político, versión en la que se atienden directamente los intereses del ciudadano (principios, garantías, valores) y que se orienta en función de un modelo político liberal. De manera tal que en la legitimación valorativa el quehacer de la pena depende del supuesto ético-político sobre el que el Estado asienta su actividad punitivo-coactiva. En tanto y en cuanto se tienen en cuenta los intereses del ciudadano, la función de la pena se delimita en razón del deber ser.

Ciertamente el Derecho Penal exige una delimitación tanto desde la perspectiva instrumental (fines) como desde la perspectiva valorativa, entendiendo que esta última es la barrera de contención de los fines planteados en razón de la primera perspectiva.

En este punto del análisis se adentra el autor en las distintas perspectivas desde las que se puede leerse la prevención general positiva, a saber: perspectiva ético-social, perspectiva integracionista y perspectiva proteccionista enfocada hacia la norma. Desde la perspectiva ético-social, el Derecho Penal obedece al fin de internalizar y fortalecer valores. Esta posición pasa por comprender que la sociedad es un todo orgánico unido en torno a valores, de manera tal que el Estado representa el todo y su esencia óptica está conformada por la esencia moral de la comunidad. Según esta perspectiva el individuo, singularmente considerado, es un ente aislado sin ninguna trascendencia social en comparación con el Estado que lo es todo, de manera que la labor de éste no es proteger intereses individuales sino el mantenimiento de la ética del todo social,

siendo el Derecho Penal, uno de los instrumentos más idóneos para realizar esta labor. Así, el Estado representa la comunidad ética, el Derecho representa la moral colectiva y el delito la lesión de los deberes que se tienen para con la comunidad. El delito resulta, a fin de cuentas de la infidelidad frente a los valores que sostienen el sistema. La culpabilidad, según esta propuesta, consiste en reprochar esta infidelidad frente a la moralidad colectiva. Tal reproche se justifica, además, porque la ética individual no puede estar por encima de la del Estado. La exigencia que se dirige al sujeto es que sea fiel a las convicciones en las que se sostiene la moral colectiva y es esta infidelidad y no la perturbación o puesta en peligro de intereses individuales, lo que fundamenta el reproche de la culpabilidad.

En la perspectiva integracionista, el autor ubica la función del Derecho Penal en la especificidad de la aplicación de la pena, de manera que el fin del Derecho Penal es la estabilización de la conciencia jurídica y la paz social a través del fortalecimiento de los lazos de los miembros de la comunidad. La aplicación de la pena obedece a la idea de unir con mayor fortaleza la sociedad, por ello la cuantía de la pena estará determinada por la cuantía de la venganza social que debe satisfacerse y en el fondo la pena funcionará sobre la base de la exclusión y del etiquetamiento del delincuente, lo que a su vez se revierte en la reafirmación del resto de la colectividad como respetuosos y fieles a las normas. En esta propuesta, la sociedad es entendida como una estructura orgánica que se rige por sus normas orientadas en función de su supervivencia.

En la perspectiva orientada a la protección de la vigencia de la norma, el fin del Derecho Penal es asegurar las expectativas que orientan al hombre en el trato social generando confianza de que todo funcionará conforme al orden estatuido. La sociedad se sigue entendiendo en esta perspectiva como un sistema que tiene pretensiones de sobrevivir. El delito, entonces, no será sino la

agresión al sistema en general. Tal agresión se traduce en crear la expectativa de que la vigencia real de las normas ya no está presente. A esta perspectiva de la prevención general positiva se asocia el completo desinterés del Derecho Penal por proteger bienes jurídicos, lo que se explica porque al Derecho Penal, en esta posición, no le interesa dirigir el comportamiento de los sujetos sino sólo asegurar expectativas creadas en función de orientar a los ciudadanos en su trato social. En esta lectura de la prevención general positiva, el sistema, visto como un todo, sigue estando por encima del individuo, pues su función se orienta hacia su mantenimiento y pervivencia, por lo que la orientación proteccionista está enfocada a la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas.

En el marco de esta propuesta la norma será la expresión formalizada y simbólica de la expectativa, la pena se impone en función de garantizar la vigencia de la norma como modelo de conducción en la vida social y el Derecho es un sistema que persigue mantener la confianza de que todos los involucrados en el “tráfico social” adecuarán su comportamiento a la norma. Ahora bien, en relación a ello cabe la siguiente reflexión: ¿La función del Derecho Penal, propuesta en esta visión de la prevención general positiva, se logra mediante qué mecanismo? ¿No será mediante la dirección de funciones? Sucede que la expectativa que genera la norma penal no es una oferta vacía, está orientada a algo, promete algo a lo que hay que llegar (telos) y para ello debe servirse de algún instrumento.

En principio se piensa que con esta propuesta lo que se protege es la norma, sin embargo, al revisar en detalle el fondo del planteamiento nos damos cuenta que es la norma penal el instrumento que se utiliza para llegar a la expectativa que se ofrece. De manera tal que el fin resulta entonces convertido en medio. Ni la norma ni la sanción pretenden evitar acciones lesivas sino restablecer una

confianza que fue vulnerada, pero esto sólo es posible mediante una función directiva de conductas, función que bien puede ejercerse, con los delincuentes o con los “fieles” a la norma.

De seguidas el autor revisa los criterios de motivación de la norma para indagar lo referente al fin de la pena en esta propuesta. Comienza por advertir que la norma carece de su carácter imperativo-coactivo y que la obediencia que le brindan los ciudadanos viene por reconocer en ellas pautas correctas y legítimas de conducta que se establecen en el marco de un proceso democrático. Ahora bien, más allá de ello, debe reconocerse en la norma un valor cuyo respeto es el que impulsa en última instancia su observancia. Sin embargo, la norma con la que estamos trabajando es una norma jurídica que se caracteriza, entre otras razones, por ser de obligatorio cumplimiento, esto es, de naturaleza coactiva, por lo que termina siendo directriz de la conducta que orienta en un determinado sentido al comportamiento humano.

Sólo con este tipo de normas puede el Derecho Penal aspirar su legitimidad, de lo contrario se trataría de normas cuyo cumplimiento quedaría supeditado al arbitrio de los destinatarios. Imponer una pena es construir una simbología que contradice el acto delictivo y de esta manera procurar mantener la norma como modelo de orientación en el interactuar de los individuos. El peso específico de la pena, al no estar orientada a los delincuentes sino a todos los ciudadanos, es meramente simbólico, traducido en el mensaje: *“puedes confiar en que, a pesar de que se ha vulnerado el sistema con la comisión de este delito, el resto de los co-asociados, no se inclinarán por violentar la norma”* y de esta forma se reafirma la confianza puesta en la norma desde el consenso que llevó a su propia creación. En base a esta simbología a la que se ha reducido la aplicación de la pena, puede señalarse que el fin y la legitimación de la misma ya no tienen referente exterior, por lo

que su legitimación reside en su aplicación, es decir, con ella no se busca obtener nada, pues ella se eleva a la categoría de fin en sí mismo.

Ahora bien, siguiendo la idea de la pena como fin en sí mismo, cabe preguntarse ¿Sobre qué se asienta la legitimidad de una pena que no amerita un referente fáctico y cuyo funcionamiento se basta a sí mismo sin precisar ser cotejada con la realidad y sin necesidad de medir sus efectos? Una pena entendida así, no se asocia a la idea de mal, de daño y por tanto no está obligado el Estado a justificarla en su aplicación. Al no haber fin que cumplir, el hecho de cómo se esté aplicando y los efectos que produce en la práctica, no tienen ninguna importancia, cabe preguntar entonces: ¿Dónde se apoya la legitimidad de una pena con estas características?

Posteriormente, el autor trabaja la otra forma de prevención del Derecho Penal: la prevención negativa. En esta forma de prevención el Derecho Penal se vale de la intimidación. Para ello, parte de un hombre libre y con capacidad de discernimiento y de escogencia, pues sólo en tales condiciones puede, a partir del efecto que produce la intimidación, decidir no transgredir la norma y por esa vía proteger expectativas, tanto por el mensaje que se envía como por percibir al hombre sólo como posible víctima. Ahora bien, no debe olvidarse que la intimidación genera un proceso motivacional en contra de los delitos, bien porque el raciocinio del delincuente le indica que el mal que reporta la pena es mayor que el beneficio del delito; o bien porque refuerza valores conformando conciencias y generando mecanismos de inhibición de tendencias agresivas y antisociales. De siempre esta teoría ha recibido severas críticas, fundamentadas todas en el hecho de que parte de la idea del hombre como medio y no como fin en sí mismo. Sin embargo, es claro que el planteamiento no debe descartarse completamente sino que debe tomarse de él lo que no

contradiga los presupuestos del Estado social y demoliberal de Derecho y en consonancia con el resto de las funciones del Derecho Penal.

Abordando la perspectiva política del análisis, el autor valora algunas ideas en relación a dos sistemas políticos, a saber: Liberalismo y Comunitarismo, a fin de perfilar una postura en relación a las ideas sobre las que se debe exigir la fundamentación de un Derecho Penal liberal.

En relación al liberalismo político, en el que se exalta la libertad individual, refiere que a dicha libertad debe dársele una lectura tanto desde una concepción positiva como desde una concepción negativa. En relación a esta última, se señala que el sujeto es libre de hacer todo cuanto sea capaz y la limitación a esta libertad sólo puede venir por la necesidad de proteger intereses de terceros. Por ello en esta perspectiva de la libertad se priorizan los derechos de los individuos separando en el ámbito de lo jurídico, derecho y moral.

La libertad positiva refiere en cambio, los orígenes del control. Si se ha afirmado que en el marco del liberalismo el sujeto es libre, debe reconocerse que dicha libertad se revierte en autonomía, incluso en el plano legislativo. De manera tal que con base en el raciocinio, el propio individuo establecerá formas de control en busca del principio de justicia mediante acuerdos donde intervengan todos. De esta forma, el contrato social representa la figura de convenio colectivo que recoge las voluntades de todos, establece las reglas del juego social en la interacción con los demás y se convierte en la fuente de legitimidad del Estado y por ende, del control.

En este sentido, para establecer criterios de igualdad, se parte del hecho que todos los sujetos cuentan con las mismas capacidades y que existen para todos iguales circunstancias externas. Dos de las capacidades de los sujetos que se

resaltan en esta concepción -siguiendo a Rawls- son la racionalidad y la razonabilidad. Lo racional: capacidad de orientarse racionalmente al bien. Lo razonable: capacidad de reconocer términos equitativos de cooperación social.

En el comunitarismo, en cambio, el sujeto moral está completamente arraigado y determinado por el entorno social de donde extrae su identidad y sus valores, los cuales al serle dados deben internalizarse. La comunidad define al sujeto.

Ahora bien, el autor entra a valorar lo pertinente al *concepto de persona* en cada una de estas propuestas políticas. En el marco del liberalismo el sujeto es titular de sus derechos, legisla en función de preservar intereses de terceros, de manera que el Estado está al servicio del sujeto que hace prevalecer lo razonable como la capacidad de buscar los términos de lo equitativo. Allí nace el Derecho Penal como una forma de control que al mismo tiempo respeta los espacios del individuo.

En el comunitarismo, el sujeto es en función del todo y tanto sus deberes como sus derechos se moldean en función de las necesidades colectivas, por tanto, el sólo interés de los terceros no es suficiente para generar criterios de control. Se requiere además, la adhesión al bien común, a lo bueno, a lo justo; por lo que la legitimidad del Estado pasa por prolongar o extender la moral privada hacia la moral pública. En este modelo, el Derecho Penal exige obediencia a priori, es decir, sin entrar a valorar sus contenidos, pues el delito no lesiona intereses ajenos, sino que violenta o vulnera la fidelidad que debe guardarse frente al orden de la comunidad y los valores que se expresan en la norma son impuestos, al igual que ellas, por razones de tradición y de identidad colectiva. El derecho no resulta de un diálogo entre los intervinientes, es impuesto, por tanto el poder del Estado es ilimitado, estando facultado para hacer cuanto precise necesario en aras de la obtención del bien común.

Ahora bien, retomando el planteamiento de Rawls en cuanto a reconocer en las personas las cualidades de racionales y razonables, debe advertirse que es preciso hacer énfasis en lo razonable como la capacidad de buscar espacios para el consenso y la interacción. Obviamente, se parte de un ser racional que no se detiene en metas de corto plazo, que prevé en función de intereses ulteriores y que identifica la estructura funcional del Estado al servicio de sus intereses, de manera pues que lo entiende como un medio para la obtención de fines propuestos y buscados en el marco de estos espacios de interacción. Lo razonable como la cooperación que procura el entendimiento en aras de un mayor grado de estabilidad social, se traducirá finalmente en el área penal, en procurar el diseño de medios coactivos que logren motivar a comportamientos conforme a la norma a quienes no lo asuman así de forma voluntaria.

De seguidas, el autor analiza los fines del Derecho Penal en el marco del liberalismo político. En tal sentido, al retomar las perspectivas ético-social y la perspectiva integracionista, se observa que en ambas, la sociedad es vista como un todo orgánico unido en torno a valores en el que las normas no son obedecidas por influencia externa, sino porque existe un alto grado de identidad entre los valores que ellas recogen y los valores del individuo, de manera tal que al no observarlas el sujeto está siendo infiel a sus propios valores. Desde estas perspectivas el delito es visto como algo socialmente necesario a fin de generar procesos de identificación colectiva que a su vez implica la exclusión del “infiel” y su reafirmación como extraño. En esta propuesta, el delito tiene una profunda carga moral que degenera en violencia social que amerita ser aplacada con crecientes niveles de violencia estatal. Ambas perspectivas prevencionistas apuntan a la internalización de los valores que se plasman en la norma jurídica.

De todo ello se deduce que si mis valores como individuo están determinados por el todo social y el Estado está obligado a exigirme fidelidad frente a estos valores, significa que desde la perspectiva pública y privada se produce una flagrante violación a la autonomía del sujeto, cuyos intereses están supeditados a la búsqueda del bien común para la totalidad, lo que se traduce en una contradicción con los principios que rigen el Derecho Penal Liberal.

Ahora bien, para referirse al Derecho Penal Liberal el autor parte de los dos modelos políticos analizados: Liberalismo y Comunitarismo y dentro de ellos tiene en cuenta los dos fines del Derecho Penal históricamente reconocidos. Para lo cual propone soluciones de conflicto y soluciones de síntesis. Las primeras plantean soluciones en el marco de la idea de que la prevención no tiene en sí misma su propia limitación y las segundas lo hacen desde la idea de que sí la tiene. En el comunitarismo (utilitarismo) se exalta la racionalidad en busca de fines (teleológica) que a partir de acuerdos subjetivos pretende la satisfacción de determinados resultados, generando un espacio de legitimidad instrumental orientada en función de los resultados obtenidos en el marco del fin propuesto. En esta concepción prevenir significa, satisfacer el resultado que beneficie al mayor número, pues en el conflicto entre intereses sociales e individuales debe prevalecer el interés social que representa al mayor número. Esto da lugar a soluciones de síntesis en las que la prevención general tiene en sí misma su propia limitación, de manera tal que ella es capaz de autodefinir los límites de sus espacios de intervención.

Por su parte el liberalismo, a partir del reconocimiento de derechos, hace prevalecer la racionalidad desde el deber ser (deontológica), la cual basada en acuerdos inter-subjetivos da lugar a la legitimidad valorativa -no dependiente de los resultados planteados- que deviene en el reconocimiento de garantías para todos los individuos, incluidos los delincuentes.

Ahora bien, ¿Cómo conciliar ambas posturas: prevención y garantías? Para ello el autor expone dos formas distintas de interacción de estas dos nociones en el marco de la prevención general positiva. De una parte, la *fundamentación* y de otra parte la *compatibilidad*. Se trata de dos niveles de análisis en los que se pretende averiguar si la culpabilidad se *fundamenta* en criterios preventivos o si su existencia es *compatible* con ellos.

En el caso de la *fundamentación* las garantías no tienen un contenido deontológico y -según el criterio de Jakobs- es posible adecuar la noción de justicia en función de lo que se debe procurar cumplir en un momento determinado, es decir, del fin específico diseñado según los intereses. Esto podría traducirse en la posibilidad de aplicar penas a los inimputables para hacer retornar la estabilidad social perdida con la comisión de delitos. Por su parte, en la *compatibilidad* se entiende que no hay divorcio entre la culpabilidad y la prevención porque las garantías se corresponden con la idea social de justicia, de manera tal que las penas que excedan –o en alguna medida no se correspondan con- el ideal de justicia no puedan ser socialmente asumidas. Las penas que responden a criterios de venganza, logran estabilizar el todo social sólo momentáneamente. Por ello, las garantías no pueden sostenerse en consideraciones preventivas sino sólo en la idea de justicia, de lo contrario estarían siendo objeto de un proceso de instrumentalización.

La primera conclusión a obtener acá es que las soluciones que proponen que la prevención tiene en sí misma su propia limitación -soluciones de síntesis- terminan por servir a las necesidades propias de un momento específico, descuidando las garantías en su sentido sustancial o material así como los derechos de los individuos. Por su parte las soluciones de conflicto se plantean a partir de la distinción de la pena como una institución social y como un acto

concreto de imposición. La concepción en la que se ve la pena como una institución social se identifica con el utilitarismo, toda vez que, como todas las instituciones de carácter social, deben estar al servicio del Estado. La concepción de la pena como un acto de imposición de la sanción al sujeto, se identifica con los criterios propios de la retribución, teniendo presente la necesidad real que haya de prevenir, a fin de que la pena no sea una pena ilegítima.

No existe en la realidad tal separación entre ambos criterios porque tanto en la consideración de la pena como una institución social como en la consideración de la pena vista en el momento de su aplicación, se requiere de las dos finalidades del Derecho Penal (retribución-prevención). Solamente teniendo en cuenta la prevención como fin se está dejando por fuera la protección del delincuente que es también parte de los fines del Derecho Penal.

Limitar el poder punitivo del Estado no puede ser un propósito fundado exclusivamente en el utilitarismo porque el utilitarismo atiende sólo a fines y no hay garantía de que tales fines observen derechos y garantías reconocidos a los individuos. De manera tal que para exceder los límites del simple fin es necesario tener en cuenta el deber ser que está orientado en función de garantías y derechos de los ciudadanos. Así, tal limitación vendría sólo por la vía del deber ser, es decir, desde fuera, desde la noción de justicia. Por esta razón, el problema debe analizarse desde los dos aspectos protectores del Derecho Penal. La protección enfocada a las víctimas y a los delincuentes. Frente a ello lo racional en el caso de las víctimas sería: El Derecho Penal debe proteger mis bienes, mis intereses. Y para el caso de los delincuentes lo racional sería: El Derecho Penal no debería existir. En tanto cada grupo presenta intereses contrapuestos se mantendrá latente la tensión prevención-garantía. En este punto se apela nuevamente a lo razonable, que con base en el acuerdo

contractual, indicará que el Derecho Penal debe servir tanto al fin preventivo de acciones lesivas como a la protección del ciudadano (delincuente) en la imposición de una sanción.

Se parte entonces de la idea de que el Derecho Penal liberal prioriza la libertad individual, lo que significa que debe orientar sus fines sólo en razón de las garantías protectoras de los derechos de los ciudadanos.

De manera pues que la prevención no puede llevarse hasta límites que desconozcan tales garantías, por lo que la labor del Derecho Penal también debe reconocerse en la limitación al poder coactivo del Estado. En este orden de ideas, el primer nivel de análisis del autor se orienta hacia la fundamentación de las normas penales, aspecto en el cual debe recordarse que en la teoría liberal el Derecho es producto de la interacción subjetiva de los individuos, lo que conlleva a su reconocimiento por todos. Esto pasa por dar a la fórmula “bien jurídico” un contenido que también sea producto del acuerdo inter-subjetivo. Hacer este señalamiento implica abordar el hecho de que la norma sea efectivamente acatada, pues una norma limitadora de los espacios del ciudadano no tendría problema en ser efectivamente observada si su origen es reconocido en las propias necesidades concienzudamente seleccionadas por parte de éste, lo cual deviene en mayor estabilidad social. Aquí se perfila el concepto de bien jurídico como un concepto sustancial de naturaleza deontológica y, por tanto, limitador de la acción coactiva del Estado.

Un segundo nivel de análisis reposa en el concepto de persona. Para el liberalismo y para el comunitarismo el concepto de persona tiene enfoques distintos. En éste, la persona es asociada a la noción sociológica caracterizada por lo “empírico”; en el liberalismo, en cambio, lo que se privilegia es el carácter racional y razonable del individuo capaz de interactuar con sus semejantes,

establecer acuerdos y cumplirlos en los términos establecidos, lo que implica atender a la condición política del ser humano caracterizada por lo “normativo”.

La lógica indica que es éste el concepto de persona válido y viable para el Derecho Penal liberal. Una noción de persona impregnada del carácter normativo permite espacios para los derechos, los deberes y la responsabilidad resultante en caso de falta a éstos.

Retomando entonces las distintas perspectivas en las que puede leerse la prevención, se tiene lo siguiente: En la perspectiva prevencionista ético-social al igual que en la integracionista, prima la obediencia a priori del Derecho; en la perspectiva prevencionista intimidatoria prima el carácter racional -egoista- del sujeto, por lo que la obediencia viene por vía externa; y finalmente en la perspectiva proteccionista de la vigencia de la norma se exalta el carácter razonable del sujeto que busca reducir la naturaleza coactiva del derecho al mínimo espacio de la reafirmación de la vigencia de la norma.

Ciertamente el Derecho Penal no puede privilegiar ni el uno ni el otro aspecto, sino muy por el contrario tenerlos en cuenta a ambos (fáctico-valorativo) dentro del mayor nivel de equilibrio posible. Tanto lo racional como lo razonable se conjugan de forma equilibrada en el “homo politicus” que se transforma en un ente cooperador que entiende la correlación que existe entre el respeto a las normas limitadoras de su libertad y el beneficio social y personal que esto le reporta, todo ello aunado al hecho de que por ser creadores originarios de las normas se “confía” en que todos por igual las reconocerán como propias y las respetarán.

La razón entonces por la que se acatan las normas, reside en el convencimiento racional de que el respeto a éstas se traduce en la situación que reporta mayores beneficios para todos sin desconocerles en su condición de individuos cuyos derechos han sido reconocidos por lo que el hombre racional procurará maximizar su libertad, sin embargo esta maximización no debe venir sino por vía razonable, reconociendo en el diálogo y la cooperación instrumentos eficaces para llegar a ello. A su vez, esto está condicionado a que el legislador reconozca el principio de justicia; los jueces rindan respeto a los principios y garantías y los ciudadanos hagan lo propio con las normas.

El tercer nivel de análisis se ubica en las razones que se tienen para respetar las normas y el problema de la estabilidad. El concepto de cooperación antes señalado genera confianza en la expectativa de que el resto de los ciudadanos respetarán las normas. Cooperación y confianza interactúan para generar estabilidad social desde lo razonable. Sin embargo, es preciso resaltar que la cooperación debe generalizarse de tal manera que se cree el sentimiento de que *“todos respetarán las normas”* y se construya desde una voluntad colectiva el ambiente de confianza de que esto efectivamente sucederá.

Un cuarto nivel de análisis se ubica en el fin del Derecho Penal como protector de la vigencia de la norma. Acá debe reconocerse que según la caracterización de las sociedades modernas, en virtud del anonimato y la incertidumbre que rige las relaciones interpersonales, se llega a atentar directamente contra la posibilidad de crear un ambiente en el que todos efectivamente respetarán las expectativas normativas, generando un clima de confianza generalizado. Para ello se requiere de un orden coercitivo que reconoce, primeramente, en la génesis del orden social a la cooperación, mediante la cual se genera un beneficio común que se obtiene respetando por igual los intereses de todos. En tal sentido, en la idea de que mediante acuerdos inter-subjetivos, los sujetos

devienen en auto-legisladores, la obediencia a la norma no es más que la autoreafirmación en la protección del interés personal.

En una segunda instancia, lo racional del sujeto exige que todos los ciudadanos respeten las normas, lo que se logra mediante un sistema centralizado de organización. Así, el Derecho Penal sólo garantizará que los demás respetarán las normas si al mismo tiempo yo, como parte del colectivo, estoy conciente de que la norma es capaz de motivar a los demás en el hecho de evitar conductas que vulneren tales expectativas normativas.

En una tercera instancia, la desconfianza en el respeto a las expectativas normativas se sustituye por la confianza institucional y de allí se llega a un mecanismo idóneo por el que se imponen medios que contrarresten la lesividad de la ausencia de confianza en las expectativas normativas recayendo sobre quienes deciden no cooperar.

Ahora bien ¿Hacia dónde deben apuntar los fines preventivos del Derecho Penal, a los bienes jurídicos o a la vigencia de la norma? El fin de protección de la vigencia de la norma se constituye en una expresión autoreferente del Derecho, en la que el sujeto normativo se reafirma a sí mismo, sin posibilidad de referencias externas. De otra parte, es un fin legítimo del Derecho Penal el mantener vigente en los ciudadanos la seguridad de que sus derechos no serán vulnerados, pero al mismo tiempo, le corresponde velar por el contenido sobre el que versan dichas expectativas, es decir, los bienes jurídicos. Se establecen normas para preservar mínimas condiciones de libertad y de generar estados de confianza, sin embargo, más allá de ello es un hecho cierto que, a pesar de tal estado de confianza, la norma es efectivamente vulnerada, de manera que el hecho de generar tal confianza se sostiene sólo en una creencia, que no es más que una falsa sensación social de seguridad. En cambio, al apuntar la protección

del Derecho Penal hacia los bienes jurídicos, se estaría protegiendo igualmente la vigencia de la norma, pues lo que en el fondo se quiere es que la norma sea efectiva y no ficticiamente respetada. Al llevar el sentido protector de la norma hasta el bien jurídico se llega hasta el contenido sustancial de la norma cuya vigencia queda garantizada porque el individuo la respetará en la medida en que ello implica respetar sus propios intereses seleccionados previamente en acuerdos inter-subjetivos.

Es por ello que para proteger efectivamente la vigencia de la norma debe acentuarse la atención en la protección de los bienes jurídicos. Al proteger la vigencia de la norma se persigue una expectativa social que puede llegar a tener cualquier contenido mediante el cual de todos modos no se garantiza tal protección porque igualmente las normas son vulneradas, por lo que dicho fin protector se convierte en tecnocrático –hacer creer que existe real seguridad en que la norma no será violentada-. El fin del Derecho Penal no puede sostenerse sobre ficciones e irrealidades, ciertamente el Estado social y democrático de derecho y de justicia, respetuoso de la condición humana y los derechos a ella inherentes, precisa tener como referente fáctico el ser humano y la realidad concreta que lo rodee.

El fin tecnocrático de crear expectativas no sólo muestra un carácter instrumental que se identifica con la obtención de determinados resultados momentáneos que pretenden hacer sentir al mayor número un cierto grado de satisfacción social, sino que tampoco respeta la condición humana, toda vez que la desvincula de la realidad falseando la verdad de lo que sucede y generando la ficción de que se participa en procesos inter-subjetivos que pretenden beneficiar al colectivo. ¿Cómo explica el fin de protección de la norma que ésta sea a cada momento vulnerada? No hay una respuesta a esta pregunta. El hecho de que la norma sea efectivamente vulnerada, se traduce en la inconsistencia

del sistema, que no es capaz de generar seguridad jurídica, porque a cada instante los ciudadanos presencian la violación de la norma.

Tal y como puede observarse, el autor se va adentrando con impecable nivel científico y progresiva intensidad, en un análisis exhaustivo de naturaleza comparativa, tanto de las funciones tradicionales como de las contemporáneas del Derecho Penal, en el marco de los dos modelos políticos que las sostienen, reconociendo en cada uno virtudes y desaciertos que permitan ir acercando una conclusión no sólo justificada sino también axiológicamente argumentada.

En la estructura de fondo de esta investigación se percibe un planteamiento de orientación antropocéntrica que supone el respeto a la condición humana como noción subyacente a la finalidad del Derecho Penal. Esto resulta apenas natural si se entiende que la naturaleza de las sanciones penales es profundamente agresiva a la condición del ser humano, razón suficiente para que de ella siempre se deba predicar una justificación cónsona con el hombre y los derechos que le han sido universalmente reconocidos. El autor muestra en detalle cómo el concepto preventivo no sólo debe atender a la obtención de un fin, sino que dicho fin debe guardar conexión con conceptos mucho más trascendentales que el propio concepto de fin, a saber, justicia, hombre, derechos, garantías, entre otros. De manera tal, que la legitimación de los fines del Derecho Penal viene por vía del elemento deontológico que caracteriza el respeto a los derechos y las garantías, conceptos que funcionan como limitadores en la actividad punitiva del Estado.

Si por garantía se entiende la expresión sintética del reconocimiento de derechos en el marco de un determinado modelo político, teniendo en cuenta un específico concepto de persona y en función de lo que se pretende obtener con la implementación de un determinado sistema de Derecho Penal, y por

prevención se entiende una forma de restricción institucional de los derechos del ciudadano en función de un planteamiento deontológico más no simplemente teleológico y en el marco de un sistema político que atiende a dicho planteamiento deontológico, se observa que la prevención obedece a la forma y la garantía al contenido. Sin embargo, para que tal forma sea legítimamente reconocida está obligada a tener en cuenta el contenido de la garantía. Uno y otro concepto son distintos desde el punto de vista ontológico, razón suficiente para hacer descansar la conciliación o el equilibrio entre ambos, en un concepto no tangencial, pasajero ni utilitario, sino en una noción que tome el fondo del asunto como propuesta metodológica al mismo tiempo que como propuesta de contenido, de manera que al final la conclusión esté determinada no sólo por la materia que aborda sino también por la forma en la que a ella se accedió.

Sólo se puede garantizar en razón del respeto que se dispensa al beneficiario de la garantía, en este caso, porque se parte de un concepto de “persona humana” como un fin en sí mismo, lo que constituye desde una primera etapa del análisis un condicionante para los términos de dicho análisis. Esto es justamente lo que sucede con el funcionamiento del Estado en el marco de un sistema político que se autodefine como social, democrático, de derecho y de justicia; sistema al que por tales características corresponde un Derecho Penal de naturaleza liberal, mutualidad en la que se evidencia claramente la relación de interconexión entre el sistema político y el sistema jurídico-penal de un país.

Sólo a partir del concepto de persona planteado por el liberalismo se puede llegar a pensar en un Estado respetuoso de derechos y garantías. Un modelo político en el que las propias características del sujeto le permiten reconocer en las normas, puntuales limitaciones a sus espacios, pero al mismo tiempo le permiten reconocer la posibilidad real y concreta de mejores condiciones de

convivencia, es un modelo político que privilegia al sujeto en su máxima expresión como titular de derechos y garantías.

Por esta razón queda claramente explicado que el Derecho Penal no puede conformarse sólo con una legitimidad instrumental, sino que exige además una legitimidad valorativa en la que se muestra el contenido deontológico que limita el fin que se pretende obtener. Por ello, si tal fin termina por desconocer dicho contenido deontológico, el inmediato e irreversible efecto será la deslegitimación del Derecho Penal y, por consiguiente, la de su instrumento de trabajo más contundente, la pena. De esta manera el autor muestra en todo el desarrollo de su obra, la unidad dialéctica y sistemática que debe reflejar la relación entre prevención, sistema político y política criminal.

Finalmente el autor concluye, identificando la protección de bienes jurídicos con el único fin posible del Derecho Penal liberal, toda vez que se trata de un concepto de naturaleza sustancial, cónsono con los intereses del ser humano y que evita su instrumentalización o la falsificación de la realidad en aras a la obtención de un fin determinado. Se supedita así, la obtención de un fin al contenido sustancial que subyace a las nociones de derechos y garantías. De forma magistral demuestra el autor en esta obra no sólo la conexión interrelacional entre el Derecho Penal y el sistema político sino las razones por las que el fin Derecho Penal debe concebirse desde una perspectiva deontológica, lo que pasa por señalar que no todo sistema político tiene con qué sostener un Derecho Penal Liberal.

En mi opinión personal estimo como obligatoria la lectura de este texto tanto a nivel de pre-grado como de post-grado, dada la pulcritud con que se aborda el tema y en la seguridad de que las expectativas e inquietudes planteadas por el lector quedarían en mucho, sino en todo, colmadas.

