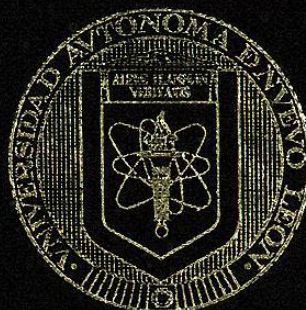


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



"LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO  
REACCION ESTATAL AL DELITO EN EL SISTEMA PENAL  
MEXICANO."

POR

RAQUEL FLORES GARCIA

TESIS PRESENTADA  
PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRA EN DERECHO CON ESPECIALIDAD EN  
DERECHO PENAL

ASESOR: LIC. OSCAR E. MEDINA PEREZ

CD. UNIVERSITARIA      DICIEMBRE 2004  
SAN NICOLAS DE LOS GARZA, N. L.

LA CRISIS DE LA PENNA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO

REACCION ESTATA AL DELITO EN LA SISEMA PENAL

MEXICANO.

TM  
K1  
FDYC  
2004  
F6



1020150174

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**"LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO  
REACCION ESTATAL AL DELITO EN EL SISTEMA PENAL  
MEXICANO."**

**PCR**

**RAQUEL FLORES GARCIA**

**TESIS PRESENTADA  
PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRA EN DERECHO CON ESPECIALIDAD EN  
DERECHO PENAL**

**ASESOR: LIC. OSCAR E. MEDINA PEREZ**

**CD UNIVERSITARIA      DICIEMBRE 2004  
SAN NICOLAS DE LOS GARZA N. L.**

985103

TM

K1

FDY0

2004

.F6



FONDO  
TESIS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**"LA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO  
REACCIÓN ESTATAL AL DELITO EN EL SISTEMA PENAL  
MEXICANO".**

POR  
RAQUEL FLORES GARCÍA

TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRA EN DERECHO CON ESPECIALIDAD EN  
DERECHO PENAL  
MATRÍCULA No. 2361362  
ASESOR: LIC. OSCAR E. MEDINA PÉREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, DICIEMBRE DE 2004  
SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, N.L.

# DEDICATORIA

Con gran amor

a mi hijo, hija y nieto

A quienes me han apoyado siempre,  
mis hermanas y hermanos.

Raquel

# AGRADECIMIENTOS

A mi Dios

Por su ayuda y colaboración  
al maestro en derecho Jorge Rivero Evia

También por su apoyo al Lic. Oscar E. Medina  
Pérez

De manera especial a mis maestros y amigos que  
me ayudaron en todo momento

Raquel



## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	I
<b>CAPITULO 1</b>	
<b>BREVE HISTORIA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.....</b>	<b>1</b>
1.1. El arresto.....	4
1.2. La reclusión .....	4
1.3. El presidio .....	5
1.4. La cárcel .....	5
1.5. La prisión .....	9
1.5.1. La prisión preventiva .....	10
1.5.2. La prisión como pena .....	11
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>SÍNTOMAS DE LA CRISIS DEL SISTEMA.....</b>	<b>15</b>
2.1. La victimización carcelaria.....	17
2.1.1. De cómo se hace víctima un delincuente.....	20
2.1.2. Las falacias del tratamiento carcelario y la readaptación social .....	24
2.1.3. Drogas y sexo: compañeros del recluso.....	29
2.2. La errada política criminológica mexicana.....	31
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>LA CRISIS COMO CARACTERÍSTICA DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO.....</b>	<b>34</b>
3.1. La crisis contemporánea del sistema punitivo.....	35
3.2. Las actitudes básicas ante el Derecho penal.....	39
3.2.1. La postura abolicionista .....	42
3.2.1.1. Abolicionismo y Criminología Crítica .....	43
3.2.1.2. Bases para una crítica de la opción abolicionista.....	44
3.2.2. La perspectiva resocializadora .....	48
3.2.3. La propuesta garantista .....	51
3.2.3.1. El garantismo y los límites materiales de la intervención penal .....	51

<b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>LOS PARADIGMAS DE RESPUESTA ESTATAL AL DELITO.....</b>	<b>61</b>
4.1. El modelo disuasorio clásico .....	61
4.1.1. Postulados .....	62
4.1.2. Críticas a dicho modelo .....	62
4.2. El modelo resocializador.....	64
4.2.1. Fundamentos teóricos .....	64
4.2.2. Reproches y descalificaciones .....	67
4.3. El modelo "a la mexicana" .....	68
4.4. El modelo integrador .....	69
4.4.1. Orígenes y antecedentes .....	70
4.4.2. Expectativas que genera este paradigma .....	72
4.4.3. Presupuestos de la mediación .....	76
4.4.4. El procedimiento conciliatorio: sus fases .....	77
4.4.5. Balance del paradigma integrador .....	79
<b>CAPÍTULO 5</b>	
<b>LOS FINES DEL DERECHO PENAL DESDE EL MODELO INTEGRADOR.....</b>	<b>83</b>
5.1. El fin legítimo del Derecho penal.....	83
5.1.2. La necesidad de la pena .....	84
5.2. El fin de prevención general de delitos.....	89
5.2.1. La prevención .....	90
5.2.1.1. La prevención general positiva .....	91
5.2.1.2. La prevención general negativa .....	94
5.3. El fin de reducción de la propia violencia estatal .....	97
5.3.1. El principio de "intervención mínima".....	98
5.3.2. El fin de reducción de la violencia estatal en la perspectiva integradora-garantista .....	100
5.3.2.1. La "formalización" como característica del Derecho penal .....	101
5.3.2.2. La resocialización como garantía material .....	103
5.4. Conflicto entre despenalización y prevención del delito....	105
5.5. Epílogo .....	109
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>111</b>
<b>FUENTES DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>115</b>

## INTRODUCCIÓN

La violencia institucional no es más que el síntoma de la crisis de los planes de prevención y tratamiento. En los últimos años se ha planteado el tema de la crisis de la justicia penal, y en particular, la crisis de la prisión.

En efecto, la prisión, y por ende, las penas de privación de libertad se encuentran en crisis. Estas clases de penas alcanzaron su máximo apogeo en el siglo XIX.

Las penas carcelarias empiezan a desarrollarse coincidiendo con las codificaciones, encuentran su punto culminante en la década de los ochenta del siglo antepasado, e inicia su ocaso antes de que el propio siglo XIX termine.

En menos de una centuria, pasa la humanidad de contemplarla como admirable solución, a denigrarla como semillero de todos los males.

No parece posible, hoy por hoy, prescindir de las penas privativas de libertad, pero es preciso realizar los máximos esfuerzos para reducir, en la medida de lo posible, los efectos perniciosos, sustituyéndolas, cuando sea factible, por otras medidas penales y tratando de aminorar los graves deterioros que ocasionan en la personalidad de quienes las sufren, para lo que una imprescindible reforma es la tendente a reducir el máximo de su duración efectiva, al objeto de no traspasar los límites en que se opera una destrucción espiritual del penado.

Está demostrado científicamente, que una privación de libertad superior a quince años destruye la personalidad del condenado, y puede ser, por tanto, inhumana.

En la actualidad, no se habla de mejorar las penas, sino de sustituirlas por otras de distinto contenido material.

Así, la experiencia nos indica que las penas privativas de libertad no han confirmado las esperanzas que se pusieron en ellas, cuando fueron creadas.

Este reproche no va dirigido contra la institución de la pena privativa de libertad. En un principio, se critica solamente las penas cortas de privación de libertad, crítica que más tarde se extenderá a toda pena de esta índole.

Las penas cortas privativas de libertad son aquellas cuya duración es demasiado restringida para permitir la aplicación al sentenciado de una eficaz disciplina moralizadora, y por tanto no asegura, a partir del día en que es definitiva, la posibilidad de emprender con probabilidad razonable la readaptación social del condenado.

Las críticas adquieren gran calibre y repercusión con las ideas de Franz Von Liszt y su célebre Programa de Marburgo (1882).

Por ello, en la actualidad, es menester replantear dichas teorías, y encontrar sustitutos adecuados, pues son graves y negativos los efectos que tienen las penas de prisión (tanto las cortas como aquellas demasiado largas).

El problema se agrava cuando sabemos que un alto porcentaje de las personas privadas de su libertad están sometidas a la prisión preventiva. La presunción de inocencia es lo único con lo que cuentan dichos individuos, ya que teóricamente son inocentes hasta que se pruebe lo contrario. Inocentes privados de libertad que ven seriamente disminuidos sus derechos, ya que comparten la misma institución total con los delincuentes ya sentenciados.

Es en este punto en donde se da el fenómeno de la victimización carcelaria, partiendo desde los "inocentes bajo prisión preventiva", hasta los condenados a compurgar una pena privativa de libertad.

Quien ingresa a la prisión se convierte en una categoría legal. Un dependiente que pasa a servir a la imposición penal que advierte que el castigo, la punición, recaerán estrictamente sobre su vida, sin redención posible.

La prisión acarrea, como una de sus dañinas consecuencias, la institucionalización que consiste en una rigidez, rutina y monotonía que lleva a actividades idénticas para individuos distintos.

Esto significa que el mismo tratamiento formal tendrán "en teoría" un individuo sometido a prisión preventiva, uno sentenciado por robo y otro sentenciado por homicidio.

Todo se evidencia aún más cuando, según cifras citadas por el Dr. Luis Rodríguez Manzanera, sólo el 30% de las personas privadas de su libertad ameritan permanecer en una institución cerrada.

Ello no significa la desaparición de la pena de prisión, sino un replanteamiento de la misma, ya que las penas cortas carecen de ventajas y tienen un costo enorme. Esto es pues, lo que nos hace pensar en adoptar un modelo integrador a fin de substituir estas penas cortas, confinando a prisión a aquel individuo que, por la gravedad del delito cometido, amerite un tratamiento completo para que su reinserción a la sociedad no se trate solamente de una utopía..

Estas son las ideas que se manejan en la presente tesis, la que se encuentra dividida en cinco capítulos; a saber: en el Capítulo 1, se hace una revisión histórica de las penas privativas de la libertad; en el número 2, se abordan los síntomas de la crisis del sistema penal; el Capítulo 3, se ocupa de analizar la crisis del Derecho penal como una característica de nuestro tiempo; el Capítulo 4 aborda el estudio de los paradigmas de respuesta estatal al delito (disuasorio clásico; resocializador e integrador); y en el 5, se analizan los fines del Derecho penal, desde el punto de vista del modelo integrador.

El estudio realizado, nos lleva a la comprobación de la hipótesis que se sostiene en este trabajo, la cual fue que *“El camino para la solución del problema de la criminalidad en México, no puede ser el represivo; la tendencia criminológica deberá ser en el futuro la prevención por medio del modelo integrador a fin de responder a las expectativas, intereses y exigencias de las partes implicadas en la problemática criminal”*.

LIC. RAQUEL FLORES GARCÍA

## **CAPÍTULO 1**

### **BREVE HISTORIA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD**

No hay aspecto de la vida general que haya sido más desatendido en la mayoría de las naciones que el de las cárceles y demás establecimientos de reclusión. Siempre se consideró que los delincuentes, como dañadores de la sociedad, nada merecen, y que si se hacen gastos en ellos deber ser de la menor cuantía posible.

En otra época se pensó que esos gastos ni siquiera ameritaban hacerse, y por muchas otras razones se les condenaba a muerte en forma más o menos cruel y lenta, incluso manteniéndoles aislados a puro pan y agua.

Las penas privativas de la libertad, como su nombre lo indica, consisten en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar especialmente diseñado para ello y sometido a un régimen de custodia o castigo o de tratamiento rehabilitatorio, según las últimas teorías penitenciarias.

Hubo tiempos de gran irresponsabilidad de las instituciones estatales, en las que los individuos eran encarcelados sin juicio, sin fijárseles época de libertad, sin luz, sin cama, ni servicio sanitario, en lóbregos y húmedos sótanos, sin visita, sin alimentos ni cosas en general esenciales para cualquier ser humano; la desatención llegaba hasta el constante y extremo desaseo de las celdas y a la ingrata compañía de parásitos y ratones.<sup>1</sup>

Contra ello vino una reacción lenta, pero favorable. Se vio que muchos seres valiosos eran objeto de medidas altamente crueles y que era mucho el capital humano que se perdía.

También se advirtió que no se guardaba proporción entre el mal causado y el mal recibido; que muchos inocentes perecían en las peores condiciones, y en fin, que era necesaria una revisión.

No en vano Manuel de Lardizábal y Uribe<sup>2</sup> indica: *“nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay un empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”*.

Aquella tardía respuesta abarcó los derechos que las constituciones deberían reconocer a los acusados, las leyes penales (sustantivas y adjetivas), las orgánicas de los tribunales y los reglamentos carcelarios.

Se pudo cumplir sólo una parte de lo novedoso, porque los edificios y el personal no eran los adecuados. También hubo de variarse la organización general, lo que significó aumento de presupuestos para comprar la maquinaria indispensable, los instrumentos de trabajo, el mobiliario, los materiales necesarios para el control del progreso individual de cada recluso; todo en consonancia con los nuevos principios.

Surgen estas penas como un paliativo, supuestamente, contra los excesos indicados líneas arriba, cuando la humanidad, al darse cuenta que la eliminación del delincuente mediante la tortura y el tormento no eran los adecuados para redimir al condenado ni para causar temor en la población, pues los espectáculos públicos de ejecución de

---

<sup>1</sup> Solís Quiroga, Héctor. Sociología Criminal. Tercera edición, México, Editorial Porrúa, 1985. Página 293.

<sup>2</sup> DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. *“Discurso sobre las penas”*. Tomado de Rodríguez Manzanera. Luis. Clásicos de la Criminología. Segunda Edición, México, Cárdenas Editores, 1995, página 105.



condenados se habían convertido en verdaderas tertulias familiares, más que actos de dolor y sentimiento para los espectadores.

Pero además este tipo de penas ya no eran acordes a los tiempos en que el Derecho Penal se proyectaba como un derecho que respetaba la dignidad del ser humano y que recibía el nombre de “Derecho Penal Liberal”.

Sin embargo, tanto las penas de eliminación (muerte) como las privativas de la libertad están íntimamente relacionadas; pues la cárcel surgió primero como una forma de retención únicamente para guardar al condenado mientras se le eliminaba o ejecutaba, por ello se decía que para castigar al culpable del delito era necesario aprehenderlo físicamente y evitar su fuga mientras aguardaba el juicio, después se convertiría como medio para ejecutar determinadas penas cortas de privación de la libertad hasta ser desplazadas por las penitenciarías o prisiones.

Este tipo de penas han recibido diferentes denominaciones a través del tiempo y por consecuencia no ha sido uniforme el criterio seguido sobre las mismas, así se hace mención de Arresto, Reclusión, Presidio, Cárcel y Prisión. Se supone que deben existir diferencias fundamentales entre ellas, sin embargo los tratadistas no han sido claros, por lo que se intentará hacer una explicación breve a cada una de estas penas.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Clasificación tomada DE RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Estudio de las Penas y Medidas de Seguridad. Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, 2000. Páginas 102- 116.

## **1.1. EL ARRESTO.**

El arresto consiste en una privación de la libertad por muy breve tiempo, que inclusive se ha utilizado más como una medida de corte administrativo que como una pena.

Por lo general el tiempo máximo que se ha fijado a aquélla es hasta de tres días, salvo algunas excepciones se llegó a establecer como una pena hasta por dieciocho meses.

Lo grave de esta medida, es que nunca se construyeron los lugares especiales para su ejecución y por consecuencia quienes eran sentenciados a ella, quedaban reclusos en los mismos establecimientos para la prisión.

En los últimos años y gracias a la insistencia de los efectos negativos de las penas cortas de privación de la libertad y que dio origen a la aparición e incorporación de los substitutivos para este tipo de penas, se ha dejado de considerar como pena al arresto, quedando reducida a una mera sanción administrativa.

## **1.2. LA RECLUSIÓN.**

Esta palabra proviene del latín "*recludare*" que significa recluir y se empleaba o emplea todavía en algunos países para privar de la libertad a una persona; parece ser que la diferencia con la prisión estriba únicamente en razón al tiempo, al menos así lo manifestaba el Código Español de 1973.<sup>4</sup>

Sin embargo, en nuestro país se atendía más a la persona o delincuente para la aplicación de esta pena.

---

<sup>4</sup> RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Op. Cit. Página 103.

Así, en el Código Penal de San Luis Potosí de 1944<sup>5</sup> se señalaba que la Reclusión se aplicaría a mayores de 16 y menores de 18 años de edad que hubiesen cometido el delito con discernimiento.

### **1.3. EL PRESIDIO.**

La pena de presidio, corresponde más bien al establecimiento en que se cumple o ejecuta la pena de prisión e incluso en el ámbito castrense se denomina con ello a la guarnición de soldados en una plaza fuerte.

Sin que sea uniforme el criterio al presidio se le asignó siempre el ser una institución en donde se imponían trabajos forzados.

### **1.4. LA CÁRCEL.**

El concepto de cárcel tiene probablemente su raíz en la palabra “*coercere*” que significa encierro forzado y la mejor idea de sobre esta pena nos la dio Ulpiano cuando dijo: “*Carcer enim ad continandos homines non ad puniendos haberi debet*” –la cárcel debe ser para guardar los presos y no para hacerles enemiga ni otro mal, ni darles pena en ella<sup>6</sup>-.

Esta detención, como aseguramiento del condenado se hacía en lugares inhóspitos e improvisados, tales como sótanos, torres, fortalezas de piedra o castillos, sin preocuparse por las condiciones de higiene o inhumanas, sino simplemente por la seguridad de custodia de los ahí guardados mientras se les ejecutaba.

---

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Ibidem. Pág. 104.

A tal grado llegaba esa preocupación de aseguramiento o retención de los condenados, que eran sometidos mediante cadenas y grilletes (anillos de hierro que se colocaban al cuello, manos o pies y de donde pendía una cadena).

Se afirma que las primeras cárceles que surgieron datan desde la antigua Roma y varios autores las ubican durante el reinado de Tulio Hostilio (670-620 a.C.) y posteriormente en época de Apio Claudio a quien debe su nombre la famosa “cárcel claudiana”.

Esta idea original de cárcel permaneció durante varios siglos y para su aplicación se utilizaron horrendos edificios que ofrecían la máxima seguridad y desolación de los ahí reclusos.

Presuntamente es hasta la Edad Media cuando aparece como pena en el derecho canónico destinada a castigar a los clérigos que hubieren infringido las reglas eclesiásticas, así como también a los herejes juzgados por la jurisdicción canónica.

El objetivo dentro de aquel derecho era el arrepentimiento del culpable y tenía el carácter de penitencia.

Este es el punto de arranque del concepto de la prisión como “pena privativa de la libertad”.

Sin embargo, fuera del ámbito religioso, siguió utilizándose como medio de retención pues la pena de muerte permaneció hasta fines del siglo XIX como el principal medio de castigo del delincuente.

Existe una etapa muy interesante en la historia de la humanidad que mucho tiene que ver con la evolución de esta pena.

Después de la Edad Media existió una transición en la economía de los pueblos y del feudalismo se pasó al capitalismo, el primero se había distinguido por el control de la tierra que tenían unos cuantos –

señores feudales- y que explotaban a grandes masas de gentes pobres que vivían de esta única actividad.

La nueva división de tierras produjo el gobierno feudal desconocido hasta entonces, el cual por su naturaleza misma, y en su constitución, aun la más perfecta, contiene ciertos principios de disolución, de independencia y de anarquía, los cuales, manifestándose con el tiempo, produjeron innumerables desórdenes y disensiones: de suerte que un reino considerable por su extensión y por su poder, estaba dividido y como desmembrado en tantas dominaciones particulares, cuantos eran los Barones poderosos que le componían<sup>7</sup>.

Es a mediados del siglo XVI y cuando ya la población empezaba a crecer desordenadamente y la pobreza hacía estragos en aquellos ejércitos de pequeños desarrapados que emanaban de las grandes ciudades y que iban de un lado a otro cometiendo pequeñas raterías, pues de algo tenían que sobrevivir, que eran tantos que no podían ser castigados a todos ni mucho menos ahorcarlos, además que era mayor su pobreza que su maldad por lo que tuvieron que ser creados establecimientos correccionales destinados a vagabundos y mendigos principalmente, para mantenerlos ocupados y castigarlos al mismo tiempo<sup>8</sup>.

Así se atribuye la mayor antigüedad a la Casa de Corrección de Bridewell en Londres en 1552; después en 1596 en Amsterdam se construyó la célebre Rasphuis a donde eran enviados jóvenes vagabundos destinados a raspar madera de especies arbóreas

---

<sup>7</sup> DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, en Rodríguez Manzanera, Op. cit., página 113.

<sup>8</sup> *“Las penas suaves y moderadas ¿qué impresión podrían hacer en unos ánimos, o envilecidos con la esclavitud, o llenos de ferocidad y elación con la excesiva libertad e independencia? Unos hombres endurecidos con el continuo ejercicio de las armas, acostumbrados a ver con indiferencia derramarse la sangre de sus conciudadanos, a vengar con crueles y sangrientas guerras sus injurias personales,*

empleadas como colorantes para lana que era preparada en otro establecimiento de corrección conocido como Spinhuis (hilandería) en donde eran recluidas las mujeres y se dedicaban a hilar lana. En ambos lugares se combinaba el trabajo duro y la disciplina férrea que se mantenía a base de castigos en el cuerpo, como latigazos o palos<sup>9</sup>.

En Italia, a mediados del siglo XVII se funda el hospicio de San Felipe Neri destinado a la corrección de los niños vagabundos, mediante un régimen muy riguroso y en el que también se aplicaban castigos fuertes a los que infringían las normas de disciplina. Los ahí recluidos se encontraban aislados en celdas y se procuraba mantener en secreto su identidad, por lo que se les obligaba a tener cubierta la cabeza con una capucha<sup>10</sup>.

En el año de 1704 cuando la idea reformadora había alcanzado mayor rigor, el Papa Clemente XI fundó en Roma la Casa de Corrección conocida como hospicio de San Miguel para recluir a huérfanos, ancianos desvalidos y jóvenes delincuentes que eran sometidos a un verdadero régimen de corrección mediante el trabajo y la disciplina, pues se les imponía el trabajo en común durante el día, pero bajo la regla del silencio, recibían además instrucción elemental y religiosa al mismo tiempo que aprendían un oficio. Sin embargo, es necesario mencionar que los castigos que se les imponían eran demasiado crueles también, pues lo mismo se les enviaba al calabozo en donde además eran azotados y se les privaba de su raquítica alimentación<sup>11</sup>.

---

*¿cómo podrían ser contenidos con unas leyes que no respirasen igualmente horror, sangre y fuego por todas partes?*. Idem.

<sup>9</sup> RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, Op. cit., página 105.

<sup>10</sup> Ibidem, páginas 105-106.

## 1.5. LA PRISIÓN

Al aumentar el invento y el empleo de las máquinas en la industria, se fue desplazando al hombre, situación que fue creando una clase social empobrecida y que impulsada por la mendicidad, se dedicó al vagabundeo, pillaje y bandidaje, por consecuencia, se tuvo que hacer algo para combatir esa triste situación.

De esta manera, quienes detentaban el poder que no eran otros sino la clase burguesa, centran su mirada en la cárcel, pero no como medio de ocupación sino como una forma de intimidación, de control y de castigo para aquellos pobres desamparados, transformando así la cárcel en prisión<sup>12</sup>.

Coincide en esas fechas la repulsa que empezaba a generalizarse contra la pena de muerte y mucho se decía que debería ser reemplazada por una pena menos cruel y más humana, así llega a pensarse que la prisión podría ser esa solución.

Primero fue la cárcel un depósito heterogéneo y confuso; luego, empujada por el humanitarismo de inspiración religiosa, se constituyó en prisión, como recinto de la soledad, a la que se atribuían extrañas virtudes para la reflexión y el arrepentimiento; finalmente pasó a ser un medio terapéutico, enfocado al estudio y el tratamiento del infractor<sup>13</sup>.

En México existen dos conceptos relativos a la Prisión; a saber: la Prisión preventiva y la Prisión como pena, que a continuación se analizarán.

---

<sup>11</sup> Ibidem, página 106.

<sup>12</sup> Tomando en cuenta, que la cárcel, en su acepción primaria, consistió en un mero aseguramiento de un individuo, o un simple depósito de una persona, en espera de la sanción capital (pena de muerte); la prisión, propiamente dicha, surge junto con las ideas del tratamiento.

<sup>13</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal. Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, página 174.

### 1.5.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Dentro del sistema jurídico mexicano, encontramos a la Prisión preventiva dentro del artículo 18 de la Constitución General de la República, que textualmente señala: *“Sólo por delito que merezca pena corporal<sup>14</sup> habrá lugar a prisión preventiva”*.

Esto obedece a la naturaleza misma del proceso penal, que requiere para su desarrollo que el juez tenga la presencia inmediata de la persona a quien se le imputa la responsabilidad de un delito; esto sólo es factible mediante la imposición de cierta medida que asegure la presencia del probable autor del ilícito.

Por lo tanto, surgen de la naturaleza de nuestro proceso penal, restricciones a la libertad personal, antes de que se declare a un individuo formalmente responsable y merecedor de una pena.

De ahí, que la libertad personal pueda restringirse, en nuestro sistema actual, por cuatro motivos, a saber: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena.

A lo anterior, el auto de formal prisión –que es el que ordena la prisión preventiva en un proceso penal- en estricto rigor técnico no constituye una pena, aunque surte los mismos efectos que ésta, pues restringe la libertad personal<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> No obstante, el concepto de “pena corporal”, no es el adecuado, en virtud de que esas penas se encuentran prohibidas por el artículo 22 del propio ordenamiento Constitucional (azotes, marcas, mutilaciones, etc.), más bien el concepto se refiere a la pena privativa de la libertad.

<sup>15</sup> Ver: Octava Epoca; Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV, Enero de 1995. Tesis: VIII.2o. 22 P. Página: 258. “LIBERTAD PERSONAL, ACTOS QUE IMPORTAN ATAQUES A LA. TERMINO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL JUICIO DE AMPARO”. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo en revisión 361/94. Enrique Tomás de la Cruz Rodríguez. 13 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Antonio López Padilla.



En mérito de lo antes referido, las limitaciones a la libertad personal de los sujetos a quienes se está instruyendo un proceso, revisten dos aspectos:

- a) Uno de carácter procesal.
- b) Uno de carácter preventivo, con lo que se pretende la custodia del que se presume ha delinquido, pero únicamente por el tiempo indispensable para la instrucción del proceso.

En virtud de estos razonamientos, resulta necesaria, para cumplir con el aseguramiento de la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, la creación de un establecimiento en el cual se recluya de manera preventiva en tanto se dicta la sentencia, que puede ser condenatoria o absolutoria.

Conforme al citado artículo 18, se señala que el sitio será distinto del que se destinare para la extinción de penas y estarán completamente separados.

### **1.5.2. LA PRISIÓN COMO PENA.**

La prisión es un invento norteamericano que se debe a los cuáqueros llegados a colonizar las tierras inglesas en el Norte de América y fundadores de Pennsylvania, pues muchos de ellos habían sufrido la encarcelación en su tierra natal al ser perseguidos por sus principios religiosos, de manera que sus ideas sobre esta pena las van a materializar con la construcción de las “penitenciarías”, basadas en sus principios teológicos y morales, así en 1790 se inauguró la famosa “Penitenciaría de la calle Walnut”, primera institución destinada a la enmienda y al arrepentimiento del criminal mediante un aislamiento total.

Norval<sup>16</sup> menciona lo siguiente: *“Los cuáqueros<sup>17</sup> de Pennsylvania tienen el mérito o la culpa de haber inventado la prisión: Su visión y su iniciativa nos dieron nuestras voluminosas instituciones penales. Es un don nacido de la buena voluntad, no de la malevolencia; de la filantropía y no del ánimo punitivo; de modo que la lección contemporánea más importante de este bosquejo histórico bien puede ser una apreciación más profunda de la verdad del aserto según el cual las buenas intenciones no originan necesariamente beneficios”*.

Tres regímenes penitenciarios produce Norteamérica, trascendentes en la evolución de la pena de prisión, que mucho influirán en el futuro de la ejecución de esta pena; a saber: el filadélfico o pensilvánico, el auburniano y el de Elmira.

Cada uno de ellos propugna y mantiene el aislamiento celular completo, nocturno y diurno, con trabajo en la celda; el de Auburn afirma la segregación nocturna y las labores en común diurnas, bajo la regla del silencio, procurado con cruel disciplina; el de Elmira se fundamenta en el postulado de educación correctiva de los jóvenes adultos delincuentes, en régimen de sentencia indeterminada.

Estos tres sistemas se difundieron prontamente en toda Europa; siendo que en Valencia, España se aplicó un régimen que le podemos llamar “progresivo”; el responsable fue el Coronel Don Manuel Montesinos, quien antes de asumir el puesto de director del presidio de Valencia ya había sufrido los horrores de la prisión. El régimen aquí implantado fue de corte disciplinario riguroso, pero al mismo tiempo, más respetuoso y humano; observaba mucho de la disciplina militar,

---

<sup>16</sup> Citado por RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 108.

<sup>17</sup> Los cuáqueros son individuos de una secta religiosa unitaria, nacida en Inglaterra a mediados del siglo XVII, sin culto externo ni jerarquía eclesiástica.

pero también abundante trabajo para evitar el ocio, instrucción completa, servicio médico, buena alimentación e higiene.

Este modelo repercutió en gran forma en Australia, adoptándose una variación del mismo en Inglaterra e Irlanda, tomando por nombre el sistema "Croffton" o Irlandés, siendo un sistema progresivo modificado, compuesto de cuatro periodos y que supuestamente daba muy buenos resultados en la readaptación del reo.

Este sistema Croffton tendría gran influencia en México, pues a fines de 1880 se pretendió reformar el Código Penal de 1871 y construir una moderna penitenciaría en la Ciudad de México. Por lo que se integró una comisión para viajar a Irlanda y estudiar el sistema utilizado en dicho lugar.

Don Miguel S. Macedo fue el presidente de la referida comisión, y al retornar a México, emitió un informe recomendando ampliamente el sistema sujeto a estudio a fin de implantarse en la penitenciaría nueva que se estaba construyendo en nuestro país.

Sin embargo, la falta de preparación y la ignominia fueron las que predominaron en la célebre Lecumberri, llegando a convertirse en la vergüenza del penitenciarismo mexicano durante muchos años.

En México, en los últimos 75 años, la verdad es que en relación a la ejecución de las penas privativas de la libertad, se ha permanecido en una estática y dependiendo del arbitrio del gobernante en turno y del ejecutor de las mismas, muy pocas entidades federativas construyeron edificios propios para la ejecución de estas penas y fueron menos los que crearon alguna disposición reglamentaria para tales efectos.

En su gran mayoría se improvisaron viejos edificios y que todavía en 1993 subsisten como instituciones para tal fin, a pesar de la absurda

idea de cambiarles simplemente el frontispicio de penitenciarías por “centros de readaptación social”.

Por ende, si se parte de que el derecho penal pretende la reconstrucción más justa de las estructuras sociales, la repersonalización del delincuente y la debida asistencia a las víctimas, no se puede afirmar que es un instrumento legal de opresión, ni un arma jurídico-política al servicio de unos contra otros, como lo querrían ciertos legisladores de todas las épocas, sino que nuestra propia concepción del derecho penal, cuya aplicación tiene como consecuencia, en la mayoría de los casos, la pena privativa de la libertad, consiste en erigirse en una ciencia que debe tender hacia la justicia social, con la protección eficaz y oportuna de determinados bienes jurídicos.

Por otra parte, al hombre que ha violado la ley no puede considerársele como un exiliado de la sociedad, como un estorbo para ésta, como alguien contra quien deba caer siempre todo el peso aflictivo y represor de la sanción penal, sino como un sujeto inmerso en una dramática situación de su existencia, pero que está en condiciones morales y espirituales de poderse levantar de su caída, de reemprender el camino que había desviado, de dar plenas satisfacciones por sus errores y poder demostrar que puede volver a ocupar el puesto que tenía asignado dentro de la sociedad.

De lo anterior, que la idea que inspira la presente tesis es que la pena privativa de la libertad solo debe imponerse en casos extremos de necesidad, ya que la prisión no puede ser la única respuesta del derecho penal frente al delito, sino que deben buscarse otras medidas, como se verá en los siguientes capítulos.

## CAPÍTULO 2

### SÍNTOMAS DE LA CRISIS DEL SISTEMA

Han transcurrido tan sólo dos siglos desde que se ha instaurado, en el ámbito de la criminalización, la pena privativa de la libertad *per se* o, si se quiere, el encierro que segrega de la sociedad como pena. Este encierro es el que ha ganado mayor consenso en las legislaciones y en lo que constituye una tradición represiva.

Elías Neuman<sup>1</sup> comenta:

*El encierro era conocido desde la más remota antigüedad (José fue encerrado dentro de una cisterna), pero, en general, tenía como característica el servir de custodia y depósito de seres condenados a otras penalidades (muerte, deportación, mutilación).*

Frente a un hecho disvalioso, denominado delito, que margina las pautas de la normal convivencia y produce en el sujeto un desajuste al contrato social establecido, el Estado se apropia más que de su libertad, de su vida.

En el ámbito latinoamericano, el individuo es recluido en cárceles con apariencia de fortaleza que, desde su misma arquitectura y fisonomía parecen adjetivar el apremio ilegal. No tratar bien el medio ambiente donde se ha de vivir, es no tratar bien a la gente. La cárcel se ha constituido en un lugar para estar mal y se adscribe al concepto de

---

<sup>1</sup> Neuman, Elías. Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994. Página 247.

contención y depósito. Depósito de seres humanos integrado por personas, en su mayoría menores de 35 años, acusados o condenados, en gran parte, por delitos contra la propiedad.<sup>2</sup>

Desde hace algunos años los especialistas en materias criminológicas y penales, han venido señalando insistentemente que existe una profunda crisis por la que pasa el sistema completo de la justicia penal, desde la persecución policiaca contra quienes no han cometido delitos y a quienes se detiene "para investigar", hasta la impunidad pública de que gozan algunos delincuentes protegidos por funcionarios, o éstos, convertidos en delincuentes.

Hay dictaduras en que los derechos humanos reconocidos internacionalmente han quedado sin vigencia, pero también sin estar derogados; otros Estados tienen su derecho vigente, pero sin positividad, por estar violado constantemente por los propios gobernantes. Los principales actores de la delincuencia oficial son la policía y el ejército, que traicionan su propia función de garantes del orden y la seguridad<sup>3</sup>.

Las cárceles tradicionales han sido reconocidas mundialmente como centros criminógenos de primera magnitud.

El Estado, así, se convierte en el principal impulsor de la criminalidad, sea brindándole su protección (en la medida en que algunos de sus funcionarios son beneficiarios de lo ilícito), sea autorizando torturas o privaciones ilegales de la libertad o abusando de la prisión, por motivos no siempre legales, o autorizando noticias falsas para su publicidad.

Todo ello ha contribuido a la crisis actual del derecho punitivo, de

---

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> Solís Quiroga, Héctor. Op cit., página 133

toda la filosofía del castigo y de las prisiones en particular, cuando desde las cárceles se planean delitos que ejecutarán los cómplices y coautores que gozan de libertad.

A pesar de lo anterior, se persiste en los errores de elevar a la categoría de crímenes las pequeñas faltas de la conducta, y de penarlas con prisión; de calificar como delincuentes a los menores de edad, a pesar de ser inimputables y de que en su inmensa mayoría no están conscientes de su conducta, no han sido pervertidos, ni están entrenados en el delito; de pensar ilusamente que la prisión es retributiva del crimen; ejemplar para que otros no delincan, e intimidatoria ante la dolosa experiencia tenida por el delincuente.

La realidad ha demostrado ampliamente que el castigo, como reacción negativa, sólo produce efectos negativos en la casi totalidad de los individuos, y que la cárcel es desocializadora y desadaptadora, porque los sujetos pierden el ejercicio del trato social habitual; pervertidora, por la necesidad de adaptarse precisamente al trato diario de seres legalmente escogidos por sus malas cualidades, y porque el sentir injusticia en carne propia genera rencor, al ser víctimas de la dureza del gobierno, y de funcionarios incapaces de dar un poco de comprensión, de protección al desvalido o de ayuda en las carencias y las imposibilidades.

## **2.1. LA VICTIMIZACIÓN CARCELARIA**

En términos generales referidos al delincuente, se pretende hacer regresar a quien se ha resistido y no ha prestado consenso social al arca de Noé del contrato social. Este contrato que signaran para la

humanidad las revoluciones de 1776 y de 1789<sup>4</sup> y que ha dejado profunda huella en los sistemas jurídicos, políticos y sociales de la humanidad.

Disciplinar o, según se vea, domesticar mediante un sistema coercitivo. Separar y aislar al individuo en el sentido de no permitir conductas externas, disponer de su tiempo, todas estas armas que no están dadas al azar.

Forzosamente, la población penal, que es una porción reducida del cuerpo social, es sometida a una homogeneización específica donde sólo se exigen conductas, también específicas y homogéneas, so capa de adaptación del grupo a una armoniosa sobriedad y buen funcionamiento del penal, por un lado, y por otro, la denominada readaptación social o resocialización.

De tal modo, se generalizan una serie de situaciones y coacciones que pretenden y logran, a esta altura de la evolución penal, aunque con disidencias doctrinales cada vez más ostensibles, legitimar la utilización del medio cárcel como un instrumento para la subordinación y el control.

El preso, que por lo general vive a la defensiva, analiza. Sabe quién lo quiere amaestrar o quien lo quiere catequizar, ayudarlo en la búsqueda del sentido del error, el camino de los anhelos y la esperanza, compadecerlo o, simplemente, disciplinarlo.

El cúmulo de medidas va desde la vigilancia a la integración en el medio carcelario, e implican la clausura de lo individual mediante actitudes inducidas hacia y por el control.

Esa clausura del tiempo y supresión del devenir se liga al llamado tratamiento carcelario, la religión, el trabajo, y se manifiesta

---

<sup>4</sup> Neuman, Elías. Op. cit., página 248.



directamente como una suerte de medios y medidas para restituir la moral perdida y, en lo fundamental, dotar de coherencia legitimante a la pena en sí, según aparece y se glosa en los códigos.

Quien ingresa a prisión se convierte en una categoría penal. Un dependiente que pasa a servir a la imposición penal que advierte que el castigo, la punición, recaerán estrictamente sobre su vida, sin redención posible.

El espacio carcelario, que adjetiva el *ius puniendí* del Estado, organiza el ámbito y los reglamentos, las normas para el ejercicio de una mejor dominación. La disciplina como medio extralegal opera doblemente. Por un lado da homogeneidad por donde se accede al poder estratégico de castigar y, por el otro, permite el ejercicio de un poder, diríase técnico o práctico, de castigar. Allí comienza el ejercicio deliberado de la victimización.

En esencia, el Estado se apropia del individuo, en el mejor de los casos, lo educa, le da normas de higiene y moral, le enseña a trabajar y, en síntesis, lo saca de su cotidianidad. Se le planifica allí, en la prisión, su vida presente y futura. De tal modo el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación mediante la coerción física. Es el detentador de la receta absoluta de esa violencia que planifica y centraliza al individuo a la vez que refuerza la legitimación del sistema.<sup>5</sup>

No cabe duda que en el ámbito carcelario se regula una forma impuesta de vida y esta circunstancia, de por sí, hace estéril, retórica y eufemística la proposición del llamado tratamiento y de la llamada readaptación social para una supuesta reinserción exitosa en el medio social del delincuente preso.

---

<sup>5</sup> Ibidem, pág. 249.

Cabe insistir en que tratamiento y readaptación social permiten subrayar y legitimar los mecanismos disciplinarios insertos en el espacio cárcel, mecanismos que no son otra cosa que un segregacionismo en su máxima expresión.

### **2.1.1 DE CÓMO SE HACE VÍCTIMA UN DELINCUENTE.**

Es muy común, con infrecuentes excepciones, que el personal penitenciario posea una mentalidad retribucionista y que actualicen, a diario, su sentido vengativo.

El propio sistema impuesto en las prisiones clásicas los ha perfeccionado en el rigor y en la represión. Especialmente en esos establecimientos vetustos, donde se obliga a vivir coercitivamente en una superpoblación aberrante, donde la promiscuidad, el ocio, la enfermedad, la falta de alimentos, medicamentos y de atenciones mínimas, los escabrosos reacondicionamientos sexuales, las requisas, la separación de la familia, implican una grosera victimización, generan los peores resentimientos o subrayan los ya existentes.

El simple paradigma vindicativo del derecho penal, la venganza social contra el delincuente, reproduce los sentimientos de desquite que el propio criminal ha recibido y los multiplica para sí mismo, para luego darle a la sociedad exactamente lo mismo que ha recibido, una mayor violencia.

Ya se ha dicho muchas veces que la saturación, que colma varias veces la capacidad de alojamiento de un penal, es un atentado a la dignidad y constituye el desconocimiento de múltiples derechos fundamentales del hombre y de la mujer en esa aberrante situación.

Todo ello es el producto de la reacción habitual y vulgar de la

sociedad contra la delincuencia, que ha sido la de imponer penas a los infractores con fines teórico-jurídicos de retribución o justo pago. Se acostumbra afirmar que es el único medio para que disminuya la delincuencia y aumente la tranquilidad social.

Se ha estereotipado en la colectividad el simplista pensamiento de que un delito debe corresponder una pena, sin preocuparse por estudiar su causalidad ni por dar solución a los conflictos de los delincuentes y de su familia que, hasta ahora, aún no interesan mucho a los gobernados en general.

La realidad social demuestra que la criminalidad no ha disminuido, a pesar de todas las clases de penas y sustitutivos penales que se han aplicado. Es que se ha excluido la más elemental lógica, al no investigar ni combatir sus causas.

Al examinar la etiología de la delincuencia, se descubre un cierto determinismo de la conducta, que prueba el valor casi siempre negativo de la pena, porque aumenta la resistencia de los delincuentes a comportarse mejor, provoca su contumacia y los pervierte.

Las personalidades obsesivo-compulsivas y las inmaduras que a menudo trabajan en estos asuntos en la policía, los tribunales, las cárceles, etc., ven como el único remedio de la criminalidad la más dura aplicación de penas a los delincuentes y aun a sus familiares; toman la pena en su mayor amplitud y crueldad y no pretenden remediar todos los males que sufren los infractores.

Esa tendencia emocional de venganza y odio, como es fácil adivinar, se basa en la incontrolada predominancia psíquica de las reacciones afectivas negativas y provoca la imposición racionalizada de la voluntad propia del que se considera autoritario representante del

poderío público<sup>6</sup>.

Por fortuna ya se busca en estos tiempos, no sólo la disminución del peligro que representa la criminalidad, sino también la rehabilitación de los infractores; pero, en lo general, los establecimientos siguen sufriendo la falta de personal especializado, de locales adecuados y de instrumentos necesarios para el tratamiento moderno.

En algunos países ya se cuenta, para menores y mayores, con la posibilidad de clasificarlos y seleccionar los que deban quedar en los diversos tipos de instituciones que existen, aunque no tenga todas las clases indispensables de medios de rehabilitación. En otros sólo tienen un establecimiento para reunir toda clase de personas bajo un mismo régimen, y eso mismo es común en las provincias.

Después de las denuncias y la apostólica labor de John Howard<sup>7</sup>, todavía hay una mayoría de lugares donde se toma al criminal sólo como un ente que vigilar para que no dañe. No se atiende a su idóneo alojamiento, alimento, vestido, cuidado de salud, ocupación remunerada y resolución de los problemas sexual y familiar, y esto demuestra que no se ha superado la reacción emocional mencionada<sup>8</sup>.

La familia del criminal queda abandonada, y sus problemas sin resolución al aprehenderlo. Esto crea nuevos y graves conflictos que han forjado, a la larga, nuevos delincuentes.

La acción desorientada del Estado autoritario -frecuentemente de tipo fascista- pretende que los delincuentes anormales, cuya conducta fue condicionada, además, por factores de miseria y alcoholismo, salgan

---

<sup>6</sup> Solís Quiroga, Héctor, Op. cit., página 303.

<sup>7</sup> Figura de peculiar importancia en el mundo de las ciencias penales; nació en 1726, en Inglaterra; su famosa obra "State of Prisons in England and Wales", es uno de los pilares de las ideas humanísticas del derecho penal, la que escribió sufriendo en carne propia los males de la prisión; en su último viaje por Europa, se contagió de tífus exantemático (la temible "fiebre de las prisiones") al visitar una prisión y murió en Rusia -Ukrania- en 1790.

de la prisión regenerados y que no vuelvan a delinquir, aunque no se hayan sujetado a tratamiento alguno.

Se habla mucho en contra de las penas cortas de prisión, diciendo que no resuelven nada y en cambio pervierten al individuo y lo desajustan de su ambiente habitual.

Empero, en algunos casos son útiles las penas cortas y en otros las largas de prisión, dependiendo de su educación al sujeto, de la clasificación y de idoneidad del establecimiento escogido, pues en la realidad no importa lo corto o lo largo de la pena, sino que sea orientada hacia una auténtica rehabilitación, en forma idónea.

Lo contrario ha provocado que el Estado sea el principal productor de delincuentes, por reunir en la ociosidad a primarios y reincidentes, en el mejor de los casos.

No se trata de una mera incomodidad o que la cárcel constituya un lugar para estar mal; en múltiples establecimientos, los reclusos deben dormir en el suelo, sobre mantas e incluso papeles, por falta de camas, debido a la congestión del ambiente.

Detenidos preventivos y condenados son habitualmente alojados en el mismo pabellón, plétórico de seres humanos, que adjetiva, en ese ambiente insoportable, la antinaturalidad del encierro en sí.

La prisión cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora; con régimen de silencio disocia y embrutece; con trabajos forzados aniquila físicamente, y sin trabajo destroza moralmente.<sup>9</sup>

Las cárceles no son ni sanas ni limpias. Son pocilgas infectas, lóbregas, que se delatan por su sola arquitectura vieja y laberíntica. Restos de un sistema cloacal. Aquí el victimario goza blandiendo el

---

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Rodríguez Manzanera, Luis. La crisis penitenciaria y los sustitutivos de prisión. México, Editorial Porrúa, 1998, página 2.

poder y humilla a la víctima ante sus propios ojos y ante los ojos de los demás.<sup>10</sup>

En este contexto, se multiplican los tratos vejatorios, la dudosa alimentación, los efectos destructores del ocio al que se ven forzados los reclusos, las agresiones sexuales, las violencias e intimidaciones de todo tipo, la vigencia de una ley del terror y del silencio impuesta por las mafias carcelarias, la incontrolable circulación de drogas y la inconfesada incidencia del SIDA.

En definitiva, no constituye una forma retórica el reconocimiento de que, en la hora actual, la condena a una pena privativa de la libertad priva al que la sufre de muchos otros bienes jurídicos inherentes a la condición humana, incluso, la propia vida. Sin embargo, y con carácter general, puede afirmarse que la inmensa mayoría de las infracciones penales que se cometen en las prisiones no resultan adecuadamente perseguidas; no se da cuenta de las mismas a la autoridad judicial. En el mejor de los casos, se reprimen mediante sanciones de tipo reglamentario y de orden interno.<sup>11</sup>

### **2.1.2. LAS FALACIAS DEL TRATAMIENTO CARCELARIO Y LA READAPTACIÓN SOCIAL.**

Cuando los medios y servicios son absolutamente precarios y el personal de una rudeza pétrea, los reformatorios han victimizado a multitud de niños y jóvenes hasta convertirlos en nudos corredizos en el

---

<sup>10</sup> Neuman, Elías. Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Primera reimpresión. México, Cárdenas editor y distribuidor, 1992, páginas 302 y 303.

<sup>11</sup> Landrove Díaz, Gerardo. La moderna Victimología. Valencia, Tirant lo Blanch libros, 1998, página 203.

cuello del sistema; resulta más cruel hablar de tratamiento y readaptación social del delincuente.

Prisionero de su propia inconsistencia, el sistema penal mexicano ha victimizado a una enorme cantidad de menores y de procesados en el encierro –poner un pie en la cárcel frente a una detención preventiva es comenzar a ser víctima-, haciéndoles extraviar el sentido de la vida, despersonalizándolos, y pretender ahora, ya condenados, practicarles el tan mentado tratamiento penitenciario resocializador, al que se atribuye efectos panaceísticos, linda con el desatino o la crueldad.

Sirve, eso sí, a la buena fe de algunos, a las posibilidades laborales de otros y como se ha señalado antes, a la pretensión de legitimar a la pena de prisión y al sistema en sí.

El tratamiento es sumamente oneroso y su pronóstico sobre la personalidad y la situación futura del individuo, recuerda a los futurólogos. En especial cuando hablan de “peligrosidad” sin especificar si es carcelaria o delictiva o referida a la delincuencia futura. Este etiquetamiento de alguien que ha vivido en un ambiente provocador de infortunios y desgracias, como lo es el carcelario, es una crueldad agregada al sistema, aunque los profesionales deban trabajar y se presenten a hacerlo de buena fe.<sup>12</sup>

Cuando se habla de crisis del tratamiento, se suele hacer mención a su costo económico y sus magros resultados, dado que muchos de los sometidos a estudios biotipológicos y a la aplicación de las fases del sistema progresivo de detención, e incluso a sesiones de psicoterapia, educación, trabajo, han fracasado, han reincidido, volviendo al delito.

Es además, un tratamiento caro y antieconómico; caro en cuanto a la inversión en instalaciones, mantenimiento y personal;

---

<sup>12</sup> Neuman, Elías. *Victimología y control social...* Op. cit., página 254.

antieconómico porque el sujeto no es productivo y deja en abandono material a la familia.<sup>13</sup>

La victimización del victimario no se agota con la recuperación de su libertad. La realidad se encarga de cuestionar la pretendida eficacia disuasoria de la ley penal en abstracto y de la ejecución de las penas privativas de la libertad en concreto.

Quien estuvo efectivamente privado de su libertad y alcanza la liberación recomienza, en un elevado número de casos, un ciclo tan conocido como mal tutelado por el derecho penal.<sup>14</sup>

El camino de la victimización social y penal del delincuente culmina con su liberación en el seno de una sociedad frecuentemente hostil. A la nocividad intrínseca de las penas privativas de la libertad que naturalmente no habilitan para el mejor disfrute de la misma, y al posible contagio criminal sufrido en el ámbito carcelario, hay que añadir las dificultades que el sujeto encuentra fuera de los muros de la prisión.

El ser expresidiario, o exconvicto, equivale a estar etiquetado socialmente, lo que dificultará al sujeto su correcta adaptación al medio en libertad, corriendo el peligro de desviar su conducta de acuerdo con la etiqueta que le ha sido impuesta.<sup>15</sup>

Así, en la sociedad libre se observan dos frentes: el de los gobernantes y personas beneficiadas por ellos, y el de los gobernados (casi siempre en actitud de resistencia al gobierno y de crítica dura y frecuentemente certera).

---

<sup>13</sup> Rodríguez Manzanera, Luis. Loc. Cit.

<sup>14</sup> Vid. Neuman, El preso víctima del proceso penal, págs 112 y ss. Citado por Landrove Díaz, Gerardo, en Op. Cit. Pág. 206.

<sup>15</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, Op. Cit. Pág. 3



En los reclusorios se observan también, al decir de López Rey<sup>16</sup>, dos frentes cuando menos: uno es el de personal y las autoridades; y otro es el de los internos. Se sabe también de un tercer frente: el de las personas libres que están relacionadas con los delincuentes.

El primer frente no es ampliamente solidario, porque los funcionarios son burlados por los empleados inferiores, particularmente cuando éstos no han sido escrupulosamente seleccionados.

El segundo frente también está dividido, porque los reclusos de una clase de delitos, repudian a los de otras, pero ante los embates de las autoridades presentan un solo cuerpo solidario que se comunica en clave, tiene su código secreto y actúa como un solo hombre en la mayoría de los casos.

El tercer frente es el de quienes gozan de libertad, habitualmente los familiares del recluso, que tienden a obedecer a las autoridades, lo que les capta la desconfianza del infractor.

En la mayoría de los establecimientos, la labor se rige por generalizaciones irracionales y tratando a todos de igual manera: en promiscuidad, sin clasificación técnica o humana de los internos y con falsas separaciones, con iguales alimentos, clases de trabajo, horarios, y aun con el mismo desenfado autoritario. Cuando más, existen distinciones derivadas de la riqueza del recluso y de su posición política, económica y social o de su especialidad laboral, por lo que se le rinde pleitesía o se le veja, se le sirva o se le explota, etc.<sup>17</sup>

Tal labor es de nulos resultados, pero se hace dañosa cuando el sentenciado sabe que verdaderos delincuentes han salido absueltos: lejos de pensar en su propia culpabilidad (base para iniciar la

---

<sup>16</sup> Citado por Solís Quiroga, Héctor, en Op. cit., página 304.

<sup>17</sup> Idem

readaptación), racionaliza que está preso por falta de dinero, de influencias políticas, o de un abogado competente con lo que, lejos de corregirse protesta por la injusticia. El anterior conjunto de factores influye para facilitar el contacto entre primarios y reincidentes.

En muchos países el Estado paga, de hecho, una "beca", aunque sea miserable, al delincuente: le da alojamiento, vestido y alimentación gratuitos, tiempo libre y expertos maestros para que se perfeccionen en su ocupación. Si el recluso no tiene oportunidad y estímulo para trabajar, cuenta con tiempo libre a su gusto y sabor, lo que ha motivado el comentario de los delincuentes profesionales en el sentido de que están tomando vacaciones cuando están presos.

Por tanto, cuando en los reclusorios no hay personal preparado específicamente, surgen nuevas formas de delincuencia por la forzada convivencia de los criminales entre sí, que acarrea la dirección de delitos desde la cárcel hacia el exterior.

Al salir en libertad el reo encuentra, por una parte, la indiferencia del Estado, el rechazo de la sociedad y el parcial de su familia, y por otra la simpatía de sus compañeros de presidio que ante las dificultades concretas, lo orillan a que viva la criminalidad. Así, el problema familiar y el económico que no quiso atender el Estado, lo resuelven los demás delincuentes y aun la policía explotadora.

A veces se facilita a los delincuentes aun, hacer desaparecer sus expedientes, fichas señaléticas y las anotaciones de su prisión, si tienen dinero para lograrlo, lo que implica varios delitos del personal encargado. Entonces, por falta de comprobaciones, no hay reincidencia legal.

Es aquí en donde surgen las siguientes preguntas: ¿es posible educar para la libertad en el encierro, aunque se trate de la cárcel más

moderna y computarizada? ¿la disciplina carcelaria tiene algún punto en común con lo que se vive en libertad?

No puede extrañar, en suma, que las penas de privación de libertad propicien la reincidencia. "*Mientras privéis al hombre de libertad –ha escrito Kropotkin- no lograréis hacerle mejor; cosecharéis, simplemente, la reincidencia*".<sup>18</sup>

Más allá de su borroso confin teórico, ocurre, entretanto, que el resultado de un tratamiento según la normativa de muchos países, debe ser conocido por jueces para decidir libertades condicionales y conmutación de penas o poner término a un juicio penal (caso de adicción o tenencia de drogas) con lo que, en ocasiones, muy a su pesar, el recluso no puede negarse a ser tratado, porque su libertad, que es su ley íntima, está en juego.

Cárceles y prisiones no hacen más que desnudar la ideología de los factores de control social de un sistema político o, aún mejor, de cierto tipo de gobierno. Está todo montado de tal manera que parece imprescindible la existencia de un cupo delincencial y de seres ostensiblemente victimizados para que las ideologías y las instituciones que las adjetivan sigan su preciso rumbo, señalado por una verdadera Política Criminal, distinta a la actualmente maquillada.

### **2.1.3. DROGAS Y SEXO: COMPAÑEROS DEL RECLUSO**

Neuman<sup>19</sup> cita lo siguiente: "*Un viejo preso me señalaba, en cierta oportunidad: Yo adquiero drogas, pastillas, para dormirme y volar... y las*

---

<sup>18</sup> Vid. P. Kropotkin. Las prisiones, Barcelona-Palma de Mallorca, 1977, pág. 27; versión española de la célebre conferencia pronunciada por Kropotkin en París, en 1890. Citado por Landrove Díaz, Gerardo Op. Cit., pág. 207.

<sup>19</sup> Neuman, Elías. Victimología y control social..., Op. cit. Página 267

*debo comprar a un guardiacárcel que las recibe, a su vez, de un funcionario. Soy su cliente. Y me doy cuenta que sólo por eso me respetan. Ellos saben que me degradan aún más con esas pastillas y, además, les tengo que pagar. Se trata de una experiencia límite de la voluntad interior que acaba anulándola”.*

Para la gran mayoría de reclusos, la familia: mujer, hijos, madres, como también la novia y los amigos, forman parte de un sentimiento profundo y preocupado. Son, por así decirlo, la única antena en tierra que les queda y que se mantiene fiel siguiendo paso a paso el desarrollo de su privada libertad.

Los presos suelen encrespase con sus familiares, pero valoran las luchas judiciales que deben efectuar frente a un mundo que desconocen y saben que son más encarnizados y seguidores que sus abogados; las largas esperas para ingresar al penal. La comida que les llevan, sus expresiones, sus penurias económicas y morales, las requisas, a las que suelen estar obligados, implican una victimización directa a personas inocentes que adjetiva la antinaturalidad de la prisión, pero también, por elevación, indirectamente se victimiza al recluso.

Mucho más que los golpes físicos que pudieran recibir en el penal, sufren por la imposibilidad de recibir aquellas visitas, lo que les causa un dolor insoportable.

En muchas cárceles latinoamericanas, la visita se lleva a cabo detrás de gruesos vidrios de seguridad, de modo que el recluso sólo puede literalmente ver a sus familiares sin poder tocarlos y, menos aún, acariciarlos. Debe reprimir el deseo natural, como si hubiese dejado de ser hombre, o mujer, como si tocarse entre seres humanos podría poner

en riesgo la seguridad del penal. Hay un cierto temor no dicho, pero sí respirado, de que pudiera excitarse sexualmente. De otro modo ¿en qué reside el peligro para la seguridad del penal?<sup>20</sup>.

Sabe el recluso que, por cierto precio, puede tener contacto sexual con su mujer, y en ciertas cárceles con prostitutas. Cuando no existen áreas para esas vistas conyugales, la relación puede realizarse en la propia celda o en oficinas administrativas.

Los últimos vestigios morales, y su privacidad, han sido doblegados por las circunstancias y el medio. Ya no sabe quién es ni adónde pertenece. Tratando de minorizar su sentimiento de culpa, advierte, que su pareja ha sido alcanzada también por la ley penal o la ley penitenciaria.

## **2.2. LA ERRADA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA MEXICANA**

Mucho se ha especulado acerca de la realidad actual de la actividad criminal en México y la respuesta de las autoridades responsables de contener el delito y combatirlo.

Es verdad que el delito organizado es una lamentable realidad en México y que la actividad de los delincuentes se ha trocado más cruel y dañina, también que el narcotráfico se manifiesta con toda su potencialidad en el territorio nacional; sin embargo, también hay que reconocer que su combate ha sido lúcido y enérgico.

Esta lucha se ha realizado, sin embargo, dentro de un marco legal penal y penitenciario que tiene como principales defectos la lentitud, el costo, la desigualdad y la inconsecuencia.

---

<sup>20</sup> Ibidem, pág. 268.

Pero, el sistema penal, y básicamente el poder judicial (cuando verdaderamente es un poder) es el único recurso pacífico que tenemos contra las arbitrariedades.

Ahora bien, este sistema debe de ser adecuado a la realidad social mexicana, la realidad del crimen en ascenso y de la crisis de la pena privativa de la libertad tradicional, como respuesta estatal a la delincuencia.

El crimen no es un tumor, ni una epidemia, sino un doloroso problema interpersonal y comunitario. Una realidad próxima, cotidiana, casi doméstica; un problema de la comunidad que nace en la comunidad y que ha de resolverse por esta. Un problema social, en definitiva, con todo lo que tal caracterización implica en orden a su diagnóstico y tratamiento.<sup>21</sup>

La posición clásica contempló al delito como enfrentamiento formal, simbólico y directo de dos rivales –Estado e infractor- que luchan entre sí en solitario, como luchan el bien y el mal, la luz y las tinieblas: pugna, duelo, claro está, sin otro final imaginable que el incondicionado sometimiento del vencido a la fuerza victoriosa del Derecho.

En dicho modelo –que es el que actualmente no se ha superado totalmente en México- la pretensión punitiva del Estado, el castigo al delincuente, polariza y agota la respuesta al suceso delictivo, prevaleciendo la faz patológica de éste sobre su profundo entramado problemático y conflictual.

La reparación del daño ocasionado a la víctima (a una víctima que se desvanece, neutralizada por el propio sistema) no interesa, no se

---

<sup>21</sup> Vid., García-Pablos, A. *Policía y Criminalidad en el Estado de Derecho*, en: *Policía y Sociedad*. Ministerio de Interior, 1990 (obra colectiva), págs. 54 a 57. Citado por García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Tercera Edición, Valencia, Tirant lo Blanch Libros, 1996, pág. 234.

plantea como exigencia social; como tampoco preocupa la efectiva resocialización del infractor, aunque en el discurso se presume el interés.

Los modelos modernos, por el contrario, participan de una imagen más compleja del suceso delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo (delincuente, víctima, comunidad) y la relevancia acusada de los muy diversos factores que convergen e interactúan en el escenario criminal. Subrayan el trasfondo humano y conflictual del delito, su aflicción, los elevados costos personales de este doloroso problema, cuya apariencia patológica, epidémica, en modo alguno mediatiza el sereno análisis de su etiología, de su génesis y dinámica, ni el imprescindible debate políticocriminal sobre las técnicas de intervención y control de aquél.

En este modelo teórico, el castigo del infractor no agota las expectativas que el suceso delictivo desencadena. Resocializar al delincuente, reparar el daño y prevenir el crimen son objetos de primera magnitud. Sin duda este es el enfoque científicamente más satisfactorio y el más acorde con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho.

### CAPÍTULO 3

## LA CRISIS COMO CARACTERÍSTICA DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Con todos los progresos que en la teoría o en la realidad ha adquirido la cárcel, con todo su gran peso específico en la cantidad y en la calidad de sanciones, no es posible ignorar que se halla en crisis, que no satisface<sup>1</sup>.

Así, en nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en crisis. Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis.

Sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la crisis como un fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto.

La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal), empieza a no ser resuelta automáticamente a favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal. México, Editorial Porrúa, 1998, página 16.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona, Editorial J.M. Bosch Editor, 2002, página 13.



De ello, sin embargo, en la opinión de la sustentante, tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo: al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del Derecho penal. Una evolución que muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en síntesis sucesivas de signo ascendentemente humanitario y garantístico, pese a lo que algunos momentos de antítesis puedan llevar a pensar. Así pues, lo negativo, más que en esa realidad, se hallaría en los intentos de ocultarla, creando pantallas ideológicas que tratan de aparentar armonía allí donde hay una confrontación esencial.

### **3.1. LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DEL SISTEMA PUNITIVO.**

Sentado lo anterior, se hace preciso señalar que la mención de una crisis “contemporánea” pretende hacer referencia a otros fenómenos superpuestos a aquél (que es, por así decirlo, estructural) y que han condicionado el marco en el que se desarrolla la discusión jurídico-penal de los últimos treinta años, por un lado, y especialmente del último decenio, por otro lado<sup>3</sup>.

En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, “*ius puniendi*”) fundamental y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis.

Es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso.

---

<sup>3</sup> Ibidem, página 14.

Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada “*ciencia del Derecho penal*”: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, y también una crisis de legitimidad epistemológica, de validez científica.

En ambos casos, sin embargo, no nos encontramos ante fenómenos de nuevo sello. En realidad, esta nueva crisis del Derecho penal comienza, como tarde, en los años sesenta, en el momento en que quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un derecho penal de la retribución.

Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social.

Tales corrientes adquieren una plasmación espectacular en el Proyecto Alternativo (*Alternativ-Entwurf*) de un nuevo Código penal alemán, presentado en 1966 por un grupo de profesores alemanes en oposición al Proyecto gubernamental de 1962. En lo que hace a la fundamentación de la pena, se contiene en el Preámbulo del Proyecto Alternativo la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino “*una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres*”<sup>4</sup>, proyecto que marcó la pauta para soñar con la materialización de otras ideas, como el Proyecto Alternativo sobre la Reparación –1992-, que nos ha hecho considerar a la reparación del daño como uno de los fines de la pena.

En el marco de la ciencia del Derecho penal, la referida crisis

---

<sup>4</sup> Idem

comienza en los mismos años, desde el instante en que empieza a ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y, en suma, ajena también a la realidad social del delito.

Aunado a ello, se tiene la ineficacia del propio sistema, lo que conduce, a veces, a solicitar penas más severas y medidas radicales; en ocasiones, a sugerir una verdadera revolución en los conceptos penitenciarios; y finalmente, a pretender, como de hecho ocurre, la introducción de interferencias en el rumbo normal de la cárcel, sustituyéndola o al menos corrigiendo sus inequidades<sup>5</sup>.

Ambos fenómenos, la crisis del Derecho penal y de la ciencia que lo cultiva son, como resulta fácil comprender, paralelos. Lo que quiebra, pues, es el Derecho penal retributivo y la ciencia dogmática abstracta que lo estudiaba con una vocación casi artística.

El desencadenante de ambas crisis viene dado la necesidad, sentida de modo general, de proceder a una legitimación del Derecho penal que resulte inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma. Una vez producido este primer factor de ruptura, resulta natural que también se sienta la necesidad de orientar la ciencia del Derecho penal a esa misión social del Derecho penal, no construyéndola de espaldas a la misma, en un universo abstracto e independiente de las realidades socioculturales.

Dada esta encrucijada con que se encuentra el Derecho penal, en la medida en que no puede cerrarse a la realidad, ha pasado a ser uno de los problemas más arduos de la política criminal de nuestros días la sustitución de las penas cortas privativas de libertad, que es la clave de cualquier futura reforma penal<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit., páginas 16-17.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta reimpresión, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998, página 714

A partir del Congreso Penitenciario de Londres de 1872, la crítica a esas penas se ha generalizado. De allí emergen los esfuerzos imaginativos acerca de las penas recientemente propuestas y todas las experiencias que se intentan.

La corriente más generalizada tiende al reemplazo de las penas cortas y a la tecnificación de los establecimientos donde se cumplen las penas de mayor duración, orientados hacia verdaderos centros de terapia social.

No obstante, esto último también presenta sus problemas, puesto que por centros de "terapia social" tampoco pueden entenderse instituciones en que se condicionen reflejos de máquinas descompuestas, sino que la tarea debe emprenderse con verdadero criterio espiritualista, lo que viene a poner de manifiesto la teoría de Zaffaroni<sup>7</sup>, atinente a la necesidad de una fundamentación antropológica del derecho penal que se extienda a todas las manifestaciones del sistema penal.

La mencionada crisis, cuyo comienzo, como se ha dicho, según Silva Sánchez, puede situarse en los años sesenta (quizá ya a finales de la década de los cincuenta), generó importantes movimientos científicos que marcaron las décadas de los sesenta y de los setenta. Por un lado, se produjo la "despedida de Kant y Hegel" en la teoría de los fines de la pena, recibándose influencias escandinavas y norteamericanas, que daban un valor central en esta materia a la prevención especial resocializadora, al tratamiento del delincuente.

Por el otro, se produjeron intentos significativos de abandonar la elaboración sistemática del Derecho penal, sustituyéndola por consideraciones tópicas, y produciéndose un gran avance en los

---

<sup>7</sup> Idem

estudios criminológicos, que hasta entonces se habían visto un tanto marginados por el brillo teórico de las construcciones dogmáticas. En este sentido, los años setenta se han mostrado como una década de signo abiertamente ecléctico, tanto en lo relativo a los fines del Derecho penal, la fuente de su legitimación, como en lo relativo al método de estudio de la materia penal, en el que se mezclan el sistema y el problema, lo abstracto y lo concreto.

Así, es cierto que sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho penal)<sup>8</sup> y, también sobre si cabe atribuir el *status* de ciencia a una disciplina que incorpora tantos elementos valorativos y se muestra tan inmediatamente condicionada por la coyuntura social como la dogmática jurídico-penal.

No obstante, parece haberse alcanzado un punto en el que la mayoría no pone en cuestión ni que tal legitimidad existe, ni que la dogmática constituye un instrumento válido para el conocimiento de la materia penal. Ocurre, con todo, que, en los últimos diez o quince años, a esa crisis global de legitimación todavía no plenamente resuelta, se le han superpuesto nuevos fenómenos conflictivos que han venido a agudizar lo problemático de la situación. A continuación haremos breve alusión a este nuevo aspecto.

### **3.2. LAS ACTITUDES BÁSICAS ANTE EL DERECHO PENAL**

Cualquier idea que se tenga del Derecho penal, está siempre relacionada con la significación y las consecuencias de la criminalidad.

---

<sup>8</sup> No es por nada que Vives Antón habla de “una especie de retorno a Hegel”. Ver: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, páginas 36-50.

El Derecho penal se concibe como una respuesta a la criminalidad y al delito, y precisamente por esto se justifican las limitaciones jurídicas que su empleo conlleva, ya que la criminalidad y el delito producen graves consecuencias para el individuo y la sociedad<sup>9</sup>.

Entonces, la criminalidad y el delito se han vivido siempre como una amenaza.

Nada extraño, si se tienen en cuenta los perjuicios ocasionados a las víctimas, el daño económico en general y especialmente la circunstancia de que, según las estadísticas, en los dos últimos decenios la criminalidad se ha duplicado<sup>10</sup>.

Por todo ello, no es raro que no sólo en el lenguaje cotidiano, sino también en las expresiones técnicas se asocien “criminalidad” y “delito”, con la idea de “lucha”.

El delito se concibe tradicionalmente como un “mal”, la criminalidad como una “enfermedad infecciosa” y el delincuente como “un ser dañino”. La opinión pública, tal como se trasluce sobre todo en las “encuestas” periodísticas, muestra una actitud “belicosa” y con base en esto se elabora la política<sup>11</sup>.

Ante tal situación y a fin de resolver la problemática, existen principios filosóficos que nutren o sustentan el sistema de respuesta al delito (los que serán abordados en el siguiente capítulo), pero también se distinguen, determinadas actitudes teóricas que se pueden tomar con respecto al Derecho penal y que representan precisamente, las fracturas entre las posiciones dogmáticas y la realidad, con motivo de la “crisis” de la que se ha venido hablando.

---

<sup>9</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, página 37.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Idem.

De todo lo anterior se puede colegir que se presentan tres “crisis” del sistema: la inmanente al Derecho penal moderno; la de legitimidad del Derecho penal y su dogmática; y la más reciente, que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso.

Parece claro que, en una situación así, constituye un deber de honestidad científica aclarar con qué perspectiva, con qué actitud, incluso con qué talante se abordan los temas fundamentales que a continuación se irán examinando. En lo que sigue se procederá a tal declaración de principios.

Son tres las posturas político-criminales que en la actualidad cabe estimar básicas, es decir, las opciones fundamentales que se nos ofrecen a la hora de decidir desde qué punto de partida analizar el fenómeno jurídico-penal. Estas, que resultan de un esfuerzo simplificador y obviamente admitirían algún planteamiento mixto, son la abolicionista; la resocializadora; y la garantística (lo que en la doctrina alemana se denomina <<*Rechtsstaatliche Position*>><sup>12</sup>).

Las anteriores son pues, posturas reformistas, que sin valorar negativamente la evolución habida en el Derecho penal moderno, sí han adoptado o adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo introducir elementos de progreso, en uno y otro sentido, que, no obstante, se mantengan en el seno del propio sistema.

A este respecto, hay que insistir, en efecto, en que un aspecto común a la tendencia resocializadora y la garantística es la aceptación del sistema en principio sobre la base de su eficacia preventivo-general, algo que los abolicionistas cuestionan. A continuación se analizarán las tres propuestas, fundamentando la opción por una de ellas como punto de partida de la exposición de las cuestiones básicas del Derecho penal.

---

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús.María, Op. cit., página 17.

### 3.2.1. LA POSTURA ABOLICIONISTA

El abolicionismo constituye el modo más radical de afrontar la realidad del Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un conjunto de normas: en efecto, en su versión más radical, rechaza la existencia del Derecho penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos que llamamos delitos.

El movimiento abolicionista, si es que de movimiento puede hablarse, constituye la manifestación contemporánea esencial del fenómeno, en cierta medida permanente, de la crítica al Derecho penal.

En efecto, las doctrinas abolicionistas no reconocen justificación alguna al Derecho penal y propugnan por su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al costo de la triple constricción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que lo son<sup>13</sup>.

Ello, de algún modo, determina que aquellas teorías tengan precedentes y orígenes tan diversos como sus propios planteamientos y fundamentaciones.

Un dato significativo es que su aparición se haya producido fundamentalmente en países en los que la tendencia predominante ha sido la resocializadora (Estados Unidos, Holanda, Escandinavia), y sin

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000., páginas 247-248.



duda como una reacción al fracaso de ésta.

Sin embargo, en el plano teórico, es decisiva la vinculación que surge entre la propuesta abolicionista y la argumentación de la corriente criminológica que hoy conocemos como criminología radical, nueva criminología, o criminología crítica<sup>14</sup>. Ello puede hacer procedente en este punto una caracterización, siquiera sucinta, de esa nueva criminología a fin de obtener un mejor conocimiento de los presupuestos del abolicionismo.

### 3.2.1.1. ABOLICIONISMO Y CRIMINOLOGÍA CRÍTICA.

Con la denominación de “radical” o “crítica” se conoce a la orientación que, abandonando el llamado “paradigma etiológico” esto es, la explicación clásica de la criminalidad como un fenómeno individual, debido a razones antropológicas, psicológicas o sociales, propia de la “criminología positivista”, pasa a centrar su análisis en el sistema penal, en tanto que generador de criminalidad (paradigma de control). Su fundamento teórico lo obtiene de doctrinas marxistas así como del interaccionismo simbólico expresado en las doctrinas del “etiquetamiento” (labelling approach)<sup>15</sup>.

Según estas últimas, el delito no tiene lugar como tal en la realidad, sino que surge por medio de una definición, de una atribución de *status* criminal, que tiene lugar en forma selectiva y discriminatoria. La conclusión, expuesto todo ello muy esquemáticamente, es que el sistema penal, en tanto que producto de la estructura clasista y

---

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., página 18.

<sup>15</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de Criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen.) Segunda Edición. Valencia, Tirant lo Blanch Libros, 1999, página 104.

patriarcal de la sociedad, es el principal responsable de la existencia del fenómeno criminal.

Así las cosas, se impone una transformación del modelo de sociedad como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad. Pero en todo caso, de ahí se sigue ella necesidad de prescindir del sistema penal en que nos movemos, ineficaz, selectivo y criminógeno<sup>16</sup>.

El abolicionismo no agota el contenido de la criminología crítica y también, por otro lado, que hay naciones, como es el caso de Holanda, con cierta tradición abolicionista, donde esta tendencia, más que en una criminología radical, parece tener sus orígenes en un humanismo con mala conciencia.

Sin embargo, y pese a ello conviene insistir en que la más firme base de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica al sistema penal: el abolicionismo ha hecho de ésta su principal base teórica.

### **3.2.1.2. BASES PARA UN CRÍTICA DE LA OPCIÓN ABOLICIONISTA.**

Al movimiento abolicionista no debe dejar de reconocérsele el mérito de un importante esfuerzo a favor de la humanización del sistema penal criticando los aspectos negativos del mismo (en lo que coincide con los reformistas liberales).

No obstante, sus propuestas se hallan expuestas a importantes objeciones de todo género que a continuación referimos. A este respecto, es frecuente que autores pertenecientes al ámbito

---

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Op. cit., página 20.

abolicionista pongan en boca de sus críticos una aseveración que parece complace significativamente a los propios abolicionistas: la de que sus tesis son buenas, aunque utópicas. Aquí se compartirá tal afirmación sólo a medias; así, partiremos de señalar que las propuestas abolicionistas, independientemente de que si son buenas o malas, sí resultan ciertamente utópicas.

La utopía de las alternativas al sistema penal desarrolladas por los autores del abolicionismo “moderado” se hace patente tan pronto como se advierte su pretensión de sustituir el sistema penal por una solución privada de los conflictos (delitos) basada en el principio del resarcimiento civil del daño, a la que se añadirían ciertos procedimientos de arbitraje.

Es inevitable concluir que tales soluciones, en cuya ideación pudieron tenerse presentes ciertas comunidades alternativas -en los valles de Noruega- son incompatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas, o inclusive en las Latinoamericanas, con una alto índice de analfabetismo y pobreza.

A este respecto, no debe estimarse meramente casual el hecho de que el abolicionismo haya sido elaborado ante todo en países como Holanda (por Hulsman) o Noruega (por Mathiesen o Christie), países pequeños, en los que el problema de la criminalidad es relativamente reducido, el sistema penal tradicional muestra conservador y la posibilidad de una resolución autónoma y descentralizada de los conflictos es relativamente alta. Pero incluso en países como los citados, la creencia en la factibilidad del esquema abolicionista de solución de los conflictos penales debe estimarse extremadamente ingenua<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Ibidem, página 21.

Por otro lado, debe ponerse de relieve que, en el seno del razonamiento abolicionista, se da una cierta inconsistencia entre la orientación de su crítica al sistema penal y la de sus propuestas alternativas.

En efecto, el abolicionismo suele argumentar aludiendo a los aspectos esenciales, o incluso, más todavía, a la punta del iceberg del sistema penal, la política criminal en materia de drogas o terrorismo, por ejemplo, en un segundo momento, y a partir de la puesta en cuestión de aspectos concretos, se rechaza todo el conjunto del sistema. Sin embargo, las propuestas alternativas que ofrece el abolicionismo no se defienden tratando de justificar argumentativamente su bondad en esos casos; tampoco, en los supuestos de criminalidad violenta y otros casos graves, núcleo del Derecho penal en cualquier sociedad contemporánea<sup>18</sup>.

Muy al contrario, se ejemplifican casos triviales, de bagatela, completamente alejados de la realidad del sistema penal, lo que demuestra perfectamente las limitaciones de la "alternativa abolicionista". Su capacidad real de resolución del problema de criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho penal<sup>19</sup>.

Ello se comprueba en el ejemplo propuesto por Hulsman<sup>20</sup>:

*"En un piso conviven cinco estudiantes, uno de los cuales rompe el televisor. Cada uno de los otros cuatro reaccionan de forma diferente ante el hecho: uno propone castigarle (estilo punitivo); otro que lo pague (estilo compensatorio económico); el tercero opina que se ha vuelto loco y hay que tratarlo (estilo terapéutico); el último, en fin, entiende que*

---

<sup>18</sup> Al respecto, ver: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., páginas 249 y 250.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Loc. cit.

<sup>20</sup> Idem

*deben hacer entre todos un examen de conciencia para analizar cómo se ha llegado a esa situación (estilo conciliador)".* Hulsman se inclina por esto último.

A la vista de lo anterior, la pretensión abolicionista de dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos no constituye, pues, más que una declaración de buenas intenciones, lo que es sumamente cuestionable.

Las propuestas abolicionistas son, ya se ha dicho utópicas; su bagaje teórico, limitado; además, se ven expuestas a la crítica incluso desde dentro de los propios movimientos alternativos... Pero ¿puede acaso que tales propuestas sean mejores que el Derecho penal actual, que tengamos en nuestras manos?

A nuestro juicio no. Así, por ejemplo, las tendencias puestas de manifiesto en las limitadas experiencias de abolición de algún aspecto del Derecho penal y su sustitución por otras formas de solución de conflicto no permiten obtener una impresión excesivamente positiva.

Es, pues más que discutible -y la carga de la prueba de lo contrario les corresponde a los abolicionistas- que sus propuestas conduzcan, como ellos indican, a disminuir el costo social del delito, a producir menos dolor en este ámbito, a que la estigmatización sea menor, a que se respeten más las garantías individuales, a que la arbitrariedad quede excluida, a que se logre una mayor seguridad jurídica.

Por ello, se estima posible concluir que tales propuestas se muestran -con independencia de su eficacia en el campo de la reinserción, dudosa en medida similar a la del sistema penal convencional- como injerencias más profundas e intolerables en la esfera individual y como manifestaciones de un paternalismo ético cuya

eliminación constituye precisamente uno de los objetivos del moderno Derecho penal de base liberal.

### **3.2.2. LA PERSPECTIVA RESOCIALIZADORA.**

A diferencia de la perspectiva abolicionista, que afronta la realidad del Derecho penal proponiendo su desaparición, la tesis resocializadora es una de las posibles manifestaciones de la lucha por un mejor Derecho penal.

En efecto, partiendo de la atribución al Derecho penal de una función preventiva, esto es, de una función real de protección de la sociedad y no meramente metafísica, los partidarios de este enfoque ponen el acento en la necesidad de que el Derecho penal, en general, y el sistema de las penas privativas de libertad, en particular, dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, eliminando o, al menos, reduciendo en medida relevante las tasas de reincidencia. Es más, llegan a legitimar el Derecho penal por su capacidad resocializadora, extremo éste que motivará la mayoría de las críticas que se dirigen contra ellos<sup>21</sup>.

La doctrina de la resocialización constituye una variante de la doctrina de la prevención especial, esto es, de aquella teoría de los fines de la pena que estima que ésta se justifica por su incidencia sobre el sujeto que ya ha delinquido, tratando de proteger a la sociedad mediante la prevención de los delitos que el mismo pueda cometer en el futuro.

Los orígenes modernos de esta propuesta se hallan en el último tercio del siglo XIX, en que comienza a ser defendida por la Escuela

---

<sup>21</sup> Ibidem, página 26.

Positiva italiana, por la llamada dirección moderna en Alemania, y por el correccionalismo español.

La causa próxima del acentuado interés por la prevención especial parece haber sido la constatación de las elevadísimas tasas de reincidencia, junto a la convicción acerca de que el delito responde a unas causas empíricas, puestas de manifiesto en la personalidad del autor, cuya remoción con medios científicos determinaría la desaparición del aquél.

En su versión más radical, las nuevas doctrinas condujeron a la sustitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los lineamientos tradicionales de la pena (especialmente, el principio del hecho, la proporcionalidad, la culpabilidad), sino atentas tan sólo a la constatación de una peligrosidad en el sujeto.

Sin embargo, estas tesis radicales conllevaban la desaparición del concepto tradicional de delito y, pese a ciertos intentos, no han logrado imponerse. Sí lo ha hecho, en cambio, el punto de vista matizado, ecléctico, que propone la conservación de las penas, junto a las medidas de seguridad, aunque entiende que también aquéllas deben cumplir funciones preventivo-especiales. Esta corriente se ha manifestado, ya más recientemente, en el movimiento de la Nueva Defensa Social, sobre todo en Francia e Italia.

Las causas circunstanciales de la Nueva Defensa Social, son, según Antonio Beristáin: el fracaso del Derecho penal clásico-retribucionista, *“fracaso real en parte, pero anticientíficamente exagerado, o del que se han pretendido deducir conclusiones equivocadas”*; el avance de las ciencias naturales; la crisis penitenciaria y la sospecha de que la pena individual sea tan inútil<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> BERISTÁIN, Antonio. Derecho Penal y Criminología. Themis, Bogotá, 1986, página 169.

La propuesta resocializadora se significa, en el seno de las doctrinas preventivo-especiales, por su carácter positivo, no se limita, como la intimidación individual o la inocuización, a la intervención negativa sobre el delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad.

De ahí que exprese no sólo una función legítima del Derecho penal, sino, más aún, una necesidad ineludible, a la que ningún sistema penal puede sustraerse: no puede, pues, renunciarse a la reinserción. Que esta afirmación responde a una convicción generalizada lo prueba el hecho de que, a medida que se han ido imponiendo las tesis humanitaristas en el ámbito penal, la idea de la resocialización haya pasado a presidir la discusión de los fines de la pena, mientras que la intimidación individual y la inocuización se estiman cosa del pasado<sup>23</sup>.

La resocialización ha vivido, pues, quizá dos decenios de gloria, en los que se llegó a centrar en ella el discurso legitimador del Derecho penal.

Sin embargo, desde la perspectiva actual cabe concluir lo efímero de aquellas glorias. En efecto, al tiempo que cristalizaba en disposiciones legales de gran trascendencia, en todo nuestro ámbito cultural, el ideario resocializador -como construcción teórica legitimadora de la intervención penal- entraba en una crisis sin precedentes, sobre cuya superación resulta difícil aventurar nada.

Al respecto, han revestido importancia las objeciones que han pretendido advertir acerca de la existencia de ciertos casos delictivos en que la resocialización no es posible o no es necesaria, dadas las circunstancias.

---

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Op. cit., página 28.



### 3.2.3. LA PROPUESTA GARANTISTA

La decepción acerca de la capacidad del Ideal resocializador -con sus problemas de factibilidad y licitud- para legitimar por sí solo el ejercicio del *ius puniendi* y el rechazo categórico de los excesos de la denominada "ideología del tratamiento", propiciaron la aparición de opciones alternativas, cuyo propósito fundamental es acentuar el papel de las garantías formales.

Estas tendencias parten de la aceptación de que lo que legitima al Derecho penal es básicamente la prevención general de delitos, siempre que ésta tenga lugar respetando las garantías del Estado de Derecho, verdadera *Magna Charta* del delincuente.

#### 3.2.3.1. EL GARANTISMO Y LOS LÍMITES MATERIALES DE LA INTERVENCIÓN PENAL.

La palabra "garantismo", según Luigi Ferrajoli<sup>24</sup>, tiene tres acepciones.

En la primera, designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al Derecho Penal, el modelo de estricta legalidad, propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como un técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de todos los ciudadanos. En

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., página 851.

consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

En una segunda acepción, el garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino respecto de la existencia o vigencia de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica principal, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas).

En su acepción tercera, el garantismo designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre el derecho y la moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre el ser y el deber ser del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del Estado.

Estas tres acepciones de “garantismo”, tienen un alcance teórico y filosófico general, sin embargo, para los fines del presente trabajo, proporcionaremos su connotación penal.

El Derecho Penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y

contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal<sup>25</sup>.

Los filones que se entreveran en esta tradición, madurada en el siglo XVIII, son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena<sup>26</sup>.

Cada una de las implicaciones deónticas –o principios- de que se compone todo modelo de Derecho Penal, enuncia una condición *sine qua non*, esto es, un garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar.

El sistema garantista desarrollado por Ferrajoli está conformado por diez axiomas<sup>27</sup>:

A1. *Nulla poena sine crimine*

A2. *Nullum crimen sine lege*

A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

A4. *Nulla necessitas sine iniuria*

A5. *Nulla iniuria sine actione*

A6. *Nulla actio sine culpa*

---

<sup>25</sup> Ibidem, página 33.

<sup>26</sup> Idem.

A7. *Nulla culpa sine iudicio*

A8. *Nullum iudicium sine accusatione*

A9. *Nulla accusatio sine probatione*

A10. *Nulla probatio sine defensione*

Los nombres de los axiomas aquí citados son los siguientes: 1) Principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) Principio de *legalidad*; 3) Principio de *necesidad* o de economía del Derecho Penal; 4) Principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) Principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) Principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) Principio de la *jurisdiccionalidad*; 8) Principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) Principio de la *carga de la prueba* o de verificación; y 10) Principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen, -con cierto forzamiento lingüístico- el modelo garantista de derecho o responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del Derecho Penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho.

Es ésta una vía que, en los últimos años, ha tratado de abrirse por la concepción del llamado "Derecho penal mínimo".

---

<sup>27</sup> Ibidem, página 93.

Sin embargo, la doctrina del Derecho penal mínimo, como elaboración teórica, no supone una novedad tan sustancial como algunos han querido advertir. En realidad, su punto de partida se halla ya en las bases ideológicas del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, según el cual la pena es una "amarga necesidad", y, de modo general, en los principios inspiradores de la tradición liberal.

No puede olvidarse, a este respecto, ya que el artículo 8 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 establecía que:

*"La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires..."*<sup>28</sup>

Existe, pues, una amplia coincidencia en el sentido de entender que sólo son legítimas las penas necesarias: el arraigo del principio de intervención mínima muestra, precisamente, que no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al mínimo necesario.

Sin embargo, parece obvio que debe hallarse el objeto de referencia de ese mínimo necesario. El límite de la reducción ha de hallarse en el mínimo necesario. Pero en el mínimo necesario ¿para qué?. La tesis de autores como Ferrajoli, que sostienen la doctrina del Derecho penal mínimo es que ha de ser primeramente el mínimo necesario para evitar la "violencia social informal", concepto éste en el que se cuentan ante todo las posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos por un delincuente o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ellos.

La función preventiva, por tanto, es doble: prevención de los delitos y de las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. En

---

<sup>28</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., página 38

definitiva, pues, lo que legitima al Derecho penal es la minimización de la violencia en la sociedad.

La propuesta de un Derecho penal mínimo, que se define en el triple sentido de: 1. La máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, 2. La más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y, 3. La rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva, marca, según sostenemos, el camino a seguir.

Sin embargo, parece obvio que lo anterior debe ser objeto de múltiples concreciones.

En primer lugar, porque la construcción de un Derecho penal garantista en lo formal y en lo material exige una profunda labor de depuración de los objetos de protección penal. Lo “mínimo” ha de manifestarse también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal, por ejemplo.

Además, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que no nos movemos con magnitudes exactas, que no puede fijarse el punto exacto en el que la reacción penal sigue siendo necesaria para prevenir.

En este, como en tantos otros temas penales, nos hallamos en continua evolución, marcada, según se verá luego de modo más detallado, por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista (uno de los varios a que debe atender el Derecho penal) y otros como el humanitario o el resocializador, concentrados en la protección de las garantías individuales.

Lo que en cada momento histórico se estima como “mínimo necesario” de la intervención penal constituye, pues, el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica constante en ese determinado momento. Una tensión cuyo motor es la continua relativización del interés intimidatorio mediante la intensificada atención

a los intereses garantísticos. El Derecho penal evoluciona por la vía de su restricción progresiva y, si se permite la expresión, cada vez es más mínimo<sup>29</sup>.

No muy lejos de este punto de vista se sitúan las propuestas efectuadas en Suecia a partir del abandono de la ideología del tratamiento en aquel país.

Ciertamente, la reacción producida no se detiene en una mera propuesta de garantías formales como límite a la prevención general, sino que penetra en ámbitos materiales.

Así, no se piensa tan sólo en la seguridad jurídica y en la proporcionalidad, sino que se insiste en la humanización como uno de los intereses a valorar junto a la prevención general.

A ello ayuda el hecho de tomar claramente la idea preventivo-general como punto de partida. En efecto, si se parte de que la pena es un mal con el que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas para el delincuente, se hace más fácil entender que es preciso restringirla al máximo.

A la vez, adoptada la prevención general como fundamento principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida.

La consecuencia de todo ello es, pues, que no sólo se trata de recuperar la seguridad jurídica y la proporcionalidad perdidas con la fe desmesurada en el ideal terapéutico.

La adopción de la prevención general como base de la construcción político-criminal nos devuelve a la realidad de la pena

---

<sup>29</sup> Ibidem, página 39.

como "mal", invitándonos a reflexionar sobre los términos de la necesidad de ese mal.

La consecuencia, extraída por vía empírica, es que la eficacia intimidatoria no requiere penas graves, por lo que nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones. **Además, que en los casos en que la pena privativa de libertad no se estime estrictamente necesaria, nada obstará a su sustitución por otras consecuencias jurídicas.**

Finalmente, que, presupuesto que la pena es básicamente un mal, nada se opone a introducir en ella elementos que tengan la pretensión de favorecer al delincuente. A este respecto, no cabe ignorar que la doctrina del tratamiento surgió inspirada en un ideal humanitario y que probablemente sentó algunas bases para el progreso en este sentido.

**Nada obsta, pues, a que se ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que realmente necesite, siempre que ello se interprete como un derecho y no como algo a lo que se somete obligatoriamente a los reclusos por ser la función determinante del sistema penal.**

Como se señala en el informe del Comité Nacional sueco<sup>30</sup>: *<<Es probable que la tesis del tratamiento haya establecido las condiciones previas para una considerable humanización del sistema penal. Un rechazo de tal teoría no ha de llevar necesariamente a un descenso de la humanidad, y a un aumento de la severidad en el sistema penal>>.*

Se trata, en suma, de recuperar las garantías formales, sin olvidar la progresión humanizadora que pasa por la disminución de la severidad de la intervención penal y de su propio ámbito de incidencia, así como

---

<sup>30</sup> Ibidem página 40.