

Las sanciones subsidiarias*

Dr. en Ciencias Renén Quirós Pérez, miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y asesor del Ministro de Justicia.

* Artículo publicado en el Libro: "La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil", que contiene las memorias del Seminario Internacional celebrado en La Habana, Cuba, los días 24 y 25 de febrero de 2005, con el auspicio de Reforma penal Internacional y de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La cárcel, como centro de aislamiento obligatorio para extinguir una pena concreta (la privativa de libertad) resulta una institución moderna. Si bien la sociedad romana conoció el ergastulum, estos lugares no se hallaban destinados al cumplimiento de una determinada pena.

La consolidación de los regímenes autoritarios, que tuvo lugar en la sociedad feudal, ejerció particular influencia en el terreno de la penalidad. Se instituyó un complejo sistema de castigos que afectaban al enjuiciado en sus bienes (las penas pecuniarias), en su integridad física y en su vida (las penas corporales y la de muerte), y en su honor (las penas infamantes), las cuales aprovechaban en su ejecución todas las formas imaginables de la crueldad sobradamente conocidas.

El señor feudal disponía de manera arbitraria de la persona, de los bienes y de la familia de los campesinos. Cuando quería ordenaba el encierro de estos, donde les esperaba la tortura. Sin embargo, en ese sistema de penas no se concebía la pérdida de la libertad por un período determinado como un castigo apropiado para el delincuente. Si la servidumbre y el vasallaje representaban, dentro de ese régimen jurídico-social, la base natural y dominante, la libertad carecía de valor suficiente para considerar su pérdida como un mal. Ciertamente existían lugares de custodia donde las personas acusadas eran internadas mientras se hallaban sometidas a juicio y hasta que, si se les declaraba culpables, eran entregadas, en la mayor parte de los casos, al tormento de las penas corporales.

No obstante, en el siglo XVI, bajo la influencia del Derecho canónico, comenzaron a ensayarse algunos modelos correccionales y a concebirse determinados tipos de penas, para los pequeños delitos, para los delincuentes menores y para los individuos sin trabajo, vagabundos o mendigos. De todos estos ensayos merecen destacarse, por su proyección posterior, el centro de Bridewel (1552) construido en Londres como House of Correction, la Rasphuis holandesa (1595) y la Casa Hospital y Asilo de Corrección construida en Sevilla, también en el siglo XVI.

En la medida en que la burguesía se fue reafirmando y difundiendo sus intereses, nuevas concepciones emergieron, dentro de aquella sociedad, en torno a los centros penitenciarios. El proceso socioeconómico que durante la desintegración del sistema feudal había determinado, en el curso de los siglos XVI y XVII, las condiciones primarias del desarrollo capitalista, o sea, acumulación de riquezas en las manos de la naciente burguesía y creación de un ejército de expropiados, ya no campesinos, estuvo caracterizado, en el orden penal, por una feroz reacción en lo que respecta a esas masas de pobres y vagabundos. La crueldad y el exterminio representaron las fórmulas penales preferidas.

Desde el siglo XVI al siglo XVIII las prisiones mostraron la notable influencia del pensamiento mercantilista. Estos centros pusieron de manifiesto más una acción político-económica que

jurídico-penal. Además del aprovechamiento de una mano de obra barata, se favoreció también el sistema penitenciario diseñado tomando como fundamento la ocupación laboral, los trabajos duros y de escasa cualificación y el instrumental laboral anticuado, incluso en aquellos momentos, respondía mejor a lo que ya desde entonces apareció como la función fundamental de la institución correccional: el aprendizaje de la disciplina laboral o social.

Ese tipo de institución fue hábilmente aprovechado, por la burguesía en ascenso para prever y reglamentar un tipo particular de pena: la privación de libertad. Sólo cuando, con el auge del nuevo sistema de producción todas las formas de la riqueza social habían sido reducidas al común denominador del trabajo humano medido en el tiempo, fue concebible una pena que privara al culpable de una cantidad de su tiempo asalariado.

En realidad, la evolución histórica de la pena privativa de libertad y de los centros donde esta se cumple, tiene su punto de partida histórico en el siglo XVIII cuando en la pena carcelaria se materializaban las características particulares de la pena privativa de libertad. En las cárceles del siglo XVIII desapareció el carácter laboral. No se trata de que en ellas no se trabajara, sino que la prisión pasó de un centro de trabajo a un centro de detención para la extinción de una pena concreta: la privativa de libertad. El Iluminismo proporcionó la base ideológica de toda la reforma penitenciaria desarrollada fundamentalmente en Europa durante ese siglo.

La labor que realizaron Howard, Beccaria, Filangieri o Bentham, dentro y fuera de sus países, contribuyó eficazmente a la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad en la ejecución de la pena privativa de libertad. Se entendió entonces que más eficaz que la pena severa era la pena cierta, pronta y proporcionada al delito.

Si bien los aspectos crueles de la prisión no desaparecieron total y definitivamente, el pensamiento ilustrado consiguió tres importantes logros en relación con la pena de prisión: primero, se originó una cierta corriente humanista entre la opinión pública; segundo, se reglamentó la ejecución de la pena, propiciándose, de este modo, las garantías jurídicas de los penados; y tercero, se introdujeron algunos cambios sustanciales, tales como la aplicación del sistema progresivo, la restricción de los castigos corporales y el empleo de símbolos de terror como los grilletes, las cadenas, etc.

El siglo XIX se caracterizó, de una parte, por la definitiva difusión de la pena privativa de libertad que pasó a ser la pena hegemónica de todo el sistema de sanciones; y, de otra parte, por el progresivo incremento en la variedad de los modelos penitenciarios. Esta nueva orientación se correspondió con una nueva corriente, distinta de la anterior. A las ideas ilustradas y concepciones iusnaturalistas sucedió el pensamiento positivista. En tanto que esta filosofía sirvió para un reforzamiento de la prisión, puede considerarse que la segunda mitad del siglo XIX y comienzo del siglo XX, significaron, desde el punto de vista penitenciario, un retroceso. El positivismo se hallaba más preocupado por cuestiones de método y de técnica que por buscar modelos que atenuaran el rigor de las prisiones. Con el positivismo se perfilaron nuevas fórmulas orientadas más hacia el control técnico que hacia la humanización de las penas.

2. LOS INCONVENIENTES DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

A raíz del acelerado desarrollo de la industrialización, de la urbanización y de los cambios tecnológicos, se apeló, a escala mundial, a la pena de prisión y al consecuente internamiento penitenciario. Esto trajo como significativa consecuencia el hacinamiento de la población penal, la incapacidad de los sistemas de justicia penal para reaccionar con eficacia frente a las nuevas modalidades y dimensiones de la delincuencia. En contra de la pena privativa de libertad se ha

aducido, además: la naturaleza deshumanizante del encarcelamiento: la debilitación de la personalidad humana que produce el internamiento total; la incapacidad de las instituciones penales de reducir las tasas de delincuencia. Estos reparos a la pena privativa de libertad podrán ser acertados o no, pero siempre tendrán que ser tomados en consideración frente a la posibilidad del perfeccionamiento de las regulaciones penales.

Lo cierto es que tales circunstancias han profundizado la controversia en torno a la utilización de la pena privativa de libertad, han contribuido a la crítica generalizada del sistema penal, y principalmente han propiciado el moderno desarrollo, en el ámbito de la teoría y en el de las legislaciones, de nuevas fórmulas sancionadoras para sustituir el internamiento.

En general, los cambios se han centrado en tres esferas principales: primera, en la reducción del campo de aplicación del Derecho penal, mediante la aplicación de profundos y bien organizados procesos de despenalización; segunda, en la consideración del delincuente no como un mero receptor pasivo del tratamiento, sino como una persona con derechos, obligaciones y responsabilidades; y tercera, en el empleo del internamiento sólo como sanción extrema de "última fila", ampliando al mismo tiempo otros métodos de tratamiento o adoptando nuevas medidas que no entrañan la reclusión en centros penitenciarios.

Sin embargo, la teoría general acerca de estas penas subsidiarias adolece aún de un elemento de ambivalencia. De una parte, se recomienda el empleo de las formas no institucionalizadas de tratamiento; y de otra parte, la sanción que supone la segregación del penado de la comunidad, o sea, la privativa de libertad, sigue siendo considerada, a escala mundial, como el más eficaz factor de disuasión, pese a todos los argumentos esgrimidos por la teoría penal.

Lo expuesto pone de manifiesto que la cuestión de las penas subsidiarias a la reclusión debe ser sometida a intensa revisión crítica. Son cada vez más poderosos y convincentes los reparos en el ámbito universal, al funcionamiento del sistema penal desde el punto de vista de las conveniencias sociales y jurídicas.

3. PENAS ALTERNATIVAS Y PENAS SUBSIDIARIAS

Con cierta frecuencia, se han identificado, por la teoría penal, las penas subsidiarias y las penas alternativas, aún cuando, en mi opinión hay razones teóricas y prácticas para instituir determinadas diferencias entre una y otra. Resulta un hecho visible que en muchos casos la Parte Especial de los Códigos Penales contiene, para el mismo delito, dos especies de pena, entre las cuales el tribunal, en el caso concreto, puede escoger una de ellas, entendiéndose que la aplicación de la seleccionada implica la exclusión de la otra (por ejemplo, el artículo 168.1 del Código Penal cubano prevé una pena de privación de libertad y otra de multa). A estas penas es a las que, a mi juicio, puede denominárseles, por su naturaleza intrínseca, "penas alternativas", porque la impuesta surge de la selección que el juzgador hace entre una y otra sanción.

La pena subsidiaria, en cambio, es aquella que entra en aplicación para sustituir otra pena principal (en este caso la privativa de libertad), o sea, que la subsidiaria se aplica en lugar de la principal. La aplicación de la pena subsidiaria está condicionada a la no intervención de la pena privativa de libertad.

4. FUNDAMENTO DE LAS PENAS SUBSIDIARIAS

Con frecuencia se ha aducido que el fundamento de las penas subsidiarias radica en el propósito de sustituir las penas privativas de libertad de "corta duración", lo cual hasta cierto punto, significaría la necesaria previsión legal de estas penas de corta duración. El tema es más complicado por cuanto ellas suscitan, ordinariamente, dos problemas principales y de previa valoración.

El primer problema estriba en la necesidad de definir el concepto de "penas de corta duración", a pesar que aún no se ha determinado con suficiente exactitud. De lo previsto en algunas legislaciones en cuanto a los límites de aplicación de las penas subsidiarias, se ha alegado que ese límite sólo debe extenderse hasta los seis meses.

El segundo problema resulta de más elevada complejidad, por cuanto de lo que se trata es de decidir respecto a la procedencia o improcedencia de la admisión legal de tales penas privativas de libertad de corta duración. Se suele aceptar las penas cortas siempre que se establezca, al mismo tiempo, un modelo específico, concreto, de cumplimiento. Sobre la base de esta idea, en las últimas décadas del pasado siglo XX, se ha desarrollado una tendencia penitenciarista que fomenta la aplicación de las aludidas penas cortas (de dos o tres días de duración), pero con una periodicidad constante.

En este orden de las ideas, se han previsto como penas subsidiarias la de trabajo a favor de la comunidad, la de arresto los fines de semana. Según sus defensores este tipo de pena produce un efecto particular (el efecto-shock), sin perturbar las relaciones sociales, familiares y laborales. Tales sanciones sirven a manera de una combinación de breves impactos por medio del internamiento con una puesta en libertad fijada desde el principio bajo control asistencial.

Personalmente soy contrario a la previsión de las penas de corta duración. Ni antes, ni ahora, he podido convencerme de ellas, ni siquiera en el sentido de la pena shock. Los hechos que pudieran hallarse sancionados por esas penas carecen de relevancia jurídico penal. Tales penas han sido objetadas, con razón, por diversas y bien fundadas razones. De ellas se ha afirmado que: son incapaces para ejercer un influjo educativo sobre el sancionado; que carecen de eficacia intimidativa, en particular respecto a los delincuentes endurecidos; que perturban innecesariamente las relaciones familiares y laborales; que su ejecución implica un indeseable, elevado costo; y que carecen de establecimientos adecuados para su cumplimiento.

A estos argumentos podrá adicionarse otro fundamento. La legislación cubana, a mi juicio, a descartado el criterio de las penas cortas como fundamento de las penas subsidiarias, si se tiene en cuenta que en la actualidad pueden ser sustituidas las penas privativas de libertad hasta de cinco años. No parece lógico suponer que una sanción de cinco años de privación de libertad pueda calificarse de "pena corta". A mi juicio, en la legislación cubana, el fundamento de las penas subsidiarias radica en el papel que desempeña "el trabajo" en la educación y formación ética del hombre, al que se alude en los artículos 32.1, 33.1 y 34.1 en relación con el 34.3-ch, todos del Código Penal. De tal modo, la pena privativa de libertad puede sustituirse cuando por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado existen razones fundadas para estimar que su reeducación es susceptible de obtenerse por medio del trabajo".

No obstante, la fórmula tiene algunos inconvenientes: siempre resultará dudoso determinar previamente la eficacia educadora del trabajo, derivándola de circunstancias anteriores. ¿En qué consistirá la "índole del delito" y las "características individuales del sancionado", capaces de determinar la sustitución de las penas?, ¿cuáles razones servirán al tribunal para estimar que la reeducación del sancionado es posible?.

5. LOS FINES DE LA PENA

El tratamiento de las penas subsidiarias reclama el examen más o menos detallado de una cuestión principal. Me refiero a la materia relacionada con los fines de la pena y su relación con las sanciones subsidiarias. La legislación cubana así lo reconoce expresamente en los artículos 32.1, 33.1 y 34.1.

A) LAS TEORÍAS

Aun cuando el tema de los objetivos de la pena fue planteado tempranamente en la teoría penal, no alcanzó un lugar relevante en el Derecho hasta las últimas décadas del siglo XVIII, precisamente coincidiendo con la etapa de auge teórico y práctico de la pena privativa de libertad. En mi opinión, tal coincidencia en el desarrollo de una y otra, o sea, de la pena privativa de libertad y de la teoría de los fines de la pena, implica que esta (la teoría de los fines de la pena) ha surgido y se ha desarrollado de manera predominante, con vista y en utilidad de aquella, es decir, de la pena privativa de libertad considerada paradigmática en el sistema sancionador.

A partir de entonces el tema de los fines de la pena no ha cesado de preocupar, por sus naturales implicaciones, suscitándose diversas opiniones que se han basado, históricamente, en dos criterios: el de la retribución y el de la prevención.

a) La teoría de la retribución

La teoría retributiva sostiene que la pena es un mal que se aplica como consecuencia de haberse perpetrado otro mal (el delito). Según esas teorías, la pena solo resulta un medio para la realización de la justicia absoluta o metafísica, una justicia cuya última exigencia debe ser satisfecha en todos los casos. El desarrollo de la tesis del fin de la pena como retribución por el delito perpetrado correspondió al idealismo alemán, representado principalmente por Kant (desde el punto de vista ético) y por Hegel (desde el punto de vista jurídico).

Kant entendía que la pena se imponía únicamente porque el delincuente había cometido un delito. Afirmaba que si se intentara obtener un fin en la aplicación de la pena se reduciría al hombre a la condición de simple instrumento, lo cual resultaba reprobado por la esencia y dignidad humanas.

Para la filosofía hegeliana, el carácter retributivo de la pena se justificaba por la necesidad de establecer la concordancia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico con la "voluntad especial" del delincuente. Tal concordancia se consideraba quebrantada por el delito, pero se restablecía mediante la aplicación de la pena. Para ello los hegelianos apelaban a la conocida fórmula de la dialéctica de Hegel, aplicada a esta cuestión. Según esto la pena constituía, "la afirmación del Derecho", por cuanto ella era "la negación del delito" y el delito era "la negación del Derecho". Si se tiene en cuenta que "la negación de una negación supone una afirmación", la pena, en última instancia constituye la afirmación del Derecho.

b) La teoría de la prevención

Las teorías de la prevención tienen de común que atribuyen a la pena la finalidad de impedir o evitar los delitos; o sea, como un medio para proteger bienes jurídicos. Mientras que la retribución se orienta hacia el pasado (se sanciona porque se ha delinquido), la prevención se orienta hacia

el futuro (se sanciona para que no se vuelva a delinquir). Este punto de partida se concreta de forma muy distinta por las dos direcciones en que, a partir de Feuerbach se bifurca esta teoría: la prevención general y la prevención especial.

a') El fin de prevención general

La prevención general concibe la pena como medio de evitar la comisión de delitos por la generalidad de los miembros de la sociedad. Se dirige al resto de los ciudadanos. La pena, de este modo, deviene instrumento eficaz para influir en la comunidad, orientando los comportamientos sociales hacia la materialización de conductas correctas. Su principal representante fue Feuerbach.

Antes de Feuerbach la función preventivo-general de la pena se confiaba sobre todo a la ejemplaridad y a la publicidad de su ejecución. A partir de Feuerbach esa finalidad se basó en el principio de la intimidación mediante la coacción psicológica. Según Feuerbach la pena servía como amenaza dirigida a los ciudadanos para que se abstuvieran de delinquir. Para satisfacer los fines de prevención, era preciso disponer de medios capaces de prevenir los delitos, o sea, que se aprovechara lo que le era intrínsecamente característico: la coacción. Sin embargo, la coacción física no resultaba totalmente eficaz en este terreno; por lo cual se hacía necesaria la aplicación de otro tipo de coacción que fuera capaz de llevar a cabo esta tarea. Tal coacción sólo podía ser la psicológica, o sea, la intimidación.

b') El fin de prevención especial

La finalidad de prevención especial sostiene que la amenaza del mal contenido en la pena tiene por finalidad la de evitar que el propio sancionado cometa nuevos delitos en el futuro. Esta teoría se desarrolló, sobre todo, a partir del último tercio del siglo XIX, cuando fue defendida por el correccionalismo en España, el positivismo criminológico en Italia y, en particular, la dirección sociológica de von Liszt en Alemania.

B) LAS OBJECIONES

No obstante, se han formulado serios y fundamentados reparos a las tres teorías, que en definitiva determinan la ineficacia de ellas.

En contra de la teoría retributiva se han aducido dos argumentos:

- Resulta inverificable la razón por la cual ocasionar un mal como el de la pena sea equivalente cuantitativa y cualitativamente al mal ocasionado por el delito. No existe un equilibrio materialmente proporcional entre el daño inferido por el culpable y la afectación que sobre él se impone por causa de ese mal, o sea, la pena. ¿Puede afirmarse que la acción de privar de la vida a otro se compensa con 15 años de privación de libertad al matador?.
- Queda sin resolver la cuestión decisiva, o sea, la de determinar bajo que presupuestos la responsabilidad del hombre autoriza al Estado a sancionar una conducta. La teoría de la retribución no ha logrado explicar de manera convincente "cuando" se tiene que penar, sino tan solo que con la imposición de una pena se retribuye un delito.

En contra de la teoría de la prevención general se ha alegado que los efectos reales de la intimidación, su influencia social, son inverificables. Resulta muy difícil -casi imposible- determinar con precisión hasta qué punto la previsión normativa de la pena aparta a los ciudadanos de cualquier propósito delictivo; hasta que punto sectores apreciables de la sociedad desisten de delinquir por el único efecto de la amenaza de la punición.

En contra de la prevención especial se ha aducido principalmente los altos índices de reincidencia, a veces no reflejados por las estadísticas, constituyen un elemento de notoria objeción de ella.

La diferencia esencial entre retribución y prevención que en sus comienzos se planteó como un diverso enfoque en los valores protegidos por el Derecho penal se convirtió en un arma utilizada en la lucha contra el delito, o sea, contra la delincuencia como fenómeno social o como fenómeno individual-humano. No se trataba solo de realizar una justicia ideal exigida por la razón., sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado (Mir Puig, La función de la pena, editorial Bosch, 2ª. Ed., Barcelona, 1982, p. 28)..

C) CRITERIOS MODERNOS

En la actualidad, para superar estas objeciones a las teorías de la retribución y de la prevención se han seguido dos direcciones: la de apelar a una teoría mixta o unitaria y la de acudir a una tesis positiva de la prevención general que se aparta del curso tradicional de esta teoría, curso que por supuesto se ha denominado "prevención general negativa".

a) La teoría mixta o de la unión

La teoría mixta o de la unión (iniciada por Merkel a principio del siglo XX) ha surgido como una solución de compromiso en el debate que escindió a la teoría penal en dos campos irreconciliables: el de la retribución y el de la prevención.

Si bien las teorías mixtas se han basado en una amplia diversidad de opiniones, en ellas podrían distinguirse dos tendencias principales:

- La de quienes atribuyen a la retribución el fundamento de la pena, pero concediendo a la finalidad de prevención un mero papel complementario.
- La de quienes consideran que el fundamento de la pena radica en la finalidad de prevención porque la pena es la defensa de la sociedad (en el sentido de protección de bienes jurídicos), correspondiéndole a la finalidad de retribución solo la misión de limitar las exigencias de la prevención.

Las teorías mixtas se han valorado conforme a dos puntos de vista contrapuestos.

De una parte se ha dicho que la teoría mixta conduce a un eclecticismo que queriendo satisfacer las exigencias de la retribución y de la prevención concluye en general, en fórmulas poco convincentes. Retribución y prevención son dos conceptos opuestos de una sola realidad que no pueden someterse el uno al otro. Además, no siempre es aceptable la aplicación conjunta de las tres teorías. Por ejemplo, en la sanción de muerte es absurdo reconocer la concurrencia de

una finalidad de prevención especial y en la remisión condicional de la sanción está ausente la retribución. .

De otra parte se ha dicho que las teorías mixtas o de la unión tienen el mérito de haber superado la excesiva unilateralidad de la retribución y de la prevención. Según estas, cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarlo desde un punto de vista multilateral, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos.

La oposición de estos dos criterios pone de manifiesto la necesidad de buscar una fórmula que supere la aparente aplicación concurrente de las teorías de la retribución y la prevención. Esta fórmula es la que patrocina Roxin.

Según Roxin si se distingue cada uno de los diferentes estadios en que la pena aparece, se observará que en cada uno de ellos la pena cumple funciones y finalidades distintas:

- En el momento de la conminación penal, es decir, cuando la ley prohíbe una conducta amenazándola con una pena, resulta decisiva la finalidad de prevención general, por cuanto se intimida a los miembros de la sociedad para que se abstengan de realizar la conducta prohibida.
- En el momento de la aplicación en concreto de la pena, o sea, si el sujeto llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para la comisión de ese hecho, predominando la tesis de la retribución.
- En la etapa de la ejecución de la pena impuesta, prevalece la tesis de la prevención especial, porque en esa etapa lo que debe perseguirse es la reeducación y resocialización del delincuente.

b) La concepción positiva de la prevención general

La prevención general, según la concepción positiva, no consiste en un mensaje a la ciudadanía en general para que se abstenga de incurrir en actos antijurídicos sino que consiste en ratificar la vigencia de la norma como mandato de comportamiento social.

Según los criterios más o menos predominantes, la prevención general positiva atribuye a la pena la función de afirmar el reconocimiento de la norma como sustrato social, o sea, que ella materializa la finalidad de la pena mediante la confianza social que surge cuando la ciudadanía comprueba que el Derecho se aplica, que la justicia predomina sobre la transgresión de la ley.

Si bien en el seno de esta concepción hay cierta unidad de pensamiento en las bases fundamentales de esta teoría., ella toma diversos cursos al procurar la tarea de Derecho penal . Se considera que la prevención general positiva se basa en el reconocimiento del papel del Derecho penal como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales (Mir Puig), o de la conciencia social de la norma (Hassemer) o de una actitud de respeto por el Derecho (Armin Kaufmann) o de la vigencia de la norma (Jakops).

c) La teoría preferible

La teoría mixta surgió como una fórmula de transacción en el debate que separó, de manera irreconciliable, a los autores de las dos posiciones opuestas:: la de los partidarios de la retribución y la de los partidarios de la prevención. El defecto más visible de esta teoría mixta radica en la

imposibilidad de “unir” (como intentaba ella incluso desde su propia denominación) dos tendencias que en su esencia conceptual más intrínseca resultan incompatibles. Por consiguiente, si el aludido defecto fuera salvable, la teoría mixta lograría alcanzar cierto nivel de validez, aceptación y prevalencia. .

La teoría preferible, en mi opinión, es la mixta (como tal), aun cuando debe ser reformada en sus planteamientos más excluyentes- A esos efectos consigno los aspectos principales de la mencionada.reforma.

Primero: La teoría mixta no consiste en una mera concepción aplicada exclusivamente en sus tres componentes fundamentales (retribución, prevención general y prevención especial), en conjunto, sino de una flexible noción expositiva de las tres posibles variantes aplicables, las cuales pueden ser una, dos o los tres indicados componentes, según los casos; cualquier otro enfoque teórico siempre daría lugar a reparos y debates (como los que con anterioridad he aludido)

Segundo: Frente a la tradicional solución “unitaria” (en el sentido de fórmula conjunta), me parece preferible adoptar una actitud más radical, o sea, renunciar al tratamiento del tema y limitar la dirección teórica al simple reconocimiento de que la pena constituye una necesidad como medio de represión indispensable para conservar las fundamentales condiciones de vida de los miembros de la sociedad, descartando el examen de las teorías sobre los fines de la pena.,

Tercero: A mi juicio, la noción de los fines de la pena implica el desarrollo de una función de protección llevada a cabo en dos momentos que, a su vez, representan dos barreras a la actuación delictiva: primera, en el momento de prever el acto antijurídico (el delito) y segundo, en el momento de prever la consecuencia jurídica atribuida al fracaso de la primera barrera (la sanción). Cuando el artículo 261 del Código Penal cubano prohíbe el privar de la vida a otro, está enviando un mensaje a toda la sociedad acerca de esa prohibición, pero al mismo tiempo ese artículo 261 instituye, en un segundo momento, la consecuencia que acarreará el fracaso de su primera prohibición. Quedaría sólo por valorar las consecuencias del segundo fracaso, el cual oibdría de manifiesto que la justicias no se ha aplicado y por lo tanto que la prevención general habrá sido defraudada. ç

Cuarto La finalidad de proyección que, no obstante, incumbe a la pena implica el desarrollo de una función de protección llevada a cabo por la sanción penal, la cual se materializa de un modo particular. Protección no equivale a "inmunidad". La sanción penal no crea una barrera invulnerable que impide los ataques contra los objetivos por él seleccionados. Su tarea es más modesta. Significa que el Derecho penal, por medio de la sanción penal, instituye un ordenamiento jurídico conminatorio de esas acciones lesivas o amenazantes a los objetos protegidos, capaces de promover la confianza social en el Derecho penal y en la eficacia de las normas jurídico penales.

Quinto: La sanción penal no impide el delito, sino que simplemente ella resulta aplicada a quienes llevan a cabo la materialización de los delitos. La sanción penal no protege las concretas relaciones sociales, por cuanto estas se han defraudado ya por el delito. El castigo de una infracción ya cometida, por medio de la pena, llega siempre, por su propia naturaleza, demasiado tarde y no puede hacer desaparecer el acto cometido. Lo que en realidad protege la sanción penal es la seguridad en el sistema jurídico, la confianza en la efectiva y justa realización y

desarrollo de las relaciones sociales. Esa es su primordial función preventiva. La imposición de la pena adecuada a la infracción perpetrada ofrece la confirmación visible de la inquebrantabilidad del orden jurídico, cuya existencia consolida, en última instancia, el orden social instituido. La sanción penal impuesta a tiempo pone de manifiesto, de forma inequívoca, tanto frente al culpable como frente a la sociedad, que si bien llega tarde, el Derecho consigue imponerse, y que puede confiar también en que lo hará en el futuro.

Sexto: Sólo faltaría precisar si ciertamente la prevención y la retribución resultan verdaderos fines de la pena, por lo menos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Código Penal cubano, o si el verdadero fin es el de “reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista”, y que la retribución y la prevención son reales medios para alcanzar esa finalidad primordial. .

Séptimo: La exposición que se ha efectuado en torno a los fines de la pena son suficientes para determinar que en el caso de las sanciones subsidiarias, la finalidad de la pena está basada en la prevención especial. Para llegar a tal conclusión sería suficiente el examen de los artículos relacionados con las penas subsidiarias, o sea, los artículos 32.1, 33.1 y 34.1, del Código Penal,

6. EVALUACION DE LAS PENAS SUBSIDIARIAS

Hasta el momento, los principales puntos de vista para la evaluación de los modelos de sanciones subsidiarias han sido los siguientes: el éxito del resultado (el hecho de no haber incurrido el sancionado en ninguna de las causales de revocación de la medida), el costo relativo y el índice de reincidencia.

En general, no se dispone de datos fiables acerca de estos tres factores. Se ha dicho que las penas subsidiarias son económicamente menos gravosas que el internamiento, a pesar de los gastos que siempre deben implicar los medios necesarios para el control de las mencionadas penas subsidiarias. Por ejemplo se ha afirmado que el costo de la libertad condicional y vigilada equivale a una décima parte del correspondiente al del internamiento.

Sin embargo, la regulación legal de las penas subsidiarias, tanto en el ámbito mundial como en el particular de Latinoamérica, no ha estado exenta de ciertos reparos dentro de los cuales suelen mencionarse los siguientes: la previsión normativa de ellas no se orienta, en general, hacia la sustitución de la reclusión, sino únicamente, hacia la sustitución del internamiento clásico y tradicional; las dificultades para llevar a cabo la construcción de establecimientos especiales, dedicados a la extinción de estas medidas, no se ha materializado en un nivel convincente; la nociva insuficiencia de personal calificado, capaz de ejecutar los programas demandados por la naturaleza de estas sanciones subsidiarias; el peso de la opinión pública no siempre bien informada acerca del alcance y contenido de las sanciones subsidiarias; la falta de un sistema organizado de tratamiento posterior a la puesta en libertad del sancionado.

En la exposición que he puesto a la consideración de ustedes, he consignado algunas ideas en torno a un tema jurídico penal contemporáneo. Habrá que continuar pensando en la necesidad de nuevas fórmulas que asocien las soluciones más convincentes y satisfactorias a las condiciones reales de cada país frente a los apremios de este tema.

**