

Doctrina

FORMACIÓN Y RETRIBUCIÓN EN EL DERECHO PENAL

por HANS-ULRICH ECKERT*

I. Posibilidades de intervención educativa en el terreno criminal

1. LA OPOSICIÓN ESTRUCTURAL ENTRE DERECHO PENAL Y FORMACIÓN

Anteriormente, el tratamiento de conductas criminales desviadas era tenido como una materia propia del derecho penal, y aún hoy pertenece en sus aspectos centrales a la función de control del derecho penal. Esta vinculación estrecha el ámbito de la gestación de sanciones, porque el derecho penal se refiere al individuo de modo muy específico. Como protector de bienes jurídicos y como derecho de protección de la paz interior, funciona típicamente de modo distinto de la orientación personal-formativa del derecho asistencial de menores, por ejemplo. El derecho penal destaca —en principio y por sobre todas las cosas— la violación del derecho, mientras que el derecho educativo abre el camino al análisis de las características individuales del comportamiento humano. El destacado contorno del delito ilumina el acontecimiento particular, abstrayéndolo de la complejidad de sus circunstancias personales, y, por así decirlo, lo amplía como un retrato, y hace de la desviación singular el verdadero objeto del proceso. Coloca entonces la tipicidad del suceso en el punto central de su análisis. Las secuencias del comportamiento son explicadas aquí, en principio, como realización del ilícito penal; por ello su capacidad de expresión de circunstancias personales aparece más tarde y en forma lateral.

El derecho penal enfoca entonces su perspectiva a partir de la norma, y puesto que es, en principio, conducta interpretada, y sobre todo interpretada desde el punto de vista de la tipicidad, que abarca con la mayor precisión posible el ámbito de la protección de bienes jurídicos, resulta que carece de sensibilidad para las particularidades del comportamiento del autor. En este sentido, sus propuestas y construcciones son impersonales, al contrario de la formación, que se orienta directamente por las particularidades individuales, y cuyo ámbito de intervención se dirige, en principio, al plano del comporta-

* Del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad de Colonia, Alemania Federal. Traducción de Carlos A. Elbert.

El presente trabajo ha sido publicado también en la Revista *Doctrina Penal*, de Buenos Aires, núm. 17, enero-marzo de 1982.

miento identificado, a partir del cual debe ser deducida en cada caso la definición de violación de las normas, en la medida en que se desee desplegar la técnica del control de comportamiento. La interpretación formativa concibe a la violación de la norma como un acontecimiento personal; *a contrario sensu*, juzga la norma de derecho penal desde el punto de vista del comportamiento. Para descripciones de tipo jurídico de las intervenciones que le competen, utiliza casi exclusivamente formulaciones generales, a las más frecuentes de las cuales pertenece el concepto de "abandono", con el cual, en el § 64-1 de la ley de bienestar juvenil¹, se comprende en forma muy general el trascurso deficitario, en muchos sentidos, de la preparación educativa o formación. O también el caso de la palabra "bienestar infantil", contra cuya exposición al peligro el § 1666-1 del Código Civil² prevé disposiciones de la justicia tutelar, también de modo muy sumario. Estas características borran la frontera entre las regulaciones generales y la referencia concreta, llegando ocasionalmente hasta la irreconocibilidad, dejando tanto más espacio para la decisión en los procesos particulares cuanto menos exactitud tengan.

2. INTERFERENCIAS EN EL INSTITUTO DE LA PENA

A pesar de la diferente estructura de los tratamientos que aplican, ambas estrategias de control (derecho penal y pedagogía) se interfieren bastante en sus zonas limítrofes. Así, por ejemplo, la aplicación de diversas sanciones (penas) es tenida por la pedagogía como importante instrumento práctico para la educación, pese a las reservas contra su aplicación excesiva o indiscriminada. Algunos, partiendo de concepciones morales, toman partido decididamente por la pena³, mientras que otros se encuentran casi violentados ante ella, preocupándose solo por limitar su ámbito de aplicación⁴; a menudo, es expresamente

recalcada la excepcionalidad de la pena en el repertorio pedagógico⁵; y por último, es muy raro encontrar quien se niegue de plano a la necesidad de aplicación de penas⁶. Al contrario, el derecho penal ha atraído siempre aplicaciones educativas, y también el derecho actual regula el apoyo a la personalidad del autor ampliamente, con elocuentes acentos. Esto es válido tanto para lo referente a la ejecución de penas privativas de libertad, cuyas metas generales están claramente prescritas en el § 2 de la ley de ejecución penal⁷, como para los correspondientes reglamentos administrativos federales unificados para la ejecución de penas juveniles, de enero de 1977, que remiten claramente a la superación de deficiencias del desarrollo personal. Ya en el ámbito de la medición de la pena, los principios social preventivos pueden ganar influencia sobre la aplicación de la pena⁸.

Evidentemente, se parte de que la educación y la pena se pueden intercambiar en cierta medida, pero las fronteras de tal intercambiabilidad son muy inseguras, y con la sola aplicación del vocabulario pedagógico no se ha ganado en todo caso nada, porque el peligro de reacciones de rechazo está a la vista. Frente a cada pedagogización del derecho penal tenemos que formularnos la pregunta respecto de si su función de control puede ser tan cargada con elementos educativos, como para reemplazar *el mecanismo penal mediante ejemplos educativos*, o por lo menos recargarlo con ellos tanto como se desee.

⁵ O. DÜRR, *Autorität, Vorbild, Strafe. Hindernisse neuzeitlichen Erziehens?*, 1970, pág. 91; F. PÖGGELER, *Pädagogische Krisensituation in der Familie*, en Willmann-Institut, ob. cit., 1967, pág. 78; A. REBLE, *Das Problem der Strafe in der Erziehung*; en el mismo editor, *Das Strafrecht in Beispielen*, 1964, pág. 120; F. SCHLEIERMACHER, *Pädagogische Schriften*, 3ª ed., 1902, pág. 533; F. PAULSEN, impreso en E. ELL, *Disziplin in der Schule*, 1966, pág. 128.

⁶ Sin embargo, así en H. NETZER, *Erziehungslehre*, 9ª ed., 1968, págs. 108 y ss.; el mismo autor, *Die Strafe in der Erziehung*, 3ª ed., 1962; A. S. NEILL, *Theorie und Praxis der antiautoritären Erziehung*, 1970, pág. 167; H. ZULLIGER, *Helfen statt Strafen* (1956), 1971, pág. 119, y en otros lugares; H. MENG, *Zwang und Freiheit in der Erziehung*, 3ª ed., 1961, pág. 16; véase también a H. MIESKES, *Der Jugendliche in der Situation der Straffälligkeit*, 1956, págs. 4 y 474; véanse además los informes de D. HOHNEN, *Dreimal Skandinavien*, 1962, pág. 183, y STOECKLE, ob. cit., pág. 14; además, por la contrariedad del dirigismo de intención y medio de ejecución, M. HEITGER, *Die Zerstörung der pädagogischen Absicht durch den Einsatz von Erziehungs "mitteln"*; del mismo editor, *Erziehung oder Manipulation*, 1969, pág. 73, y H. J. IPFLING, *Der Begriff "Erziehungsmittel"*, ob. cit., págs. 23 y ss.; sobre el problema global, y especialmente sobre la dimensión histórica, también W. SCHEIBE, *Die Strafe als Problem der Erziehung*, 3ª ed., 1977.

⁷ *Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe...* (ley de ejecución penal...), de 1976 ("BGBI", I, pág. 581); § 2, Tareas de la ejecución. "En la ejecución de la pena de reclusión debe habilitarse al recluso para poder llevar en el futuro una vida de responsabilidad social y sin delitos (fin de la ejecución). La ejecución de la pena de reclusión también protege a la generalidad de delitos futuros".

⁸ Véase *Strafgesetzbuch* (Código Penal), en su ed. de enero de 1975, "BGBI", I, pág. 2, § 46, párrafo 1, frase 2: Hay que considerar los efectos de la pena que cabe esperar en la vida futura del delincuente en la sociedad. Más aún en la pena juvenil en el *Jugendgerichtsgesetz* (ley judicial juvenil) en su ed. de diciembre de 1974 ("BGBI", I, pág. 3427), § 18, párrafo 2: "La pena juvenil debe ser de tal forma que permita la influencia educativa necesaria". Respecto de esta y otras citas de la JGG, véase *Ley Juvenil anotada de la R.F.A.*, de CARLOS A. ELBERT, actualmente en prensa en Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

¹ *Gesetz für Jugendwohlfahrt* (ley de bienestar juvenil), en la ed. de 25/4/77 del "BGBI" (Boletín federal legislativo), I, pág. 633, § 64, frase 1: "En caso necesario, el tribunal tutelar de menores ordenará educación y asistencia juvenil para el menor de edad que no haya cumplido 17 años, cuando el menor esté en peligro de caer en desamparo o esté desamparado".

² *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil), § 1666, párrafo 1: "Si el bienestar moral o corporal del niño está en peligro porque el padre o la madre abusan de su derecho de cuidado del hijo o si se descuida al niño..., el tribunal tutelar debe tomar las medidas necesarias para evitar tal peligro". Especialmente el tribunal tutelar puede ordenar que el niño sea internado en una familia adecuada o en un instituto de educación para asegurar su formación.

³ B. STÖCKLE, *Strafe als Erziehungshilfe*, 1969, pág. 161; O. F. BOLLNOW, *Existenzphilosophie und Pädagogik*, 1959, pág. 77; F. W. FOERSTER, *Strafe und Erziehung Sühne und Besserung* (1912), impreso en Schaffstein/Miehe, *Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts*, 1968, pág. 34; también A. S. MAKARENKO, *Disziplin, Lebensordnung, Bestrafung und Ansporn*, en Publicaciones Escogidas (ed. alemana), 1961, págs. 41 y ss., están en principio de acuerdo, sin embargo, desde un punto de vista completamente distinto, parecido a la *défense sociale*, que prevé la protección del orden social. Desde el punto de vista psicológico aprueban, por ejemplo, KANFER-PHILLIPS, *Lerntheoretische Grundlagen der Verhaltenstherapie* (1970), ed. alemana, 1975, pág. 395, basándose en los conocimientos actuales de las técnicas pedagógicas.

⁴ E. E. GEIBLER, *Erziehungsmittel*, en J. Speck (Editor), *Problemgeschichte der neueren Pädagogik*, III, 1976, pág. 43; M. H. LANGEVELD, *Einführung in die theoretische Pädagogik*, 7ª ed., 1969, págs. 138 y ss.; H. ROMBACH, *Das Wesen der Strafe*, en Willmann-Institut (Editor), *Pädagogik der Strafe*, 1967, págs. 10 y ss.; J. ESTERHUES, *Allgemeine Pädagogik im Grundriss*, 1962, págs. 102 y ss.

II. La prevención del derecho penal mediante la amenaza de sanciones

1. LA ANONIMIDAD

El derecho penal ofrece presupuestos muy inconvenientes para el trato con individuos, porque su esquema funcional está formulado anónimamente mediante su amenaza de hacer sufrir un mal por la pena. Dicha amenaza está dirigida, en primer lugar y ante todo, a la generalidad de los ciudadanos, y no al individuo. El causante del ilícito es señalado en principio solo como parte colectiva de la comunidad social, y no como personalidad individual. La violación de la norma es lo que determina el empleo del aparato de control, y no la dinámica del comportamiento, o la temática de la existencia personal.

En esa *anonimidad* del derecho penal radica su verdadera fuerza preventiva, porque solo su distancia respecto de la identidad personal permite alcanzar a todos los potenciales autores penales sin excepción, mediante su control, contrarestando en conjunto sus inclinaciones delictivas, pues la vinculación anónima entre el ilícito y la pena se dirige principalmente contra hechos futuros, que aún pueden ser impedidos mediante una permanente amenaza de sanción. Por ello, el efecto de prevención del derecho penal es típicamente general, y considera a la población como un todo, sin diferenciaciones individuales. Es aquí donde despliega su verdadero efecto, que no es alcanzado en tales proporciones por ningún otro contexto de control, y es esto lo que otorga al derecho penal sus propiedades específicas. En esto radica el planteo decisivo al cual deben ser referidas todas las expectativas sobre los efectos de la aplicación de sanciones.

2. LA ESTRUCTURA RETRIBUTIVA DE LAS SANCIONES INDIVIDUALIZADAS

En el modelo expuesto no hay sitio para la consideración de características individuales del comportamiento, ya que el derecho penal solo entra en contacto con delinquentes individuales, precisamente cuando ha fracasado la originaria tarea preventiva⁹. Tan solo ahora la comisión del hecho (que como tal ya no puede ser impedido) vincula a la estructura penal con individuos cuyas conductas son tomadas en cuenta como irregularidades particulares dentro de una cantidad muy superior de hábitos legítimos en la sociedad. Pero tampoco entonces se atrapa a estos individuos en sus aspectos esenciales, sino que en primer lugar se los identifica como simples autores penales. La abstracta violación de la norma se limita ahora solo a determinada secuencia de comportamientos, ya que el hecho ilícito estaba tipificado previamente en detalle

⁹ Véase también la conocida frase de J. G. FICHTE: "La finalidad del derecho penal es hacer innecesaria su aplicación" (*Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* [1796], 1960, § 20).

como un acontecimiento exterior, y para interpretarlo no se necesita una especial atención sobre la variable personal, dado que ella no influiría fundamentalmente la secuencia legal. Esto es así, porque el derecho penal no podría conformar de modo diferente su trato con el autor en esta situación, aun cuando ulteriormente lo hiciese, acudiendo a fórmulas pedagógicas. Y ya que la norma está sujeta en buena medida a su amenaza anónima, tiene que reaccionar ante el hecho cometido, si no quiere arriesgar su credibilidad; esto es, que la amenaza del mal general tiene que extenderse hasta el comportamiento no impedido. En este caso, la dirección preventiva de la norma puede ser trasformada en una forma especial para el autor individualizado, a fin de evitar que este reincida en el futuro; esto es, la prevención continúa, pero de otro modo, porque la tipicidad *prospectiva* de la anonimidad generalpreventiva se ha cambiado irrevocablemente, para el caso particular, en un mecanismo de imputación *retrospectiva* a la sanción concreta. Con lo dicho, el contenido de la sanción ha quedado determinado en lo esencial, y como se basa directamente en la violación de la ley, tiene que alcanzar al autor en forma inmediata a modo de una reproducción del ilícito por él perpetrado. Reproducción significa estructurar las consecuencias jurídicas con una significación desagradable para el individuo, porque este desagrado corresponde a la incriminación de su comportamiento. Cuando las sanciones jurídicas son aplicadas regularmente y con una evidencia apenas cuestionada, en forma de causación querida de males¹⁰, esta definición proporcional, de hecho, solo la mecánica de un efecto orientado generalpreventivamente, que ha encontrado previamente al derecho penal como mecanismo social antes de toda elaboración dogmática.

La causación de un mal es la característica central del derecho penal, y por ello cada propósito especialpreventivo permanece recargado por esta naturaleza dañina de la pena, o sea que la educación juridicopenal discurre siempre junto al mal infligido, y nunca *en su lugar*. Solo la suspensión del control del derecho penal posibilitaría que en el caso particular se evite la causación de un mal. Pero esta renuncia a la persecución penal (amnistía, p. ej.), se dirige justamente más allá de las fronteras del derecho penal, resaltando al mismo tiempo su específica tipicidad.

Con su fijación al contenido dañoso de la sanción se condensa el principio de la amenaza anónima generalpreventiva en la persona del autor, como retribución. Pero con ello se señala solo el mecanismo funcional, sin pretender, al estilo de las teorías penales absolutas (KANT, HEGEL, etc., hasta llegar a BINDING) que el monto de la pena debe corresponder exactamente a la magnitud del ilícito¹¹.

¹⁰ Especialmente destacado por H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Parte general, 3ª ed., 1978, pág. 50; véase además a H. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, pág. 46; a H. ZIFF, *Die Strafmassrevision*, 1969, pág. 41; a G. SPENDEL, *Die Lehre vom Strafmass*, 1954, pág. 71; a K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Rechtsfolgen*, 1932, pág. 60; en principio, tampoco en el nivel de la ejecución se niega la naturaleza del mal de la pena; véase a H. KAUFMANN, *Strafvollzug und Sozialtherapie (Kriminologie III)*, 1977, pág. 70, ed. esp., 1979.

¹¹ Véase sin embargo, a C. ROXIN, *Wandlungen der Strafrechtswissenschaft*, "J.A.", 1980, pág. 223, quien considera que retribución y prevención general son polos opuestos; esta polarización corresponde totalmente al concepto actual, pero no obstante restringe demasiado la idea de retribución a la conexión de su formación histórica.

Pero, en todo caso, la retribución vincula todas las consecuencias jurídicas con la calidad aversiva del mal, tanto más cuando el derecho vigente no ha logrado, a pesar de todas las coloraciones pedagogizantes, salirse de los mínimos de las escalas penales¹².

También la personalización de la retribución mediante el concepto de la culpa no cambia sustancialmente nada de la funcionalidad típica, pues la adjudicación de culpabilidad ilustra únicamente sobre la proporcionalidad relativa de ilícito y sanción penal en relación al autor, a modo de desaprobación personal. El principio retributivo no se ve afectado por ello, pues surge de la ubicación del tipo específico de control penal en el ámbito macrosocial. También en el sentido de la compensación de la culpa, la pena funciona como retribución, y este modo de funcionamiento no puede ser transformado en lo esencial ni dogmáticamente ni mediante la política criminal. Como *primera tesis*, se puede comprobar que el marco juridicopenal estrecha decididamente el ámbito de definición para aplicar y conformar medidas formativas. *El mecanismo de control* del derecho penal, organizado en forma generalpreventiva, determina las formas de contacto con el autor ya identificado, aun cuando la ley las haya tematizado pedagógicamente. *Los contenidos educativos* son fijados en el derecho penal para finalidades juridicopenales, y no por las ciencias de la educación para lo educativo. La pedagogía y la psicología pueden desarrollar sus conocimientos específicos de la persona solo en el interior del marco expuesto, y la educación se ve reducida a una finalidad complementaria de la pena. A ello se debe agregar que las reacciones penales solo pueden ser referidas en forma muy limitada a su eficacia especialpreventiva, pues esta función sucede en jerarquía a las necesidades generalpreventivas.

III. Estimación del efecto de la pena

Mediante la vinculación a la pena, la pretensión educativa se ve esencialmente recortada en el ámbito de control del derecho penal, puesto que la pena deja pocas oportunidades al control del comportamiento personal. Las reservas respecto de la capacidad de rendimiento educativo de la sanción son, en principio, de carácter fundamental, y aun mayores en el contexto de las definiciones penales.

1. DÉFICIT GENERAL DE RENDIMIENTO DE LA PENA

Las expectativas exageradas respecto de la eficacia especialpreventiva de la pena se ven desautorizadas ya con una superficial consideración de sus

¹² Véase, en este sentido, la fórmula del derecho alemán en el § 46, párr. 1, frase 1, StGB; "La culpabilidad del delincuente es la base para la aplicación de la pena" y § 17, párr. 2, JGG: "El juez infligirá pena juvenil cuando las medidas educativas o disciplinarias no sean suficientes, a causa de las inclinaciones destructivas del menor, puestas de manifiesto por el hecho cometido, o cuando se hiciera necesario por la magnitud de la culpabilidad".

efectos. Las transformaciones del comportamiento se dejan manejar mediante la simple represión del comportamiento efectivamente demostrado; pero también se puede intentar, al mismo tiempo, eliminar las disposiciones del comportamiento que se encuentran tras sus manifestaciones. Ambas técnicas se diferencian en los fundamentos de su tipicidad psicológica, ya que las transformaciones duraderas del comportamiento solo pueden ser logradas cuando se consigue eliminar al mismo tiempo las disposiciones del comportamiento que constituyan el deseo de cometer el hecho. Pero la pena no tiene posibilidades de lograr tal cosa, pues el comportamiento incriminado conserva subjetivamente su sugestión o sus atractivos, aun bajo la amenaza de la pena. El autor ya sancionado evitará repetir la conducta penada, por temor a un nuevo castigo, pero ello no significa que no conserve el deseo de volver a gozar de los beneficios que puedan provenir del comportamiento amenazado. Por eso, si se deja de lado la directa presión de la amenaza penal, la conducta indeseada se vuelve activa, del mismo modo que de la raíz salen nuevos brotes, mientras que una consideración superficial solo deja ver el tallo de la planta¹³.

La recuperación de las viejas inclinaciones o disposiciones delictivas solo puede ser impedida si en lugar de la pena, o por lo menos contemporáneamente a ella, se quitan las calidades positivas al delito exitoso. Cuando, por ejemplo, un menor procura acrecentar su prestigio ante los de su edad que viven en el mismo edificio, mediante el recurso de golpear a los vecinos más pequeños con cualquier pretexto, tendremos que decir que en un caso así, la pena apenas podrá impedir la repetición de este comportamiento. Se puede decir que el comportamiento agresivo tendería más bien a reforzarse que a debilitarse. Más efectivo parece ser intentar la reducción de la cuota de reacciones indeseables, reforzando en el menor su sentido de autoafirmación, de modo que se haga innecesaria para él toda otra demostración de fortaleza síquica. Solo en este caso alcanzará la conducta deseada, no mediando un control directo, y haciendo innecesaria la aplicación de una pena.

La debilidad de la eficacia de la pena se pone de manifiesto en casos como el arriba expuesto, y ello radica en su construcción negativa, que informa solo qué es lo que el autor *no debe hacer*, pero sin explicar cómo deberá satisfacer sus necesidades de otro modo. Por eso su aplicación fuera del mecanismo de control penal permanece también uniforme e impersonal: esto le brinda

¹³ La persistencia es tan fuerte porque el comportamiento indeseado no se ha adquirido casualmente, sino que es la reacción específica a un refuerzo positivo. Este refuerzo original se mantiene debido a que el acto criminal no analiza las circunstancias que sostienen el comportamiento; de manera que tampoco generalmente afecta a la conexión del comportamiento indeseado y su reforzador. Según opinión general, no se produce una extinción del comportamiento; véase a KANFER-PHILLIPS, ob. cit., 1975, pág. 339; a CH. SCHULZE, *Lernprinzipien*, en W. BELSELMER y otros, *Verhaltenstherapie in Erziehung und Unterricht*, 2ª ed., 1974, pág. 104; a W. CORRELL, *Lernen und Verhalten*, 1972, pág. 36; a TAUSCH TAUSCH, *Erziehungspsychologie*, 5ª ed., 1970, págs. 110 y 232; a W. K. ESTES, *An experimental study of punishment*, "Psychol. Monogr.", 57 (1944), págs. 1 y ss. y 26; a S. BANDURA, *Principles of behavior modification*, 1970, págs. 314 y ss.; y a P. DUNHAM, *Punishment: method and therapy*, "Psychol. Rev.", 78 (1971), págs. 58 y ss., con pruebas adicionales en el ámbito experimental.

por una parte la universalidad generalpreventiva, pero le impide, por otra, el acceso especialpreventivo hacia la persona.

El comportamiento combatido será cambiado en forma definitiva solo cuando se ofrezcan al autor alternativas positivas de comportamiento. A ello debe agregarse, por cierto, un conocimiento muy minucioso de la persona y de su medio social, porque se debe saber cuáles sucesos despiertan subjetivamente el estado interior gratificante, y se debe poder apreciar cuáles ofertas de comportamientos alternativos serán aplicables y aceptadas en el caso concreto.

La pena como simple represión del comportamiento incriminado se descarga de la tarea diagnóstica que sería necesaria para el refuerzo de modos de comportamiento alternativos. Este es el verdadero fundamento por el cual la pedagogía sigue haciendo uso de las sanciones. Mediante esta descarga se facilita la aplicación de tratamientos formativos también allí donde el contacto pasajero con los educandos hace imposibles análisis más intensivos. La parte negativa, sin embargo, consiste en la tentación de recurrir simplemente a la pena, evitando todo otro análisis por razones de comodidad.

Pero en el contexto de la gran cantidad de contactos educativos que tienen lugar cotidianamente, la sanción negativa conserva la capacidad de actuación pedagógica. Vemos, entonces, que la formación contiene mucha anonimidad, que se agota en el contacto exterior, especialmente en las instituciones de socialización secundaria (hogares, escuelas, etc.), donde relativamente pocos educadores deben ocuparse de muchos educandos; en definitiva, que *solo la terapia puede concentrarse totalmente sobre la inconfundible unicidad del individuo*.

Debido a que la construcción negativa de la sanción no tiene, al mismo tiempo, una formulación positiva del comportamiento, aparecen a menudo indeseables efectos secundarios difíciles de controlar, como el temor¹⁴, el peligro de interrupción que acarrea la relación educativa¹⁵, la posibilidad que el educando desarrolle, en caso de frecuentes y duras sanciones, modos de comportamiento pasivos o agresivos¹⁶ y la vivencia de la pena, que puede, ocasionalmente, ser sentida en forma subjetiva, incluso como recompensa (la-

¹⁴ Véase a M. SCHMIDBERG, *Zur Dynamik der durch die Strafe ausgelösten psychischen Vorgänge*, en BITTNER REHM, *Psychoanalyse und Erziehung*, 1964, pág. 156; y a MENG, ob. cit., 1961, pág. 21.

¹⁵ TAUSCH TAUSCH, ob. cit., págs. 110, 172 y ss. y 232; SCHULZE, ob. cit., pág. 105; experimental, véase, por ejemplo, a TAUSCH TAUSCH FITTKAU, *Merkmalszusammenhänge der verbalen Interaktion und kritische Überprüfung typologischer Verhaltenskonzepte*, "Z.f.exp.u.angew.Ps.", 14 (1967), págs. 522 y ss.

¹⁶ De los muchos trabajos, véanse por ejemplo, los de BANDURA WALTERS, *Adolescent aggression*, 1959; KOUNIN GUMP, *The comparative influence of punitive and nonpunitive teachers upon childrens concepts of school misconduct*, "Journ.ed.Ps.", 1961, págs. 44 y ss.; ANDERSON BREWER REED, *Studies of Teacher's classroom personalities*, *Applied Psychol. Monographs*, 1946, 11, págs. 3 y ss.; BECKER y otros, *Relations of factors derived from parent-interview ratings to behavior problems of five-year-olds*, "Child Development", 1962, págs. 509 y ss.; otros detalles, por ejemplo, en J. FRIEDMAN, *Begriff der Strafe als soziale Sanktion*, 1973, pág. 53; KANFER-PHILLIPS, ob. cit., pág. 395.

mar la atención¹⁷. El sistematizador pedagógico, por último, teme, por sobre esto, la contradicción entre las metas de educación definidas emancipatoriamente, y los medios reglamentarios¹⁸.

Veremos ahora, en el contexto del control juridicopenal, qué otras importantes consecuencias puede provocar la simple "sanción a intervalos". Sucede que los delitos, en su mayoría, no son aclarados, y ya la relación de los delitos denunciados con la de los que concluyen en la aplicación de una sentencia, demuestra, según las estadísticas policiales y judiciales, un claro desnivel. La disparidad aumenta aún más si se toma también en cuenta el dato de las "cifras oscuras" de la criminalidad¹⁹. Y como los delincuentes son perseguidos solo excepcionalmente, les queda entonces, sin duda, la ganancia subjetiva que extraen de sus hechos. La impunidad aumenta aún más la satisfacción de los delincuentes, y refuerza su disposición hacia conductas indeseables, en lugar de disuadirlos. Este mecanismo no queda limitado a situaciones síquicas especiales, porque en casos *standard* de ilicitud típica, pertenece a los efectos regulares de la pena. Así, por ejemplo, cuando alguien quiere robar para obtener satisfacción con el botín, solo ve empañadas sus expectativas por la posibilidad de ser descubierto y penado. Pero si consigue finalmente su objetivo sin ser descubierto, su satisfacción es doblemente grande, porque no solo obtuvo el botín, sino que además evitó la pena temida. Si en el futuro vuelven a salirle las cosas bien, entonces el autor irá sintiendo, no obstante, el temor de no tener siempre la misma suerte. El riesgo está ahora de algún modo, calculado. Pero si la justicia lo alcanza alguna vez, la pena puede permanecer también sin efecto ninguno, porque la esperanza de nuevas empresas más exitosas refuerza su disposición delictiva más allá de la verdadera ganancia que espera obtener con el hecho.

Este fenómeno de los "refuerzos intermitentes de modos de conducta" le da a la pena el carácter de efecto típico cuando el control penal no es regularmente estrecho. Tampoco con una elevación de la amenaza penal puede ser superado, y más bien resulta dañoso, porque la satisfacción de no ser descubierto crece con la dureza del daño calculado. Los "refuerzos intermitentes de modos de conducta" resultan una típica consecuencia del control juridicopenal, en tanto el control no sea tan estrecho, y su importancia aumenta respecto de los reincidentes con la repetición de sanciones, de modo que cuando más sancionados son, más calculables les resulta también el riesgo.

¹⁷ SCHULZE, ob. cit., pág. 105; en la literatura analítica el fenómeno también ha sido considerado notablemente y ha sido interpretado específicamente por G. GRODDECK, *Die Arche*, 1926 y F. ALEXANDER, *Psychoanalyse der Gesamtpersönlichkeit*, 1926; con respecto a problema parecido de la provocación de sanciones, véase a M. GÖTTE, *Strafbedürfnis, Strafprovokation und erzieherisches Handeln*, 1965; a H. ZULLIGER, ob. cit., 1971; y a MENG, ob. cit., 1961.

¹⁸ Véase detenidamente a W. BREZINKA, *Erziehungsziele. Erziehungsmittel. Erziehungserfolg*, 1976, págs. 138 y ss.

¹⁹ Esto vale en cualquier caso, para la parte de los delitos aclarados; con respecto a los delincuentes la desaparición es menor; véase en detalle a G. KAISER, *Kriminologie*, 1980, págs. 233 y ss.

El problema no puede ser superado tampoco con un simple aumento de la amenaza penal, y más bien resulta dañoso, porque la satisfacción de no ser descubierto crece juntamente con la dureza del mal esperado. Si en cambio se enfocan directamente disposiciones de comportamiento, no surgen síntomas de este tipo paradójico, lo que se pone de manifiesto mediante el siguiente ejemplo: Un joven había adquirido tipos de comportamiento agresivo, cuya génesis debía buscarse, en principio, en el estilo educativo de los padres. A duras penas aceptado por los compañeros de su edad, desarrolló al mismo tiempo experiencias frustrantes y vivencias que lo marginaron aún más fuertemente. Finalmente, canalizó su ira ciega rompiendo vidrieras y provocando otros daños contra las cosas, hasta que fue descubierto como autor de la rotura de un gran ventanal de un club deportivo. Durante las audiencias judiciales se le diagnosticó que el trasfondo de su personalidad carecía de asociaciones emocionales. Por ese motivo, el tribunal le ordenó que ingresara al club deportivo, con la conformidad de todos los interesados. La medida no fue especialmente exitosa —y no lo podía ser— porque la diagnosis sobre el mecanismo de comportamiento no era muy exacta. Quizá el autor dejó luego de romper los ventanales del club, quizá no; pero como la intervención judicial ofrecía, junto a la sanción, alternativas de comportamiento, no hizo crecer nunca suplementariamente la necesidad de dañar cosas ajenas. Esto tampoco sucede cuando el enfoque del diagnóstico está equivocado, porque en todo caso la reacción vista ofrece una posibilidad existencial alternativa, y por eso se diferencia de la pena.

2. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL

Hay determinadas reservas que se dirigen además contra la especial conformación de la construcción jurídicopenal. En lo fundamental, la pena no es más que un procedimiento de efectos desagradables, y la concepción jurídicopenal coincide perfectamente con los conceptos de la teoría del aprendizaje, que habla habitualmente de *estímulos aversivos*. Cuando la aplicación de estos estímulos debe tener un efecto fundamentalmente especialpreventivo, entonces el organismo tiene que experimentar el malestar resultante, como consecuencia directa del comportamiento indeseado; en consecuencia, los estímulos aversivos deben ser presentados en directa relación con la secuencia del comportamiento cuya cuota debe disminuir. Pero para ello no resulta suficientemente estrecha la ligazón jurídicopenal entre hecho y vivencia de la pena.

a) Los polos de la ligazón jurídicopenal

La ligazón fracasa, en principio, porque el hecho y la vivencia de la pena no se apoyan con suficiente fuerza en las condiciones personales, y por ello no coinciden totalmente en el plano del comportamiento.

1) El hecho antijurídico como primer polo de la ligazón es definido penalmente mediante el hecho tipificado del ilícito. Este modo de descripción sirve solo para las necesidades normativas del tipo anónimo de prevención, ya que para la finalidad de manejar comportamientos individuales es demasiado poco preciso, porque a la definición legal no corresponden dimensiones de comportamiento. Esto se aclara tomando el ejemplo del bebedor que se torna agresivo solo bajo influencia alcohólica y lesiona a alguien. Desde la perspectiva del control jurídicopenal comete el delito de lesiones corporales, pero en el terreno especialpreventivo el enfoque no reposa en la agresión, sino en su inclinación al consumo de alcohol, cuyas circunstancias y entretelones se hallan, sin embargo, muy lejos de la interpretación típica del hecho ilícito.

Las perspectivas de la protección anónima de bienes jurídicos y de la modificación especialpreventiva de la conducta no coinciden. La construcción jurídicopenal tiene exactitud, pero solo en el plano normativo, mientras que la pierde en el plano del comportamiento, en la complejidad psicológica de las predisposiciones personales frente a las normas jurídicas, puesto que sus tipos penales pueden ser realizados mediante las más diversas muestras de comportamiento.

Para las finalidades educativas, las distintas posibilidades de comportamiento deben ser diferenciadas, y por tal motivo, por ejemplo, la terapia del comportamiento se concentra sobre la clasificación de las conductas. En verdad, se inquietan menos que el derecho penal por las causas de los síntomas, pero acentúa sus estímulos fuertemente sobre el conocimiento de las estructuras personales clasificadas.

Solo mediante esta referencia a la persona individual consigue la sanción —construida conforme a la teoría del aprendizaje— calidad prospectiva, no obstante que también está fijada a comportamientos pasados.

2) El segundo polo de la ligazón está constituido por el estímulo punitivo, el cual, sin embargo, no es lo suficientemente preciso para constituirse en un modelo aversivo de comportamiento, porque ofrece a los punidos demasiadas posibilidades de escapatoria al estímulo sancionatorio²⁰. Por ejemplo, la carga de pagar una suma de dinero por concepto de multa puede ser evitada por el afectado pidiendo el dinero a sus familiares o a sus amigos, salvando así el esfuerzo que le significaría tener que ganárselo.

Por sobre todo, en las penas privativas de libertad a largo plazo se muestran muy especialmente las debilidades en esta dirección, porque la presencia comunicativa de los presidiarios logra, pese a la estrechez, espacios para la realización de conductas que estos desean realizar autónomamente. Esto tiene aún mayor vigencia cuando, a causa de un tratamiento, el preso es motivado a ganar gratificaciones mediante su buen comportamiento, con el cual se pueden evitar hasta cierto grado las sensaciones aversivas, sin que haya una

²⁰ Es condición esencial para una eficacia máxima que el sancionado sea accesible en forma incondicional; véase a AZRIN/HOLZ, *Punishment*, en HONIG, *Operant behavior: Areas of research and application*, 1966, págs. 380 y ss.; y a CH. CHRISTOPH-LEMKE, *Bestrafung*, en CH. KRAIKER, *Handbuch der Verhaltenstherapie*, 1974, pág. 66.

referencia directa al delito cometido. Esta evitación no es necesariamente de lamentar, si se tienen en cuenta las carencias preventivas de la pena respecto del autor. No obstante, descalifica por completo la capacidad funcional de la construcción juridicopenal, puesto que la eficacia de la pena pierde toda previsibilidad cuando el probando está en condiciones de manipular por sí mismo su intensidad.

b) El tipo de ligazón

Menos apta aún para la función preventiva es la relación entre sanción y hecho sancionado, ya que la distancia temporal que media entre ambos supuestos disminuye considerablemente el grado de eficacia de la pena²¹. Este problema se puede considerar aun con métodos procesales, esto es, propios del derecho penal, si bien la aceleración del proceso encuentra pronto sus fronteras sistemáticas en las garantías procesales en favor del acusado. Mucho más pesada es la carga del contenido dañoso propio de la pena, porque las secuencias indeseables del comportamiento solo se dejan reducir mediante técnicas aversivas a lo sumo cuando la selección y medición de las sanciones punitivas se orientan según las expectativas futuras de comportamiento. Por ello, las sanciones estructuradas preventivamente se parecen a las medidas penales de mejoramiento de la conducta²², porque también en estas el pronóstico está referido al comportamiento pasado. Por eso, el hecho cometido presta solo el contorno necesario a la aplicación de la sanción sin servirle de punto de referencia autónomo. Solo así se puede construir prospectivamente la sanción, ligando directamente el desagrado de la sensación aversiva con el comportamiento indeseado.

La asociación antes descrita no puede ser alcanzada mediante el tipo de control social del derecho penal, porque este debe reproducir en sus consecuencias jurídicas el ilícito cometido, y principalmente porque concretiza la pena sobre el autor identificado por el hecho cometido, no ocupándose de dirigir su comportamiento futuro. Este mecanismo retrospectivo del enfoque juridicopenal asocia también al comportamiento pasado la calidad aversiva de la sanción.

El dogma normativo de la retribución gana, de este modo, relevancia psicológica, pues la fijación al decurso histórico transforma profundamente el alcance perceptivo del mal infligido. Y dado que este es querido precisamente como mal en el contexto juridicopenal, se autonomiza en el procedimiento de su aplicación, y con ello pierde su referencia al concepto aversivo de la prevención

²¹ Véase a AZRIN HOLZ, *lug. cit.*; a CHRISTOPH-LEMKE, *lug. cit.*; y a EYSENCK RACHMAN, *Neurosen*, 1971, pág. 19.

²² El derecho penal alemán contempla, además de la sanción por culpabilidad, medidas de aseguración y corrección (por ejemplo, internación en clínicas psiquiátricas, institutos de deshabitación) que no requieren culpabilidad del delincuente sino solamente el peligro de una repetición futura. La disposición de estas medidas, sin embargo, no debe sobrepasar la proporción de los delitos cometidos o a cometerse en el futuro, ni el grado de peligrosidad del delincuente (§ 62, StGB).

de la teoría del aprendizaje, y se constituye inmediatamente en menoscabo o pérdida personal.

La delimitación de la pena como menoscabo personal tiene especiales efectos en la ejecución penal, que no produce un estímulo momentáneo, sino de duración extensiva a toda la privación de libertad. Esto vale, en principio, para la idea que de tratamiento tenga el personal de ejecución penal, puesto que la temática educativopenal tiene que ser elaborada necesariamente con los elementos retributivos de la concepción generalpreventiva. Por ello, el educando es mantenido en la culpabilidad por la trasgresión a la norma, y solo tiene derecho a la posición jurídica disminuida que le había asignado la sentencia. Bajo estas condiciones, el tratamiento pedagógico en el derecho penal rechaza siempre al autor, en lugar de confirmarlo en su dañado ámbito de responsabilidad.

Para los destinatarios de la pena, las consecuencias son aún más decisivas, porque la dinámica síquica de la aplicación de la pena adquiere el carácter de suceso totalmente autónomo, ya que el penado se preocupa solo por el mal infligido, en lugar de elaborar la incriminación de su comportamiento; tal vez por eso aprende a situarse en la totalidad del aparato de ejecución penal, y a soportarlo, mientras que irá pensando cada vez menos en el hecho punible cometido, cuando más situativamente sea tomado en cuenta por la pena. Las sanciones organizadas retrospectivamente se apartan entonces del delito y sus disposiciones de comportamiento, en lugar de reprimirlas.

Lo dicho es válido para las hipótesis de la teoría del aprendizaje, en no menor medida que para la elaboración de la dimensión espiritual de la culpa, porque la vivencia del arrepentimiento presupone que la relación entre el padecimiento de la pena y la violación del derecho permanece intacta. Pero el contacto con el mal independizado, como técnica aversiva, no deja el camino libre para transformar las disposiciones de comportamiento, desplazando de este modo a un segundo plano la elaboración espiritual interior sobre el hecho cometido.

El sufrimiento por la conciencia del ilícito no es despertado por la pena, sino por la comisión misma del hecho, para lo que es necesaria una conciencia con posibilidades de funcionamiento, pero para cuya conformación no interviene ningún medio educativo extraordinario, sino que surge del proceso de socialización en su conjunto. La pena particular, al contrario, proporciona elementos más bien extraños a la reflexión espiritual. En todo caso, no se produce una conexión funcional con el arrepentimiento que solo puede ser logrado mediante el padecimiento de la pena cuando esta es construida retrospectivamente, y solo cuando los presupuestos personales y situativos son favorables y así lo permiten.

Como *segunda tesis* puede ser comprobado, a partir de aquí, que los marcos de referencia juridicopenales ofrecen presupuestos muy poco favorables para la corrección de disposiciones de comportamiento individual, porque la pena demuestra tener un muy dudoso rango pedagógico, y al mismo tiempo

ser de un alcance muy inseguro. La debilidad especialpreventiva de la pena está definida por las características de su eficacia psicológica, y por eso mismo no puede ser eliminada mediante la reformulación de enfoques normativos de valores en el ámbito de las ciencias de la educación.

IV. La conformación juridicopenal de la privación de libertad

Las carencias de la pena hasta aquí esquematizadas aludían especialmente a la limitación temporal de los estímulos, que se agotan en el hecho de infligir un mal. La ejecución penal y las medidas educativas del catálogo del derecho penal juvenil van lejos porque tienen mayor duración. Mediante ellas, el presidiario mismo suaviza ocasionalmente la calidad aversiva de su encierro, con la propia iniciativa, y por su parte, el aparato de control también puede conformarse con interpretar la irrupción de la pena como simple apertura de las posibilidades de influencia. El contenido dañoso de la pena se reduciría entonces a la regulación obligatoria de las circunstancias de vida, dejando el correspondiente espacio al tratamiento pedagógico.

1. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO FORMATIVO

a) El contexto generalpreventivo

Es cierto que las medidas aplicadas a la ejecución penal tienen, a largo plazo, una oportunidad de liberarse un poco de las típicas previsiones de la lógica juridicopenal. Ya desde antiguo se ha intentado suavizar la antinomia entre los fines de la pena (retribución, prevención general y especial) mediante su distribución en distintos escalones concretizadores de la sanción²³. De tal modo, las tareas generalpreventivas adquieren un rango predominante a partir de la amenaza penal, mientras que en la ejecución penal son las expectativas especialpreventivas las que ven reforzada su importancia. Pero ellas no se independizan recíprocamente, puesto que las una de la aplicación de la pena, acto que garantiza la materialización del derecho; de ahí que el principio de la función anónima permanece en todo caso más fuertemente ligado a la aplicación de la pena, que a las conveniencias educativas de una profilaxis delictiva individual²⁴. Esta ligazón coloca a la ejecución penal bajo un especial contexto generalpreventivo, mediante el cual el concepto retributivo permanece presente, puesto que la medida siempre se verifica porque se ha cometido un

²³ Véase a C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966); *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, págs. 1 y ss.; a H. SCHÜLER SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, 1969, págs. 129 y ss.; a BRUNS, ob. cit., 1974, págs. 211 y ss.; y a MILLER-DIETZ, ob. cit., 1979, págs. 32 y ss.; además, a M. E. MAYER, *Strafrecht*, AT, 1915, pág. 419; y a W. SAUER, *Der Strafzweck nach Auffassung der Entwürfe*, "DJZ", 33 (1928), págs. 907 y ss.

²⁴ No obstante, necesitan justificación especial: ROXIN, ob. cit., 1966, pág. 12.

ilícito. Por eso mismo también en referencia a la persona permanece, en principio, y ante todo, como un mal querido.

Donde el derecho penal orienta el tipo de la sanción según necesidades formativas, como por ejemplo en el § 18, párrafo 2, de la ley judicial juvenil²⁵, la dependencia estructural es aún más grande, pues la consecuencia jurídica debe llegar a ser ejecutada con la misma intención con que fue ordenada. Por ello pasa claramente a primer plano la idea retributiva específica, sin perjuicio de su vestidura verbal con los ropajes juridicopenales de la formación o educación. Por ello aparece como estrecha la inclinación de los jueces juveniles alemanes, de agotar completamente las posibilidades educativas del catálogo de consecuencias jurídicas²⁶.

El § 2 de la ley de ejecución penal formula su meta de ejecución de modo mucho más libre que en el § 91, párrafo 1, de la ley judicial juvenil²⁷, pues la idea formativa permanece necesariamente predeterminada mediante el contexto especialmente estrecho. El contenido y el efecto de la sanción pueden liberarse de sus lineamientos dogmáticos fundamentales, pero esto no significa aún ninguna independencia del poder de definición en la dirección de las ciencias humanas; pues, al contrario, falta la posibilidad de delimitar la educación en su *praxis* pedagógica, de respeto por la finalidad primaria de castigar.

Cuando las consecuencias jurídicas disponibles son definidas en parte como sancionatorias y en parte como formativas, es posible que la selección de sanciones coloque el acento en uno u otro aspecto. Esta variabilidad prevé, sin embargo, que la formación y la pena son coloraciones semejantes, y según el caso, combinables con un tipo de reacción concebible unitariamente. En consecuencia, ambos tienen que encarar el problema de la modificación del comportamiento individual de modo típicamente semejante, y solo entonces es cuantificable la formación mediante la pena, como está previsto en el § 18, párrafo 2, de la ley judicial juvenil. Solo que de este modo la formación recibe una tendencia potencialmente punitiva²⁸, que hace imposible su diferenciación cualitativa de la pena, porque la pena pasa ahora, en el contexto penalpedagógico, de ser un simple medio formativo, a ser un concepto de influencia sobre el comportamiento.

²⁵ Véase nota 8.

²⁶ Véase a H. KAUFMANN, *Jugendstrafrechtsreform de lege lata?*, en *Festschrift Welzel*, 1974, pág. 898; a H. RAUSCH, *Untersuchungen zur generellen Praxis der Verhängung der Jugendstrafe*, en H. KAUFMANN y otros, *Jugendliche Straftäter und ihre Verfahren*, 1975, págs. 19 y ss.; a G. KAISER, *Gesellschaft, Jugend und Recht*, 1977, pág. 163; a F. SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik des Jugenderests*, "ZStW", 82 (1970), pág. 866; y a E. MÜLLER, *Zum Erziehungserfolg der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer*, 1969, págs. 115 y ss.

²⁷ Véase § 2, StVollzG, nota 7; el § 91, párrafo 1, JGG, dice: Mediante la ejecución de la pena juvenil se pretende educar al sancionado para que en el futuro lleve una vida (*Lebenswandel*) honrada (*rechtschaffen*) y responsable, II, 1: Orden, trabajo, enseñanza, deportes y actividades ingeniosas en el tiempo libre, son las bases de esta educación.

²⁸ H. KUPFFER, *Erziehung als Strafform?*, "KrimJ", 6 (1974), págs. 249 y ss.

b) La relación entre culpa y formación

Dogmáticamente pueden proyectarse la formación y la sanción dependiente de la culpabilidad desde dos perspectivas distintas sobre un plano definitorio unificado. Una establece la culpa como característica de la formación, y mediante ello se estiliza como indicador de necesidad formativa. A esta dirección tiende la Corte Suprema Federal Alemana cuando, en literal coincidencia con la formulación de la ley, hace depender la aplicación y duración de la pena de criterios educativos también cuando su legitimación se apoye exclusivamente sobre la gravedad del reproche de culpabilidad²⁹. Mediante este proceso se transforma necesariamente la descripción del contenido de la culpabilidad, puesto que ahora no determina más la violación de un ámbito de responsabilidad limitado, sino que determina un estado evolutivo. De tal modo, la opinión sobre el error de empleo situativo de libertades de decisión se pierde en un complejo cuadro de mecanismos deficitarios de dirección del comportamiento, cuyo parentesco con la construcción de la culpabilidad por el modo de vida apenas si puede ser pasado por alto. En el derecho de menores significa prácticamente una renuncia a la demostración de la culpabilidad, pues se podrá hacer responsable al imputado por su modo de vida aun en menor proporción que al adulto. Pero entonces, solo se puede legitimar la imposición de un castigo al ilícito mediante la ley del talión, lo que está, como es lógico, históricamente superado³⁰.

Esta hipótesis es constantemente cuestionable en el ámbito del enfoque del control juridicopenal, porque quita a la delimitación de la culpabilidad su función protectora, sin suprimir al mismo tiempo la estructura retributiva de la pena³¹.

El otro punto de vista parte de la culpabilidad y subordina la característica de la formación. Esta se desnaturaliza por ello a simple finalidad de la pena, y sigue en su temática a la organización juridicopenal.

²⁹ "BGHSt", 15, pág. 224; 16, pág. 261; "GA", 1954, pág. 309; 1955, pág. 364; "Strafverteidiger", 1981, pág. 26, y las decisiones no publicadas: 2 StR 83/61; 1 StR 125/71; 1 StR 305/71.

³⁰ Aunque en este sentido todavía J. TENCKHOFF, *Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?*, "JR", 1977, pág. 485; el autor piensa que el joven principalmente no tiene culpabilidad completa, y, por tanto, basa la pena por culpabilidad más sobre la gravedad del injusto.

³¹ En la mayor parte de la literatura la jurisdicción no ha sido aceptada, reprochándole principalmente de confundir las dos alternativas del § 17, párrafo 2, JGG (véase anotación 12), y de no tener en cuenta que la pena juvenil es una pena criminal auténtica y, por tanto, debería considerar el aspecto de una retribución justa para el delito cometido con culpabilidad; véase a F. SCHAFFSTEIN, *Schädliche Neigungen und Schwere der Schuld als Voraussetzungen der Jugendstrafe*, en *Festschrift Heinitz*, 1972, págs. 461 y ss.; a G. GRETHLEIN, *Anotación al BGH*, "NJW", 1961, pág. 278, ob. cit., págs. 687 y ss.; a J. HELLMER, *Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht*, 1962, págs. 43 y 57; a MICHE, ob. cit., pág. 60; a KOHLHAAS, *Die Bedeutung von Haltung und Persönlichkeitsbild bei der Urteilsfindung* "Rdj", 9 (1961), pág. 159; a A. E. BRAUNECK, *Die Jugendlichenreife nach*, § 105, JGG., "ZStW", 77 (1965), pág. 210; a BRUNS, ob. cit., 1974, págs. 255 y ss.; a R. BRUNNER, "JGG", 1978, § 17, 5°; a MAURACH, ob. cit., 1971, pág. 921; y a E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, AT, 1975, pág. 684, con más detalles; aceptando solamente H. RIEDEL, *JGG*, § 17, 3c; con cierta reserva en la crítica, DALLINGER LACKNER, *JGG*, 1965, § 17, 18s; en forma positiva, pero en conexión alternada, BRUNS, ob. cit., 1974, pág. 250.

La misma intercambiabilidad de muestras pedagógicas y juridicopenaes es finalmente prevista si, como BRUNS³², se pretende plantear la existencia de un espacio entre escala penal necesaria para la educación y las que aún son posibles, de tal modo que puedan ser tomadas en consideración finalidades opuestas de la pena en el ámbito de las metas formativas.

También, según esta posición, el concepto de formación tiene que estar unilateralmente marcado por el derecho penal, si se quieren evitar fricciones con los puntos de vista juridicopenaes.

En esta estrecha asociación resulta lógico que el derecho penal alemán de menores limite la finalidad formativa a la pretensión juridicopenal de disminuir la cuota de reincidencia³³. La graduación normativa de los procesos de socialización, en las tres etapas de: disposiciones criminógenas, fidelidad a la ley en general y responsabilidad social, no corresponden, sin embargo, de ningún modo a los procesos psicológicos en el plano del comportamiento, ya que las matrices de él están allí más entrelazadas de lo que lo permitirían las mismas combinaciones según criterios jurídicos.

Una educación definida según el derecho penal no alcanza, sin embargo, a causa de su marco de referencia específico, para una legitimación más amplia. Por ello, la formación debe estar orientada hacia estos fines, cuando más tarde no puedan ser verificados en el contexto pedagógico sin causar fricciones. Con ello, la formación permanece definitivamente bajo la premisa del reproche, ganando competencia propia, con alguna amplitud, solo allí donde la materialización del derecho no exija un castigo, y la pretensión punitiva pueda ser suspendida por consideraciones juridicopenaes. Este es, a lo sumo, el caso de aplicación de las medidas educativas del § 9 de la ley judicial juvenil. Cuando, al contrario, se piensa que el autor no está especialmente necesitado de formación, o cuando ha cometido hechos ilícitos de importancia considerable, la formación se reduce a una simple medida disciplinaria, como sucede cuando se ordenan medidas correctivas y penas según la culpabilidad.

Pero este enfoque no permanece de ningún modo limitado a los casos en que no son demostradas las intervenciones de motivación educativa. En el derecho alemán esto es bastante claro en los casos en los cuales la aplicación de la pena juvenil puede apoyarse expresamente en inclinaciones destructivas. Sobre esta variante de intervención, el enfoque disciplinario encuentra también el acceso al ámbito central de la pedagogización de la pena, puesto que ambos tipos de pena no serán separados ya más desde el punto de vista del derecho material y el ejecutivo. La pena debe también superar las inclinaciones

³² Ob. cit., pág. 257, haciendo referencia a una parte de la sentencia BGH St 8, pág. 78, no publicada en la colección oficial.

³³ ZIPP, ob. cit., 1969, pág. 153; A. WEITL, *Die dogmatischen Grundlagen des geltenden Jugendstrafrechts*, Diss., 1965, págs. 63 y ss.; MIEHE, ob. cit., 1964, pág. 23; LG HANNOVER, "Rdj", 1962, págs. 13 y ss.; véase también a HELLMER, ob. cit., 1962, págs. 24, 30, 39 y ss.; igualmente, G. BLAU, *Die Bedeutung der Tat in Jugendstrafrecht*, "MDR", 1958, pág. 782; para la ejecución penal, SCHÜLER-SPRINGORUM, ob. cit., 1969, pág. 158.

destructivas que habría tenido que reprimir una formación "adecuada" con anterioridad. Con esta tarea, empero, le es asignada la de disciplinar al educando, como verdadero potencial educativo. La pena pedagogizada aparece entonces sencillamente como tema conductor de la actuación pedagógica. La formación no se desarrolla, por eso mismo, nunca más por sus propios medios, y siempre es una función de la pena, o por lo menos la pena función de la formación³⁴.

2. CARGAS DE LA ORGANIZACIÓN DE EJECUCIÓN PENAL

La ejecución penal tiene dificultades para liberarse de estos condicionamientos. Desde los primeros días de la Casa de reclusión de Amsterdam, la disponibilidad estacionaria del probando abrió fascinantes dimensiones del control terapéutico del comportamiento; sin embargo, la pretensión pedagógica no se pudo imponer nunca a largo plazo contra las estructuras retributivopenales. La privación de libertad fue interpretada casi inmediatamente como pena, no bien ingresó en el repertorio de sanciones del derecho criminal.

También la actual ejecución penal entra siempre en conflicto con el enfoque retributivo de la pena, por los motivos arriba expuestos, y tanto más cuanto más seriamente tome en cuenta su misión pedagógica. La función de matriz generalpreventiva puede ser ocultada, pero nunca desatendida. Así como la pena suspendida puede estilizar su contenido dañoso en simple amenaza, así también la ejecución penal no necesita ocuparse de la existencia personal en forma total; los escalonamientos según grados de restricción de la libertad de movimientos son suspendidos aun en las más intensivas formas de prisionalización. Pero las limitaciones a la libertad de movimientos permanecen, sin embargo, de considerable amplitud, y solo son reducidas a modo de prueba. Si, por ejemplo, el menor responde con fugas a la indulgencia jurídica de la ejecución penal abierta, será remitido nuevamente a un establecimiento cerrado, por no haber estado capacitado para las exigencias especiales de la medida, cuyo fracaso está representado por él mismo, ya que la organización pedagógica del aparato es apenas visible en el caso individual.

Desde el punto de vista de la pena, esta atribución de responsabilidad a la persona del probando está completamente justificada, puesto que la imposición de un mal más riguroso (la mayor reducción de la libertad) apareció ya como justificada por la violación del orden jurídico, permaneciendo solo suspendida hasta que el probando se ganase la mejoría de su situación mediante el propio comportamiento. Si mediante su fuga se atribuyó mayores beneficios, atacó lo referente a la distribución estatal del monto de las penas, sin estar autorizado para ello, por lo que su mero encierro no le acarrearía verdaderamente un empeoramiento de su situación, sino que solo le haría perder el beneficio aún no ganado de la suavización penal.

³⁴ KUPFFER, lug. cit.

Lo expuesto solo es legítimo según el mecanismo retributivo de la desaprobación, pero si, por el contrario, se tiene a la ejecución penal abierta como conveniente desde el punto de vista pedagógico³⁵, entonces aparece en este proceso, en el plano de la ejecución penal, el mismo estrechamiento sistemático penal del pensamiento educativo, tal como ya había sucedido respecto del derecho material. La educación o formación es solamente una tarea menor de la pena, que se gana mediante un comportamiento relativamente bueno, y que se puede perder mediante un comportamiento relativamente malo³⁶. En realidad, esta no es una cuestión de deficiencias institucionales, sino un problema típico de este proceso.

También el sistema de las sanciones carcelarias internas es objeto de muchas influencias provenientes de esta interpretación educativa juridicopenal, puesto que casi todos los acontecimientos educativos gratificantes de la cárcel se van suspendiendo escalonadamente cuando el delincuente no se comporta con corrección, o sea, cuando por regla general más necesitado de educación aparece. Evidentemente, tiene que estar ya relativamente educado, esto es, disciplinado en el típico sentido juridicopenal, si pretende alcanzar el pleno disfrute de las ventajas pedagógicas.

Las tensiones entre formación y retribución no solo resultan claras por medio del análisis de cada una de las medidas carcelarias. La privación de libertad en general, no parece muy indicada como terreno para el ejercicio del comportamiento social, o en todo caso no lo es mediante el repertorio pedagógico que tiene a disposición, o que razonablemente podría ser esperado, dado que la totalidad del establecimiento estructura a los presidiarios por fuera de sus necesidades sociales propias, perturba la formación de grupos, y los compele a la actitud pasiva de administrados³⁷. Sin embargo, la pena no es suspendida con el fundamento —digamos— de que no se pudo conseguir una plaza en un establecimiento abierto³⁸, y es también sabido que la estructura compulsiva del establecimiento, como totalidad, no es precisamente el mejor modelo para el aprendizaje del respeto al orden, y que además tampoco favorece la vivencia de necesidad de regulaciones sociales.

Pese a todo, las disposiciones internas de los establecimientos penales compiten habitualmente en la reglamentación de detalles³⁹, con cuya deter-

³⁵ Como continuación al § 10, párrafo 1, St VollzG, también núm. 5, VVJug para menores; sin embargo, reducido.

³⁶ Véase a KUPFFER, lug. cit.

³⁷ Referente a la situación de la ejecución penal juvenil, véase por ejemplo, en forma resumida, a G. KAISER, *Gesellschaft, Jugend und Recht*, 1977, págs. 167 y ss.

³⁸ Como instituciones abiertas existen solamente el "Flüedner-Hans" Gröb-Gerau, y la ejecución abierta en la JVA Hövelhof y Falkenrott, JVA Neumünster y la isla Hanöfersand en el río Elba, que se debe mencionar con cierta reserva debido a su situación topográfica especial. Por lo demás, esta forma de ejecución se limita a secciones pequeñas en las instituciones cerradas; véase a T. SCHALT, *Der Jugendstrafvollzug in freien Formen*, Diss., 1975; y a KAISER, ob. cit., 1977, con muchos detalles, pág. 168.

³⁹ Véase los ejemplos en H. J. FRIEDRICHS, *Die Situation des Jugendstrafvollzuges in NRW*, Diss., 1975, págs. 192 y ss.

minación se disminuyen aún más las tan necesarias iniciativas del educando. La seguridad y el orden externo tienen todavía, evidentemente, clara prioridad frente a las exigencias pedagógicas, tendencia que se prolonga debido a las propias necesidades estructurales del establecimiento, porque toda organización por la cual deban convivir muchas personas en un espacio estrecho, muestra la tendencia a colocar las individualidades bajo el punto de vista uniformador de la funcionalidad de dicha organización social.

El tipo disciplinario de la formación educativa bajo formas penales presta grandes servicios a la tendencia uniformadora, y acarrea además el peligro complementario de que se la cultive expresamente. Por cierto que es válida en este terreno, como en otros, la afirmación de que *el control es tan educativo como lo permitan sus agentes*, pero es también claro que el sistema jurídicopenal dificulta considerablemente a sus agentes la posibilidad de que lleguen a producir efectos educativos.

De este esquema surge la *tercera tesis*: El concepto de "formación penal" coopera forzosamente a producir el estrechamiento característico en torno de la conducta antijurídica. Se dirige principalmente a la conformación del mal retributivo, que alcanza al autor subjetivamente, como expiación. La técnica del control generalpreventivo aplicada desemboca en lo especialpreventivo, en la comunicación de vivencias expiatorias. Por cierto que esta técnica no determina durante el tratamiento el campo de operaciones, pero se desplaza, sin embargo, muy fácilmente, al primer plano cuando el contacto educativo no toma enseguida el curso deseado. *En una ejecución penal pedagógica favorece la reproducción de las estructuras autoritariopenales de dirigismo y conducción*, que psicológicamente son dimensiones poco estimulantes⁴⁰. La definición que proporcionan las ciencias jurídicopenales y de la educación sobre procesos educativos, no son entonces coincidentes, o lo son solo por casualidad.

La prioridad de definición queda en manos del derecho penal que por su específica técnica de control no está en situación de ceder este primado al libre juego de fuerzas de las teorías de las ciencias de la educación y sus experiencias pedagógicas.

V. Control de la criminalidad en el contexto formativo jurídico

1. LA PUESTA EN PELIGRO DE LA COMPETENCIA PEDAGÓGICA

Cuando los marcos de referencia jurídicopenales dificultan considerablemente el desarrollo de la competencia pedagógica, podría pensarse enseguida en sacar el control de la criminalidad del derecho penal, colocándolo en el derecho educativo. Sus tareas especialpreventivas gozarían allí, sin duda, de

⁴⁰ Véase a TAUSCH-TAUSCH, *Erziehungspsychologie*, en la 8ª ed. reformada, 1977, págs. 332 y ss.

una situación más favorable, puesto que la orientación personal de los tratamientos coloca, en lo fundamental, todas las medidas bajo el primado de la eficiencia pedagógica, y solo se necesitaría imponer una pena en caso que esta apareciera como el más adecuado de todos los medios disponibles. También su estructura de aplicación se dejaría entonces trasladar sobre el efecto prospectivo de los estímulos concebidos según la teoría del aprendizaje.

La clara legitimación del derecho penal a partir de la perturbación delictiva del orden es disuelta, según la propuesta anterior, en una estructura pluralista de metas normativas, que en la formación práctica se condensa en simple ayuda orientadora para los educandos. En todo caso, esta es la imagen del hombre prevista por la Constitución alemana, que pretende tener a todos los ciudadanos por personalidades libremente conformadas. La búsqueda tras el propio lugar de origen en este heterogéneo ordenamiento de valores es designada, con frecuencia, como emancipación. Por otra parte, el carácter de oferta de la mediación pedagógica, apenas si entra en colisión con el estricto ámbito de validez de las regulaciones jurídicopenales. La vinculatoriedad de los valores depende, esencialmente, del juicio personal del individuo, y "dejarlo hacer" no significa que se lo libere de toda limitación. Donde son creadas normas como resultado del consenso general de la comunidad social, o sirven a la protección de derechos ajenos, se constituyen, naturalmente, impedimentos para la realización del individuo, con los que debe arreglárselas de algún modo, porque esta situación otorga a la existencia individual su contenido social.

Los verdaderos problemas surgen con la recepción de las tareas de control generalpreventivo, porque como este pertenece a los fenómenos básicos de las técnicas de conducción social, está sujeto solo muy limitadamente a las decisiones políticocriminales, como vimos anteriormente. Las tareas de control no son tampoco eliminadas mediante la transformación del contexto de control, y por ello tienen que servirse también del derecho educativo, y para ello no resulta apropiado el mecanismo de intervención especialpreventivo. Su sistema de medidas pedagógicas y ayudas terapéuticas tiene que tomar ahora también en cuenta el efecto de la sanción sobre otros ciudadanos. Y puesto que el tipo de control permanece limitado al individuo, la perspectiva generalpreventiva permanece circunscrita al enfoque personal, así como, al contrario, en el sistema de control jurídicopenal el individuo tiene el rango prioritario como destinatario de sanciones anónimas.

La prevención general, por su parte, se verá recortada en su contenido sistemático, o sea, será disminuida desde enfoque de control a dato de medición. La pretensión formativa solo tendrá entonces un alcance tan vasto como lo permitan los restos generalpreventivos de la estructura sancionatoria.

El tipo de reacción pedagógica ha desenvuelto siempre cierta preferencia para programas de tipo jurídicopenal en la confrontación con las fallas de comportamiento⁴¹. La influencia de tales programas adquiere, sin embargo,

⁴¹ Cuando falta la orientación psicológica, se trata en el análisis del fenómeno penal solamente de imágenes acuñadas por el derecho penal y la ética, a los cuales solo se ha quitado la exactitud

nuevas dimensiones con el ensanchamiento del campo de competencia, porque la formación no puede ahora hacer depender la aplicación de la pena solo de la apreciación de su eficacia pedagógica individual, puesto que la originaria pretensión de las técnicas anónimas de dirección presiona por una participación adecuada en el proceso de control. En el plano de la realización práctica pedagógica se produce, entonces, en el ámbito del derecho educativo, el mismo conflicto entre las concepciones pedagógicas y juridicopenales que se observó en la distribución inversa de roles, en el contexto juridicopenal.

La pretensión educativa corre, bajo estas circunstancias, un peligro considerable, consistente en ceder su primado en la *praxis* formativa en favor de técnicas represivas de tratamiento. Este presupuesto está confirmado por una cantidad de proyectos de ley alemanes, que entre 1968 y 1977 se esforzaron por lograr una síntesis de formas de control de comportamiento pedagógicas y juridicopenales. Cuanto menos recargado estuvo el derecho formativo con reacciones para hechos antijurídicos, tanto más emancipatorio resultaba, mientras que en la medida en que debiera llenar en mayor medida tareas penales, también se preveía su equipamiento en alto grado con medidas técnicas represivas de imposición. Esto es evidente, puesto que la clientela que se analiza apenas si se subordina voluntariamente a sanciones, independientemente de su calidad pedagógica. El carácter de oferta de las reacciones jurídicas correspondientes, discurre en estos casos vacío, y solo puede ser trabajado durante el transcurso de su aplicación.

Bajo estas circunstancias, es de temer muy seriamente que de una vinculación entre reglamentaciones juridicopenales y formativas, el derecho educativo sucumba a los elementos represivos del derecho penal con mucho mayor probabilidad a que suceda lo contrario, esto es, que el control de la criminalidad se enriquezca con formas educativas. Cuando el derecho formativo solo puede articularse pedagógicamente mejor porque no ha necesitado apoyarse en el ilícito en particular, pierde, sin embargo, esta ventaja necesariamente cuando debe servir metas generalpreventivas, puesto que estas imponen por su parte la exactitud juridicopenal.

De lo expuesto resulta la *cuarta tesis*: La educación pública está en sí en condiciones de reaccionar formativamente frente a la criminalidad; pero, sin embargo, no puede satisfacer los intereses específicos de la prevención general, que existen en todas las sociedades modernas, independientemente de construcciones dogmáticas, y que deben ser tenidos en cuenta. La considera-

del tipo legal. En forma ejemplar la obra de LANGEVELD, cit., 1969, págs. 140 y ss.; de la cual J. DERBOLAV (*Die gegenwärtige Situation des Wissens von der Erziehung*, 1962, pág. 23) dice en todo caso que tiene "la profundidad de un Schleiermacher"; véase además a DURR, ob. cit., pág. 94; a ROMBACH, ob. cit., pág. 20; y a ESTERHUES, ob. cit., 1962, pág. 103. En la forma más destacada FOERSTER (ob. cit., pág. 36), cuya influencia sobre el derecho penal juvenil data del movimiento de reforma al principio del siglo (*Jugendgerichtsbewegung*), y que hasta la fecha no ha sido superada.

ción de los intereses generalpreventivos desata, en el ámbito de la formación especialpreventiva, conflictos sistemáticos muy parecidos a los que en sentido inverso causa la pretensión pedagógica en el derecho penal.

2. FORMAS DE ELABORACIÓN DE LAS TAREAS DE CONTROL JURIDICOPENAL

Las tensiones entre tareas juridicopenales y técnicas pedagógicas son tan fuertes que apenas si pueden ser superadas en el ámbito del sistema. Si el control de desviaciones criminales es regulado típicamente según el derecho penal, se constituye respecto de la ayuda formativa para menores un ámbito especial autónomo, cuyo abarcamiento por el derecho de menores continúa siendo de naturaleza formal. De tal modo, no son de esperar transformaciones más profundas en la esencia institucional, y dado que el enfoque técnico de control sigue incidiendo como antes, el personal de las instituciones permanece estrictamente obligado a él.

Un nuevo ordenamiento de este tipo se agota, entonces, en las palabras, y a la vez tiene que tolerar el reproche de tratarse de un mero etiquetamiento. Las propuestas, digamos, de la Comisión de Trabajadores del Bienestar (asociación privada de fines sociales), por un derecho de ayuda ampliado para menores, se inclinaban en esta dirección, pues su catálogo de sanciones separa claramente la reacción por desviaciones criminales de la verdadera oferta de servicios según el contenido y presupuestos de aplicación.

La otra posibilidad consiste en ignorar los justificados intereses de la prevención general, a fin de encarar de este modo su problemática. Pero con ello no puede ser evitada, sin embargo, la idea retributiva como fenómeno social, que hace de las suyas por debajo de la frontera de lo codificable, y que influye las medidas de la educación pública, sin ningún impedimento. Cuando la intervención de la educación pública se concentra demasiado al control de comportamientos indeseables aislados, funciona en buena medida bajo formas juridicopenales. La desatención de los mecanismos anónimos de dirección aumenta por ello decisivamente la arbitrariedad en el trato con el delincuente, sin aumentar las posibilidades de conformación educativa. En este caso, cabe citar tentativas de extender la frontera de la imputabilidad legal por edad más allá de los mojones de la sicología evolutiva⁴² o de desenvolver los controles según formas ajenas a la fijación jurídica⁴³. Dado que el derecho formativo no tiene la posibilidad de cubrir todos los intereses de control en forma efectiva, resulta como *quinta tesis* que esencialmente no

⁴² M. WALTER, *Zum Diskussionsentwurf eines Jugendhilfegesetzes*, "ZBlJugR", 1974, pág. 42; KAISER, ob. cit., 1977, pág. 192, con más detalles.

⁴³ *Schriften der Arbeiterwohlfahrt*, 22, 3ª ed., 1970. En conexión con la discusión sobre la reforma del derecho de bienestar juvenil (*Jugendwohlfahrtsrecht*), sostenida en Alemania durante las últimas décadas. Este texto ha desarrollado un concepto integrativo para la asistencia juvenil (*erweiterte Jugendhilfe*), que ha incluido el control de criminalidad en el contexto general de la educación juvenil.

se puede renunciar al funcionamiento del aparato jurídicopenal, para lograr un adecuado tratamiento del fenómeno generalpreventivo.

VI. La estratificación procesal de los intereses de control

Evidentemente, la tarea formativopenal solo puede armonizarse en alguna medida con el enfoque del control anónimo, cuando se logra proporcionar diferentes matices a los escalones de concretización de la sanción. Por necesidades técnicas se necesita para ello una separación tan clara como sea posible entre los intereses de la persecución y la sanción, lo que objetivamente significa el sondeo del marco de control generalpreventivo, respecto de su tolerancia especialpreventiva.

Los resultados de la investigación sobre prevención⁴⁴ demuestran que la capacidad generalpreventiva del derecho penal no depende en primera línea ni de la especie ni del alcance de la sanción, como tampoco de la instancia en que se la ordena o ejecuta. El verdadero efecto parece estar más cerca de la incriminación misma del ilícito, y partir de la intensidad de la persecución, y efectivamente, las ventajas de la prevención general serán apreciadas en la creciente ampliación de los riesgos para el autor, de llegar a ser descubierto⁴⁵. Se trata de una perspectiva que entretanto se abarca desde el punto de vista individual de la teoría del aprendizaje, en la que también se pone en evidencia que solo una frecuencia de sanciones tan alta como sea posible disminuye efectivamente las cuotas de comportamientos indeseables.

Si el tipo de prevención hace su mayor esfuerzo verdaderamente en el ámbito de la persecución, surgen *dos nuevas tesis* para el control de la criminalidad, al menos de la juvenil. Son las siguientes:

—La eficacia generalpreventiva de la amenaza de sanción no depende en principio del contenido de la consecuencia jurídica, sino de la verosímil posibilidad de llegar a ser identificado como autor penal.

—El carácter desaprobatorio de la retribución de la culpa no aumenta la eficacia generalpreventiva de la amenaza punible.

En el primer caso, la significación del fenómeno del control anónimo generalpreventivo se concentra en la sistemática interna, pasando de la parte jurídicomaterial a la procesal. Esto, porque el típico efecto de control se apoya entonces, en lo esencial, en los actos de investigación y determinación de

la culpabilidad, mientras que la verdadera determinación de la sanción pasa a un segundo plano, y mediante ello se vuelve perceptiva para elementos especialpreventivos. Como vehículo procesal para la estratificación de los intereses de control, se utilizan cortes mediante estructuraciones procesales. Ya como simple división del juicio plenario como se discute desde hace tiempo en el derecho penal de adultos⁴⁶, y entretanto también investigado empíricamente⁴⁷ presta ciertos servicios para la solución de la criminalidad media y grave. En los trabajos de derecho penal juvenil también se trata el instituto, pero centrándolo más en el punto de vista de las necesidades diagnósticas de la misión formativa⁴⁸. Su validez educativa alcanza hasta más lejos, lo que en el derecho alemán vigente es puesto de manifiesto solo en las disposiciones de los §§ 53 y 27 de la ley judicial juvenil.

Una construcción generosa de los enfoques procesales podría incorporar las organizaciones públicas de formación para el resto del proceso, sin recargarla por ello al mismo tiempo con tareas generalpreventivas, puesto que estaría autorizada la interrupción del proceso penal para la aplicación de programas formativos, sin influir sus contenidos con formas jurídicopenales.

La segunda tesis traslada también la diferenciación de pena y formación desde la ejecución penal al plano de la determinación de la pena, permitiéndole, en virtud de ello, mayores oportunidades de realización. En el derecho penal general la estructura desaprobatoria de la sanción no puede limitarse a la comprobación del hecho, pues el prestigio de la idea retributiva, pese a ligeros retrocesos actuales⁴⁹, tiene todavía mucho apoyo en las preferencias de la población, de los agentes jurídicos de control y hasta de la Corte Suprema Constitucional⁵⁰, y, por ello, apenas si puede ser aislada del conjunto del proceso en secciones procesales independientes.

En el contexto del derecho penal juvenil, los presupuestos son más favorables, pues la edad adolescente, según los correspondientes conocimientos psicológicos, está referida a cualidades especiales que se apartan claramente de las de los adultos, y también de la conducta de estos. Por eso, la adolescencia es apreciada habitualmente según puntos de referencia propios, que tienen en consideración lo referente a su grado de desarrollo. El modo y contenido de sus sanciones no tienen, por ello, efectos directos sobre la conciencia jurídica general, en la medida en que la delincuencia no pase de ciertos límites. Por ello, al menos frente a los menores de la misma edad que no han delinquido,

⁴⁶ Véase por ejemplo, a H.-J. SCHNEIDER, *Jugendkriminalität im Sozialprozess*, 1974, pág. 108; y a E. M. SCHUR, *Radical Nonintervention Rethinking the Delinquency Problem*, N. W., 1973.

⁴⁷ Véase la lista en KAISER, ob. cit., 1980, págs. 165 y ss.

⁴⁸ KAISER, ob. cit., 1980, pág. 166.

⁴⁹ AZRIN HOLZ, ob. cit., 1966, págs. 380 y ss.; CHRISTOPH-LEMKE, ob. cit., 1974, pág. 66.

⁵⁰ La literatura sobre este asunto ha adquirido volumen considerable. Véanse las aserciones detalladas en J. HERMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angloamerikanischen Strafverfahrens*, 1971; TH. KLEINKNECHT, "Informelles Schuldinterlokut" im Strafprozess nach geltendem Recht, en *Festschrift Heintz*, 1972, pág. 651; B. BILAND-ZIMMERMANN, *Das Schuldinterlokut in der Hauptverhandlung*, Diss., 1975.

el derecho tiene que realizarse en su fase retributiva, o generalpreventiva. Pero ellos tienen dificultades para mantener separadas las polaridades ejecución penal y formación pública, como se sostiene hoy en general⁵¹, y, por tanto, tampoco es de esperar el logro de otras diferenciaciones más sutiles entre motivaciones retributivas y formativas.

De tal modo, la desaprobación no cumple en este ámbito ninguna tarea efectiva de control, y su enfoque puede limitarse constructivamente a la persecución del hecho, y solo necesita aparecer en el contenido de la sanción cuando esto sea tenido por sensato desde el punto de vista pedagógico. Una separación tan profunda, solo se conseguiría si el tipo de control penal permaneciera limitado a su mecanismo anónimo específico, y al mismo tiempo su empleo pudiese ser manejado según el criterio de su verdadera eficacia preventiva.

De aquí se extrae la *conclusión final*: Fuertes influencias educativas sobre el tipo de control juridicopenal presuponen una concentración de intereses generalpreventivos sobre el hecho. Cuando más claramente puedan ser separadas la comprobación de los hechos y la concretización de la sanción, tantas más posibilidades tendrá la formación de ser eficaz según sus propias fuerzas. Hasta qué medida de criminalidad cabe limitar los intereses generalpreventivos, mediante la investigación tendiente a la demostración de los hechos, es una cuestión empírica según el exacto efecto de la técnica de control juridicopenal. En el estado actual de los conocimientos científicos no se puede contestar todavía a esta pregunta en forma definitiva, pero necesariamente hay que presumir que las posibilidades formativas dentro del marco de control generalpreventivo no han sido todavía agotadas.

⁵¹ SCHÖCH SCHREIBER, *Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel?* "ZRP", 1978, pág. 63; D. DÖLLING, *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung. Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten*, 1978, ambos con más aserciones; véase también a J. WOLTER, *Schuldin-terlokut und Strafzumessung "GA"*, 1980, pág. 81.

FARMACODEPENDENCIA

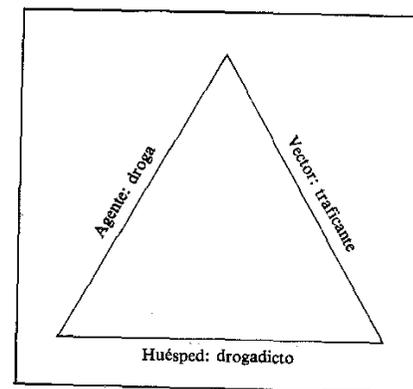
Doctor CÉSAR AUGUSTO GIRALDO G.

Jefe del Instituto de Medicina Legal de Medellín. Profesor de las Facultades de Derecho y Medicina, Universidad de Antioquia

I. Aspectos generales

El patrón o modo de consumir drogas va desde la ingestión ocasional con fines lúdicos, de una manera esporádica, hasta el abuso de esas sustancias; y como punto extremo, al estado de farmacodependencia.

Epidemiológicamente puede desarrollarse un triángulo formado de una parte por el agente productor de la enfermedad, que es la droga, la cual de por sí no es buena ni mala, y bien empleada en medicina tiene indudable acción benéfica; en el otro lado está el vector, que corresponde al traficante, al por mayor o al detal; y como base del triángulo se encuentra el enfermo farmacodependiente, víctima o sujeto pasivo de los otros dos elementos del triángulo (figura 1).



El estado farmacodependiente se acepta hoy más como una manifestación de trastorno mental, que como una enfermedad en sí; lo usual es que el individuo padezca de algún desajuste mental básico, con frecuencia del tipo de los trastornos de la personalidad.

En la inducción a la farmacodependencia, además de la personalidad básica del sujeto, desempeñan papel principal los efectos farmacológicos de las dro-