

# LA ESTABILIZACIÓN SOCIAL EN LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA: APUNTES CRÍTICOS

Admaldo Cesário dos Santos<sup>1</sup>

## Introducción

Un de los problemas inquietantes del fenómeno jurídico penal reside en la *función social* por la que la pena y el derecho penal deben limitarse. Además de los problemas que implican a otras teorías penales, la prevención general positiva — en cuyo papel reside el gran peligro de vislumbrar el derecho penal por una óptica estrictamente neutral y ajena a las necesidades y avances del actual mundo globalizado — nos causa grandes cuestionamientos, sobre todo cuando se intenta de circunscribir el fenómeno punitivo a una orden simplemente normativa, frente a los nuevos reclamos sociales.

### 1. Jakobs y la Prevención General Positiva: ¿un Derecho Autorreferente?

La concepción de derecho diseñada por Jakobs — al igual que Luhmann — parte de una radical separación entre el derecho y la moral, por comprender el fenómeno jurídico como ajeno a las demás instancias de control social.

Bajo la óptica sistémica de estos dos autores, la política puede incluso ejercer su importancia en la sociedad, sin, no obstante, poder ser incorporada al derecho, por ser el derecho positivo un elemento autorreferente y auto reproductivo, capaz de equilibrar por su fuerza sus propios conflictos, independientemente de los demás subsistemas sociales. Es en estos sentidos que la Teoría de la Prevención General Positiva se consolida.

En la perspectiva de la mencionada teoría, el delito no es más que un ejemplo de desorden insoportable, puesto desorientar aquellos ciudadanos que son capaces de tener en cuenta las reglas básicas de convivencia. Por lo tanto, según ella, la imposición de la pena es capaz de reafirmar el ordenamiento, impidiendo que este se rompa como consecuencia del delito.

---

<sup>1</sup> Doctorando y Máster en Ciencias Jurídico-Criminales (Universidad de Lisboa/Portugal). De la *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP/Paris-France). De la *Fundación Internacional de Ciencias Penales* (Madrid/España). Profesor de Derecho Penal (Grado y Posgrado) en Brasil. Abogado.

Mismo cuando se ataca la norma, la imposición de la pena tiene la fuerza de promover el afianzamiento en el ordenamiento jurídico, sirviendo para restablecer la confianza de la población en las instituciones.

Aquí, el Estado, al imponer una pena, restablece la lesión que el autor elaboró con su hecho — en este caso, no se habla en lesión en un acepción fáctica, concreta, comprendida en el plano real, sino una lesión de valores<sup>2</sup>.

El objetivo de esta mencionada teoría reside en el propósito de infundir en la conciencia de la sociedad la necesidad de respeto a ciertos valores. Es una prevención general intimidatoria que afecta a todos; incluso aquellos que no son delincuentes potenciales. Tiene por intento fortalecer la conciencia del deber de obediencia a la norma. Es decir, se aplica la pena para advertir a la sociedad que existe la norma y que, a todo costo, debe ser obedecida.

Por lo tanto, sirve para reforzar la confianza de la comunidad en la fuerza de la vigencia de la norma<sup>3</sup>, en el sentido de que el ordenamiento jurídico penal se hace necesario como un instrumento capaz a la inquebrantabilidad del orden jurídico.

## 2. La Nuestra Crítica

En nuestra visión, tenemos nuestras reservas en relación con aquello que la teoría de la prevención general positiva aboga. Hay varios factores que deben ser observados, principalmente cuando se trata de elementos inherentes a la aplicación de un sistema punitivo de bases convincentes, a ser observados por los actuales problemas experimentados en la sociedad, y que requiere una orden punitiva justa y racional.

La crítica que hicimos sobre la dicha teoría se encuentra en el primer fundamento penal: la protección de los bienes jurídicos. A pena, en esta teoría, no se vuelve a la protección de bienes jurídicos esenciales a la preservación de la sociedad, porque el bien jurídico a ser tutelado es la propia norma<sup>4</sup> penal impuesta por el Estado — fría e inerte, desterrando no sólo los

---

<sup>2</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, Tercera edición, Madrid, Dykinson, 2002, p. 95.

<sup>3</sup> “[...] misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.” (Cfr. JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1995, pp. 12 y ss.).

<sup>4</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *La Influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La Defensa del Modelo Ideológico Neoliberal en las Teorías Funcionalistas y en el Discurso Ético de Habermas Sobre Selección de los Intereses Penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 105-106.

valores, sino también toda y cualquier política criminal que pueda servir de base para mejorar el sistema<sup>5</sup>.

Además, su objetivo primordial reside en reforzar la confianza del ciudadano en las instituciones, como si la presencia de la norma, por sí misma, fuese capaz de garantizar una sociedad perfecta.

Obsérvese que el control social es de suma importancia para la vida social. Sin embargo, la norma penal, el sistema político penal, o el derecho penal en su totalidad, como factores de control social, sólo tienen sentido si conectados y considerados como una continuación de un conjunto de instituciones sociales, sea pública o privada (familia, escuela, trabajo, etc.), cuyas tareas consisten en socializar y educar para la convivencia entre los individuos, a través de un aprendizaje de ciertos padrones de comportamiento que forman parte de este conjunto de instituciones; y no solamente de la norma penal.

Prescindir de este conjunto de instituciones sociales a la regulación de la sociedad — creyendo que la norma penal, por sí misma, pueda conducir ese control — parece ilógico e irracional. Después de todo, las normas penales por sí solas, son insuficientes y débiles para mantener el sistema de valores en que se asienta la sociedad.

Por otra parte, con fundamento en la enseñanza de Feijoo Sánchez<sup>6</sup>, somos obligados a aseverar que la conminación de una norma o incluso la imposición de penas, no puede mantener ciertos niveles necesarios de confianza si no hay una orden normativa que se gane un mínimo de reconocimiento. Y más: no se puede desarrollar una dinámica preventiva en cualquier sistema social o Estado formado con la independencia de las profundas bases de su legitimidad.

Pensar diferente es equivalente a cogitar el derecho penal como un instrumento meramente sancionatorio, a basarse en una cruda represión abierta; lo que contradice su función social — sobre todo si quisiéramos contemplarlo como expresión garantista en el Estado Social y Democrático.

El segundo fundamento a ser rechazado es la aceptación acrítica del sistema social en que se vive — que se intenta mantener a todo costo — en desacuerdo con las causas sociales de los conflictos, sin tratar de criticar o transformar el injusto sistema punitivo envolvente.

Aquí, ya no más se trata de entender los factores etiológicos sociales de la criminalidad en sus más variadas gamas, sino asegurar ser bastante la figura de la pena como objeto de reafirmación institucional, como si el subsistema jurídico penal pudiese sobrepujar a los otros subsistemas de control.

---

<sup>5</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F/Julio César Faira, 2007, pp. 502-503.

<sup>6</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Op. cit.*, pp. 522 y ss.

### 3. Conclusiones

Es imperativo, *in casu*, llevar en consideración el valor real que debe ejercer la figura de la política criminal. Sin ella, la elaboración de la ley y la imposición de la norma de nada valdrán. No se debe olvidar el dato de que la criminalidad se acumula en ciertas áreas de la sociedad, demostrando que existen causas o desigualdades sociales en el origen de un cierto tipo de delincuencia. Y, en los casos extremos de la exclusión social, la política criminal — como sinónimo de política social preventiva y eficaz — y no la política penal (léase: ¡política de represión!) debe ser uno de los instrumentos de solución de conflictos; hasta porque la falta de políticas sociales no poder ser compensada simplemente por la pena, tan poco por el derecho penal, como opinan los neoliberales de la sociedad globalizada.

Otro punto clave sobre el que deberá ocuparse la crítica de la Teoría de la Prevención General Positiva reside en el elemento de Culpabilidad. Jakobs, *v. g.* — para quién el propósito que orienta y determina la culpa es la estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbado por el acto criminal — defiende que el objeto de valoración de la culpa no reside en el *poder actuar de otro modo del agente*; de este modo, pasando a la construcción de un juicio de culpa reducido a un fenómeno totalmente normativo. Es decir, la capacidad real del agente ya no más aparece en la base del juicio de culpa.

Es con base en ese prisma que el mismo profesor alemán — en nuestra opinión, de manera peligrosa — aboga la posibilidad de un amplio adelanto de la intervención penal para castigar hechos cometidos antes de la lesión a cualquier bien jurídico — para él, bien jurídico es solamente la norma penal — siempre cuando el supuesto infractor se presentar, en una manera duradera, como un violador potencial de las expectativas cognitivas de comportamiento normativo — en este caso debiendo ser castigado como "*enemigos*"<sup>7</sup>. Esta tesis, de nuestra parte, debe ser de todo rechazada, justamente por constituir oportunidad a un derecho penal del autor, en total afrenta a un derecho penal del hecho — que se basa en la consideración de la culpabilidad — como garantía que debe ser del Estado de Derecho Democrático.

### Bibliografía:

---

<sup>7</sup> Cfr. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda edición, Madrid, Thompson/Civitas, 2006, pp. 47/55.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, Madrid, Dykinson, 2002

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F/Julio César Faira, 2007

JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1995

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda edición, Madrid, Thompson/Civitas, 2006

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *La Influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La Defensa del Modelo Ideológico Neoliberal en las Teorías Funcionalistas y en el Discurso Ético de Habermas Sobre Selección de los Intereses Penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *Los Excesos del Formalismo Jurídico Neofuncionalista en el Normativismo del Derecho Penal*, en *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los Nuevos Modelos Penales*, Barcelona, Universidad Internacional de Andalucía/AKAL, 2005

PRITTWITZ, Cornelius: *Derecho Penal del Enemigo: ¿ Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal? en: La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004