

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 sueco³⁰: *<<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

³⁰ Ibidem página 40.

por el mantenimiento de los aspectos positivos del tratamiento.

Podemos concluir diciendo que la propuesta garantista no implica una vuelta atrás ni ofrece algo completamente nuevo. Más bien, expresa la síntesis adecuada al presente momento histórico de la evolución de las ideas penales.

Así, y si prescindimos de la prevención general, a la que cabe estimar una constante en el fenómeno punitivo, el liberalismo se centró en la salvaguarda de las garantías formales, mientras que el asentamiento de la idea de Estado social propició que el tratamiento pasara a un primer plano (primero en el nivel ideológico: “defensa social”; y posteriormente en el nivel de las realizaciones prácticas).

Dado que en la actualidad nos hallamos todavía inmersos en la reacción a la ideología del tratamiento, es hasta cierto punto natural que se subrayen los aspectos relativos a las garantías formales, tan gravemente afectadas por los excesos de la ideología resocializadora.

Sin embargo, no cabe ignorar los logros que esta última corriente de pensamiento ha alcanzado en el plano de la humanización progresiva del sistema penal (eliminación de penas de prisión excesivamente cortas o excesivamente severas; creación de alternativas a la pena privativa de libertad; etc).

El garantismo que, partiendo de la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de delitos, procede a subrayar las exigencias formales de seguridad jurídica, proporcionalidad, etc. y acoge, a la vez, las tendencias humanizadoras, expresa el Estado hasta ahora más evolucionado de desarrollo de las actitudes político criminales básicas, la síntesis de los esfuerzos en pro de un mejor Derecho penal y constituye la plataforma necesaria para abordar de modo realista y progresista los problemas teóricos y

prácticos del Derecho penal.

CAPÍTULO 4

LOS PARADIGMAS DE RESPUESTA ESTATAL AL DELITO

Partiendo de todo lo anteriormente expuesto, llegamos a la raíz del problema relativo a la pena privativa de libertad. Esta sanción, no es más que una consecuencia del sistema penal que, aunque otros piensen distinto, sostenemos ve a la prisión como un fin, no como un medio para el tratamiento del delincuente.

Como vemos, no se puede hablar de penas sin hablar del derecho penal y sin remitirlos a todo lo que hemos dicho en la primera parte de esta exposición.

Es por esto que a continuación ofrecemos un breve estudio – desde el punto de vista criminológico y políticocriminal- acerca de las maneras como el Estado reacciona ante el delito, y de cómo se considera que se debería reaccionar para convertir las sanciones a los delincuentes en verdaderos medios para conseguir la paz social, basándonos en la ideas propuestas por el criminólogo español Antonio García-Pablos de Molina, que en su "Tratado de Criminología", desarrolla con suma profundidad¹.

4.1. EL MODELO DISUASORIO CLÁSICO.

El modelo clásico de respuesta al delito pone el acento en la pretensión punitiva del Estado, en el justo y necesario castigo del delincuente, objetivo primario cuya satisfacción, se supone, produce un saludable efecto *disuasorio* y *preventivo* en la comunidad.

¹ Vid: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. cit., páginas 935-1020.

4.1.1. POSTULADOS.

Los principios fundamentales de este sistema de reacción estatal al delito, son: cobertura normativa completa, sin fisuras, de claro sesgo intimidatorio; maquinaria legal bien dotada, eficaz e implacable; y sistema en perfecto estado de funcionamiento que aplica con rigor y prontitud las penas, demostrando la seriedad de las comunicaciones legales.

En consecuencia, prevenir eficazmente la criminalidad a través del impacto disuasorio del sistema constituye el "*leit motiv*" de este paradigma, en el que cualquier otro objetivo (reparación del daño causado a la víctima, resocialización del infractor, etc) pasa necesariamente a un segundo plano.²

4.1.2. CRÍTICAS A DICHO MODELO.

Este modelo ofrece numerosos reparos. En primer lugar, porque opera con una imagen extremadamente simplificadora del mecanismo disuasorio y preventivo, desconociendo que el impacto psicológico de la pena no es una magnitud uniforme, homogénea, lineal, sino relativa, circunstancial, diferenciada, no susceptible de juicios ni pronósticos generalizadores.

En segundo lugar, porque los modelos disuasorios suelen experimentar una peligrosa inercia que se traduce en fórmulas de rigor desmedido.

Dicha *perversión* del sistema se acentúa cuando unos y otros identifican conceptualmente el efecto "disuasorio" y "preventivo" de

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio Op. Cit. pág. 271

aquél y el efecto puramente “intimidatorio” de la pena; o cuando confunden “intimidar” y “atemorizar” o “disuadir” y “aterrorizar”, evocando la vieja imagen crítica hegeliana del Estado que usa el castigo como puede hacerlo el amo que alza el bastón contra su perro.³

Por otra parte, existe hoy ya evidencia irrefutable de que la severidad del castigo (el rigor nominal de la pena) es sólo una de las variables que intervienen en el mecanismo disuasorio, pero no la única ni la principal; de suerte que la eficacia preventiva, a mediano y largo plazo, de un sistema, no debe ponderar exclusivamente la intensidad del estímulo aversivo (castigo): la naturaleza de la infracción, la personalidad del infractor, la prontitud con que se imponga la sanción, el rendimiento del sistema legal y la percepción que del mismo tenga el ciudadano, el grado de apoyo informal que se dispense a la conducta delictiva, etc., etc., son otras de las variables que influyen en el complejo modelo disuasorio.⁴

Todo ello, sin olvidar que la prevención correctamente entendida tiene un profundo contenido social y comunitario. Que no puede circunscribirse, sin más, al mensaje intimidatorio, negativo y *cuasi* policial, de la amenaza penal, ni la intervención tardía y demoledora, implacable, de la maquinaria estatal.

Dicho de otro modo, incluso si debiera ser evaluado un sistema atendiendo exclusivamente a su capacidad disuasoria, no bastaría con ponderar el rigor intimidatorio o de sus sanciones y el grado de efectividad de éstas (mayor o menor cifra negra). Se trata no sólo de castigar, de castigar pronto, de castigar bien, ¡de castigar mucho!

³ Idem.

⁴ Vid. Alvira, Martín, F. El efecto disuasorio de la pena, en: Estudios penales y criminológicos, págs. 11 y ss. Santiago de Compostela. Citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio en Op. Cit, pág. 272.

Cabe reprochar al modelo clásico disuasorio su estrecha y sesgada visión del suceso delictivo. En efecto, según el mismo, el crimen sólo expresa un enfrentamiento formal y simbólico entre Estado e infractor (los dos únicos protagonistas del conflicto).

La víctima, pieza aleatoria, fungible, accidental, no cuenta, o bien ocupa una posición marginal. Y la comunidad parece un “tercero” ajeno al drama, un mero espectador del mismo, que delega en el sistema penal para que éste aplique su severa cirugía.

4.2. EL MODELO RESOCIALIZADOR.

Un segundo modelo o paradigma subraya como objetivo específico y prioritario del sistema (aunque no excluyente) la *reinserción social del infractor*. En virtud de un saludable giro humanista, el paradigma resocializador reclama una intervención positiva del penado que facilite el digno retorno de éste a la comunidad, su plena reintegración social.

A este sistema o modelo, se hizo referencia en el capítulo anterior, pero como mera actitud del Derecho Penal; a continuación se profundizará en su análisis, desde la óptica de un sistema de reacción al delito.

4.2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.

El modelo resocializador, por su orientación humanista, traslada el centro de gravedad del debate sobre las funciones del sistema del efecto preventivo-disuasorio de éste a su impacto positivo y bienhechor en la persona del penado.

El hombre pues, y no el sistema, pasa a ocupar el centro de reflexión científica: lo decisivo, no es castigar implacablemente al culpable, sino orientar el cumplimiento y ejecución del castigo de modo tal que éste pueda reportar alguna utilidad al propio infractor.

El paradigma resocializador destaca, además, por su realismo. No le interesan los fines ideales de la pena, ni el delincuente abstracto, sino el impacto real del castigo, tal y como éste se cumple, en el penado concreto de nuestro tiempo; no la pena nominal que contemplan los códigos, sino la que efectivamente se ejecuta en los actuales establecimientos penitenciarios.

Implica, pues, un giro hacia lo concreto, lo real, lo histórico, lo empírico, en el momento de evaluar la efectividad del sistema y la calidad de la intervención de éste en el problema criminal. Y ello, naturalmente, desde pretensiones más utilitarias que dogmáticas, más realistas que doctrinarias.

Dicho realismo ha llevado a ponderar con rigor las investigaciones empíricas en torno a la pena privativa de la libertad convencional, **que demuestran el efecto estigmatizante, destructivo y a menudo irreparable de la pena reina, de la pena por excelencia, tomando sincera nota de la gravedad de esta denuncia.**

El modelo resocializador asume, con todas sus consecuencias, la naturaleza social del problema criminal. El principio de corresponsabilidad y solidaridad social, enraizado normativamente con las esencias del Estado (social) contemporáneo constituye el soporte teórico de la intervención penal positiva en el infractor que se asigna al sistema, entre otros objetivos, como meta primordial.

Pues en un Estado “social”, aquél no puede conformarse con la afflictividad de las penas y el efecto disuasorio-preventivo de un engranaje legal en perfecto estado de funcionamiento: **el castigo ha de ser útil, también para el infractor mismo. No hay castigo peor, que el castigo inútil, ni actitud más rechazable que la de quienes en nombre de dogmas o ficciones pseudolegitimadoras prefieren ignorar los efectos reales de la pena.**

El paradigma resocializador propugna, por lo tanto, neutralizar en la medida de lo posible los efectos nocivos inherentes al castigo, a través de una mejora sustancial del régimen de cumplimiento y ejecución de éste; y, sobre todo, sugiere una intervención positiva en el penado que, lejos de estigmatizarle con una marca indeleble, le habilite para integrarse y participar él mismo en la sociedad, de forma digna y activa, sin traumas, limitaciones ni condicionamientos especiales. No se trata, por supuesto, de alcanzar objetivos sublimes, conversiones milagrosas, ni cambios cualitativos de personalidad: no existe la pretensión oculta de hacer del delincuente un “hombre nuevo”, ni la perniciosa tentación de “la conquista de la mente humana”.⁵

Se trata –eso sí- , en interés exclusivo y real del penado, y contando con su colaboración efectiva, no solo con su consentimiento formal, de aplicar unas técnicas y terapias científicamente avaladas que faciliten la posterior integración social del infractor, que no se limiten, sino que potencien sus expectativas y posibilidades de participación social.

⁵ Ibidem, pág. 275

4.2.2 REPROCHES Y DESCALIFICACIONES.

Resocialización y tratamiento son conceptos que han recibido toda suerte de reproches y descalificaciones, no siempre justificados.

A quienes condenan dogmáticamente cualquier intervención en el infractor, alegando su ilegitimidad, conviene advertir que las revoluciones tardan mucho en llegar –o no llegan nunca- y mientras, no es justo abandonar a su suerte a la población reclusa, sin esperanza, ni otra expectativa que el desgastante cumplimiento de una pena. El nihilismo, la teoría y la praxis de la no intervención, ofrece una engañosa faz de progreso y humanismo. Sin embargo, la historia demuestra que utópicos y radicales sólo siembran la semilla del progreso y del cambio social: pero éste, el progreso, se construye día a día y a pie de obra por los reformadores que se comprometen con la realidad y la transforman.⁶

Ahora bien, el ideal resocializador sigue siendo aún muy ambiguo e impreciso. La polémica doctrinal y normativa pone al descubierto demasiadas interrogantes sobre la meta final, los objetivos intermedios, los procedimientos y los propios límites de tan ambiciosos programas.

Hoy la ciencia puede delimitar con mayor precisión el contenido de la intervención, lo que es y lo que no es el tratamiento; sus objetivos y estrategias, según las características de cada caso o grupos de casos; las técnicas concretas de intervención recomendables; los resultados que debe esperar de las mismas, etc.

El ideal resocializador dejará de ser un mito o un lema vacío de contenido cuando, tras un oportuno debate científico, se alcance un elemental consenso en torno a tres cuestiones básicas: 1. Qué objetivos concretos se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de

⁶ Ibidem, pág. 317

infractores; 2. Qué medios y técnicas de intervención se estiman en cada caso idóneos y eficaces; y 3. Qué límites no debe superar jamás cualquier suerte de intervención.⁷

4.3. EL MODELO “A LA MEXICANA”.

El paradigma que se lleva en nuestro país, podríamos llamarle mixto o ecléctico, para no denominarle como un caos de ideas ajenas y de sistemas extranjeros alejados de nuestra realidad social.

Nuestro sistema participa de los dos paradigmas antagónicos descritos líneas arriba, disuasorio clásico y resocializador, más inclinado al primero de ellos.

Para muestra un botón. Con fecha diecisiete de mayo de 1999 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación varias reformas penales y respecto del artículo 25 del Código Penal Federal se señala lo siguiente:

“Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva”.*⁸

⁷ Ibidem, pág. 318

* La penalidad máxima contemplada anteriormente, oscilaba entre los 40 y los 50 años de cárcel, según el delito cometido.

⁸ Ramírez Delgado, Juan Manuel, Op. Cit. pág. 117

Como consecuencia de ello, la penalidad en el Estado de Yucatán se aumentó, con el nuevo Código Penal de marzo de 2000, hasta los 40 años, siendo 25 años la penalidad mayor en el abrogado Código de Defensa Social, idéntica tendencia siguen los distintos Códigos Penales de las demás Entidades Federativas.

Por lo tanto, siguiendo fielmente la tradición del sistema disuasorio clásico, aumenta la rigidez de la penalidad, pero por otro lado, mantiene en el discurso varios postulados de la readaptación social o resocialización.(al menos, los nombres de las prisiones son por lo general “Centros de readaptación social”).

No es posible continuar con este híbrido contradictorio que lo único que ha ocasionado en México es el aumento de la criminalidad, la impunidad y la perdición de los reos que se encuentran inmersos en un sistema que no tiene, por lo general, resultados positivos.

4.4. EL MODELO INTEGRADOR.

El denominado modelo disuasorio propugna una implacable respuesta al delito, rápida, eficaz y sin fisuras, positivamente percibida y respaldada por la sociedad, que operaría, así, como poderoso instrumento preventivo. Cualquier otro objetivo o finalidad (corrección del infractor, reparación del daño, etc.) pasa a segundo plano.

El modelo o paradigma resocializador, por el contrario, pone el acento en la necesidad de intervenir de forma positiva y bienhechora en la persona del infractor, como parte esencial e integrante de cualquier respuesta al delito.

Por último, el modelo que se analiza a continuación integra en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora del conflicto que el crimen exterioriza, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquél y la propia pacificación de las relaciones sociales. Puede hablarse, por ello, de un *modelo integrador*, ya que procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema criminal, con armonía y ponderación.

El modelo integrador parece, sin duda, más ambicioso en cuanto a sus objetivos últimos. Por otra parte, exhibe una clara vocación de flexibilidad en orden a los procedimientos que arbitra para alcanzarlos, al propugnar vías alternativas al sistema legal y soluciones informales, desintitucionalizadas, comunitarias. Late, pues, la convicción de que el crimen es un conflicto interpersonal y que su solución efectiva, pacificadora, debe encontrarse por los propios implicados en el mismo, “desde adentro”, en lugar de imponerse por el sistema legal con criterios formalistas y de elevado costo social.⁹

4.4.1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES.

En los orígenes y posterior configuración de este modelo, confluyen antecedentes y concepciones políticocriminales dispares: desde tendencias victimológicas clásicas, partidarias de la reparación y la conciliación autor-víctima, o movimientos alternativos, de corte anglosajón, que propugnan la solución de los conflictos al margen del

sistema legal (diversión) a través de procedimientos informales e instancias no institucionales, a doctrinas criminológicas europeas abolicionistas y orientaciones filosóficas que sueñan no ya con la desaparición de la cárcel sino con la supresión del Derecho Penal (como decía Gustave Radbruch; no un mejor Derecho Penal, sino algo mejor que el Derecho Penal).¹⁰

Los efectos perniciosos de la prisión en los infractores jóvenes –y del propio proceso legal- ha preocupado considerablemente, desde finales de los años sesenta, surgiendo en los países anglosajones movimientos favorables a la búsqueda de vías alternativas al sistema legal, esto es, instancias no oficiales y mecanismos informales que pudieran resolver con eficacia y menor costo los conflictos.

La Victimología, al reclamar el derecho de la víctima a participar en el tratamiento de su conflicto con el (su) infractor sin los formulismos, distanciamiento y artificios técnicos propios de la intervención legal, potenció la creación de espacios de comunicación más flexibles y espontáneos, como la conciliación, la mediación y la reparación. Estos, desde luego, parecían más idóneos que al procedimiento penal para satisfacer los daños morales relacionados con ciertos estados y sentimientos (humillación, ira, miedo, etc.) que impiden que la víctima asimile de forma racional y fructífera la experiencia delictiva vivida.

En el pensamiento abolicionista, conciliación, mediación y reparación pasan, también a un primer plano como mecanismos sustitutivos y alternativas, siquiera transitoriamente, a la intervención del Derecho Penal clásico y del sistema legal. En efecto, la devolución del

⁹ Sobre el modelo conciliatorio, vid. PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, Reparación y conciliación, Autor-Víctima, 1996 (Bilbao), tesis doctoral. Citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, en Op. Cit. pág. 318.

¹⁰ García-Pablos de Molina, Antonio, Loc. Cit.

conflicto a las personas directamente implicadas en el mismo, y su solución con recursos extraoficiales no punitivos son dos propuestas claves en un ideario que proclama la complejidad y diversidad de los conflictos de la realidad social cotidiana, reivindicando el comportamiento civilizado del delito, al margen del sistema legal, con criterios no represivos sino reparatorios.

En todo caso, que los programas anglosajones de la década de los setenta, respondan al modelo puro de mediación-conciliación (Reconciliation Programs) o al de reparación (Restitution Programs) implican un cambio profundo en la tradicional distribución de roles entre el tribunal y los implicados porque parten de la premisa de que el crimen debe concebirse como un conflicto interpersonal. Por ello, el núcleo de la conciliación no viene constituido por la infracción misma sino por la voluntad de compromiso y asunción de responsabilidades de las partes en orden a su solución. El sistema, en consecuencia, deposita una firme confianza en la capacidad y autonomía de los individuos para resolver, pacífica y eficazmente, los conflictos en que puedan hallarse inmersos. Y conlleva, desde luego, una decidida tendencia a desjudicializar y desjuridificar aquellos, optando por la mediación flexible de instancias no oficiales de carácter comunitario y por procedimientos informales, siempre más pacificadores.

4.4.2. EXPECTATIVAS QUE GENERA ESTE PARADIGMA.

El modelo integrador ha despertado considerables *expectativas*. Aunque en sus orígenes tuviese un ámbito bastante reducido (infracciones patrimoniales cometidas por infractores primarios jóvenes) padeciendo una insuficiente y casi caótica aplicación, hoy aspira a

convertirse en una «tercera vía», con vocación de universalidad (no excluiría ninguna clase de conflictos) que arbitra mecanismos eficaces de solución real de éstos, de modo no institucional, informal y al margen del sistema.

Poco tiene que ver este nuevo paradigma con la imagen sesgada que algunos ofrecen del mismo, presentándole como esperpéntico « arreglo privado» o mera «composición» que salda un crimen por la vía reparadora más antigua de la humanidad: el pago de una cantidad de dinero. Evidentemente, no se trata de eso. Quienes propugnan este nuevo paradigma advierten que el mismo potencia el sustrato interpersonal del conflicto criminal, la dimensión histórica, real y concreta de éste con toda su complejidad, confiando en la capacidad de los individuos implicados para resolverlo al margen de la intervención siempre estigmatizante -pero formalista e inefectiva- del sistema y sus instancias oficiales. Pero advierten, también, que conciliación, mediación, etc., son fórmulas respetuosas de las garantías constitucionales del infractor, compatibles con las exigencias de la prevención general y libres del distanciamiento y puro simbolismo que condicionan la intervención del sistema legal. Coinciden, además, todos los estudiosos de aquéllas, en que el efecto pacificador de las relaciones sociales que generan, deriva precisamente de su comprobada idoneidad para satisfacer las pretensiones de todas las personas afectadas, incidiendo en las propias claves y raíces del problema, y en las actitudes de los implicados. Conciliación y mediación, por tanto, no pueden confundirse con una simple reparación civil del daño o resarcimiento económico.¹¹

¹¹ García-Pablos de Molina, Antonio, Op. Cit. pág. 321

Este nuevo paradigma (aún no concluso, del que solo tenemos trazos fragmentarios e inconexos) obligará a redefinir las funciones convencionales del Derecho Penal, la relación entre orden social y sistema legal, el rol de la víctima, las expectativas de los protagonistas del suceso delictivo, con las importantes aplicaciones políticocriminales, procesales y orgánicas que las mismas conllevan:

a) En relación al infractor, se atribuyen a los procedimientos de conciliación y reparación efectos muy positivos, que derivan del enfrentamiento directo del delincuente con las consecuencias de su conducta y de su confrontación personal e inmediata con la («su») víctima. Mientras en el proceso penal el infractor se halla ante una instancia ajena al hecho, distante, que diluye la realidad del daño y neutraliza a la víctima fortalecido, además, por una estrategia de defensa; en sistemas de conciliación y reparación, por el contrario, el delincuente ha de enfrentarse, sin mediación alguna, a su hecho, constatando de forma directa y a través de su contacto con la víctima las consecuencias reales de aquél. Ello genera actitudes positivas del infractor, le responsabiliza y predispone a comprometerse en la reparación del daño causado, y a participar activamente en la solución del conflicto que causó.

El nuevo paradigma, de este modo, abandona la concepción patologizadora del delincuente propia de la teoría de la diversidad y de los modelos clínico-correccionalistas, operando con una imagen más humana y racional del infractor, como sujeto capaz de reconocer las consecuencias de su conducta y de participar en la búsqueda de respuestas y soluciones de los problemas sin necesidad de fórmulas represivas y estigmatizantes.

El alto contenido pedagógico de los procedimientos de conciliación, en todo caso, no constituye una genuina terapia o tratamiento impuesto desde el exterior. Es consecuencia natural de la percepción directa del daño causado, del proceso de comunicación autor-víctima y del cambio de actitudes en el infractor y disposición a reparar el mal ocasionado que aquel suele generar.¹²

b) La conciliación devuelve a la víctima un rol activo y dinámico en la respuesta al delito. El procedimiento penal la cosifica, la instrumentaliza, convirtiéndola en objeto pasivo y fungible. La conciliación atiende mejor a las necesidades reales de la víctima, materiales y morales, y evita las perniciosas victimizaciones secundarias. Facilita la efectiva reparación del daño (reparación no necesariamente económica o pecuniaria) y pone en marcha un positivo mecanismo de comunicación recíproca entre infractor y víctima que mejora incluso las actitudes de esta última y propicia la correcta solución del conflicto.

c) En cuanto a la Administración de Justicia, los programas de conciliación y mediación determinan un giro cualitativo del rol de los operadores del sistema legal en relación a las personas implicadas y al hecho delictivo, ya que prevalece la dimensión conflictiva e interpersonal de éste sobre su significado normativo. Ello permite articular una respuesta flexible y singularizada, caso a caso, que pondere la complejidad de la realidad social, y, desde luego, descargar a los Tribunales de asuntos poco importantes que agobian la cotidiana tarea jurisdiccional. Que el procedimiento de conciliación signifique la suspensión -o el archivo- del proceso penal, evitando una eventual

¹² Ibidem, pág. 322

condena; o que, simplemente, atenúe ésta, son opciones distintas que presuponen, a su vez, la elección de uno u otro modelo de conciliación.

d) Desde un punto de vista social y comunitario, la conciliación parece acreditar ventajas notables, con relación al conflicto concreto, y a las relaciones sociales, en general. La razón probablemente reside en que estos procedimientos no formalizados abordan los conflictos «desde dentro», confiando en los propios implicados, en lugar de imponer soluciones, de modo coactivo, y con criterios normativos, externos. ¡No tratan de que triunfe la «fuerza victoriosa del Derecho», ni de doblegar al «culpable», sino de comprometer a las partes en la búsqueda de una solución negociada, en la reparación del daño, producto de una libre y sincera asunción de responsabilidad por el hecho criminal!

Es lógico, entonces, que por extensión, los mecanismos capaces de resolver satisfactoriamente conflictos concretos, produzcan, también, un saludable efecto pacificador en las relaciones sociales.

4.4.3 PRESUPUESTOS DE LA MEDIACIÓN.

Los presupuestos de la mediación son: la existencia de una víctima personal o individualizable; una particular entidad de la infracción; el reconocimiento del hecho, y la participación voluntaria del autor y la víctima en el intento de conciliación¹³. La exigencia de una víctima personal e individualizada se explica porque la conciliación persigue un impacto pedagógico que reclama la comunicación interpersonal: no se trata de una mera negociación sobre daños materiales, sustanciable con el representante legal o apoderado de terceros, incluidas personas jurídicas.

¹³ Ibidem, pág. 323

Que se exija una particular gravedad de la infracción tiene sentido para evitar se extiendan desmedidamente las redes del control social a supuestos que, en otro caso, darían lugar al archivo de las actuaciones o se saldarían con la mera reparación civil del daño.

Tanto la constancia del hecho atribuible a una persona concreta (lo que no equivale a una confesión formal) como la participación voluntaria en el procedimiento de mediación de autor y víctima son consecuencias de las garantías procesales (presunción de inocencia, derecho a un juicio justo, etc.). Obviamente, el procedimiento de mediación no puede instrumentarse en aras de la investigación judicial ni convertirse en un medio intimidatorio para arrancar la confesión del infractor.

4.4.4. EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO: SUS FASES.

El *modus operandi* o procedimiento admite numerosas variantes. En una primera fase se procede a la selección de los casos que pueden someterse a conciliación. La decisión suele corresponder, según los diversos sistemas, al juez, fiscal o incluso, a los llamados asistentes judiciales. En algunos proyectos se involucra también a la policía.

En un segundo momento, los responsables de la labor mediadora (pedagogo, trabajador social, psicólogo, etc.) entran en contacto con el autor y la víctima para sondear las actitudes y disposición de ambas partes en orden a la consecución de un acuerdo. En general, la praxis constata porcentajes muy significativos a favor de la conciliación tanto en autores como en víctimas.

La tercera fase articula el tratamiento comunicativo y constructivo de una situación de conflicto interpersonal. El diálogo entre autor y

víctima permite el análisis común del hecho y sus consecuencias, así como la exteriorización por ambos de la percepción y sentimientos relativos al suceso criminal, sus respectivos puntos de vista y valoraciones personales divergentes, etc. Constituye, pues, la mediación un marco idóneo para eliminar prejuicios, temores y sentimientos negativos y, por el contrario, un estímulo para el entendimiento recíproco, la tolerancia y la mutua comprensión.

La comunicación personal autor-víctima cierra el paso a las nocivas estrategias de autojustificación con las que el infractor suele tratar de legitimar su comportamiento delictivo. Y satisface, además, la dimensión emocional y relacional de los conflictos interpersonales, dando a la víctima la oportunidad de exteriorizar sus vivencias respecto al hecho delictivo sin las limitaciones y condicionamientos propios del proceso penal.

La conciliación concluye cuando las partes llegan a un acuerdo sobre el modo de afrontar las consecuencias del delito y éste se hace efectivo. Los porcentajes de éxito son muy elevados, una vez que autor y víctima se manifiestan decididos a participar en el procedimiento conciliatorio. La reparación no debe identificarse con el resarcimiento civil. Cabe una reparación simbólica, también, consistente en prestaciones personales (no monetaria) a favor de la víctima, de otras víctimas, o de la comunidad; o en el ofrecimiento de excusas, satisfacciones, disculpas, etc., por parte del infractor.

El rol del mediador es fundamental porque impulsa el acuerdo entre las partes y garantiza la buena marcha del procedimiento conciliatorio. Neutral respecto a las partes, pero activo, debe acreditar el

mediador capacidad y conocimientos especializados (pedagógico-sociales, psicológicos y jurídicos) para dirigir aquél.¹⁴

Para la opinión mayoritaria, pedagogos y trabajadores sociales, entre otros, se hallarían especialmente capacitados para tales tareas, si bien la praxis demuestra la necesidad de revisar los métodos tradicionales y formas de organización de sus respectivas áreas.

4.4.5. BALANCE DEL PARADIGMA INTEGRADOR.

Los procedimientos de conciliación ofrecen, pues, un balance muy positivo (especialmente en ciertos ámbitos, como la delincuencia de jóvenes y menores), pero no están libres de ciertas objeciones y reservas.

En primer lugar, conviene advertir que no existe un único modelo de conciliación, sino un sinnúmero de modelos y submodelos conciliatorios. Que falta, pues, un preciso marco teórico e incluso una clara afinidad ideológica y políticocriminal como fundamento común a todos ellos. Nacen, además, en el mundo anglosajón y son fieles, por tanto, al pragmatismo de un sistema de justicia comunicativo y dialogal sui generis. Cuentan, todavía, con escaso rodaje y notables indefiniciones, por tratarse de un nuevo paradigma del que solo podemos aún detectar rasgos fragmentarios y perfiles. Existe un razonable consenso científico respecto a los objetivos de la conciliación y expectativas que generan estos procedimientos: no existe tal consenso, sin embargo, respecto a los supuestos que pueden someterse a los mismos (qué delitos, qué

¹⁴ Ibidem. Pág. 325

infractores, qué víctimas, etc.) ni una evaluación empírica fiable de los resultados obtenidos¹⁵.

Los procedimientos de conciliación pretenden articular una respuesta progresista al delito, no represiva, desinstitucionalizada, informal, al margen del sistema, evitando el efecto estigmatizante que no ya la pena sino el propio proceso legal, lleva consigo.

Ahora bien, no se pueden ocultar los riesgos y recelos que genera un modelo de respuesta al delito de corte o apariencia privatista. Sabido es que el tránsito de la arcaica justicia privada al modelo actual de justicia pública (solución institucional y formalizada de los conflictos) supuso un incuestionable progreso histórico, porque solo así cabe asegurar el control racional de las soluciones de los conflictos, la igualdad y ciertas garantías elementales.

Por el contrario, la experiencia ha puesto de manifiesto que cuando se concibe el crimen como problema « doméstico », interno -y su solución como cuestión privada o privativa de los directamente implicados- nadie puede impedir el rigor desmedido, la vehemencia e incluso la irracionalidad de la respuesta; ni es fácil establecer mecanismos de control que aseguren el trato semejante de conflictos equivalentes (igualdad) y determinadas garantías del individuo que constituyen hoy día patrimonio cultural de la humanidad. En una sociedad plural, conflictiva y desigual, por otra parte, las soluciones privadas no suelen restablecer el equilibrio real entre los implicados. Dicho de otro modo, no negocia ni pacta quien quiere, sino quien puede.

Los procedimientos de conciliación pretenden sustituir la devastadora intervención del sistema legal o arbitrar, en su defecto, una

¹⁵ Ibidem, págs. 326-327

respuesta menos agresiva, en ningún caso moralizadora. Sin embargo, existe el riesgo de que no siempre contribuyan a una intervención mínima, aséptica y poco invasiva.

En primer lugar, porque si estos procedimientos conciliatorios se generalizan como fórmulas sustitutivas del sistema legal incluso para resolver pequeños conflictos, entonces solo se consigue una desmedida extensión de las redes del control social, eso sí, a través de mecanismos más sutiles y flexibles.

En segundo lugar, porque la conciliación no es un mero acuerdo formal reparatorio o indemnizatorio. Antes bien, exige una comunicación interpersonal fecunda autor-víctima, la implicación seria y convencida de ambas en el proceso de negociación, un positivo cambio de actitudes, fruto de la confrontación directa y personal con el hecho delictivo y sus consecuencias y de la libre asunción de responsabilidades. ¡Sus objetivos no son, pues, precisamente modestos!

Los procedimientos conciliatorios, por último, aún pretendiendo aportar soluciones flexibles e informales, distan mucho de la imagen frívola y superficial que algunos ofrecen de los mismos. Requieren una infraestructura adecuada y dotación de personal y medios suficiente (mediador, profesionales que intervienen en el proceso). La consecución del acuerdo reparatorio exige tiempo y esfuerzos, contactos exploratorios previos, aproximación, diálogo, comunicación y negociación entre las partes, etc. Quiere ello decir que el éxito de estas fórmulas de mediación y reparación sustitutivas del control social formal depende en gran medida de su correcto equipamiento. Y de que no se frustren las legítimas expectativas que concitan por asumir, improvisada o precipitadamente, cometidos para los que aún no se encuentran preparadas. Una percepción social negativa de la efectividad de estos

procedimientos conciliatorios les condenaría al descrédito, dado que el problema criminal no admite ensayos ni experimentos. Y el fracaso de este nuevo modelo significaría el fracaso de una esperanza que no supo administrarse con realismo.

Procede, pues, generalizar este sistema de solución de conflictos con prudencia, de forma progresiva, una vez que se compruebe su eficacia y se cuente con los medios necesarios para ampliar su ámbito de acción.

CAPÍTULO 5
LOS FINES DEL DERECHO PENAL DESDE EL MODELO
INTEGRADOR

La cuestión relativa a las tradicionalmente denominadas "teorías de la pena" ha sido objeto de constante discusión desde que existe una reflexión acerca del fenómeno punitivo, sean cuales sean las perspectivas desde las que éste se contemple. Ello ha obedecido, a la necesidad de proceder a legitimar de algún modo la "causación del mal" en que consiste esencialmente la pena y, por añadidura, al Derecho penal, que la prevé como consecuencia . Dichos intentos de legitimación (las teorías de la pena) han tenido lugar normalmente por dos vías: por un lado, tratando de investir a ese "mal" de la calidad de bien -por haber negado el mando del delito restaurado el Derecho, de la justicia-; por otro lado, tratando de mostrarlo como un "mal útil" o un "mal menor"¹.

Las opiniones doctrinales al respecto oscilan mayoritariamente entre ambos extremos, obteniéndose soluciones matizadas de diverso signo.

Sólo muy minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición de una pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho penal.

5.1. EL FIN LEGÍTIMO DEL DERECHO PENAL.

La compleja cuestión de la legitimación del Derecho penal no puede abordarse satisfactoriamente tomando como único punto de

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Op. cit, pág. 179.

partida el de las "teorías de la pena". En efecto, el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir.

El fin legítimamente del Derecho penal no es, pues, uno solo, sino varios. Estos se encuentran en una relación no siempre libre de tensiones y colisiones, que deben ser puestas de relieve y explicadas racionalmente.

El tema de los "fines" del Derecho penal es, ya en primera instancia, trascendente porque en él lo que realmente se dilucida es la "legitimación" del mismo; con base en la justificación legítima del *ius puniendí*, se podrán entonces establecer los fines de una Política Criminal científicamente sustentada, lo que, a su vez conducirá a las necesarias reformas del sistema penal mexicano.

Así pues, es menester presentar las siguientes interrogantes: ¿Qué es lo que legitima la presencia de un mecanismo coactivo de tan graves consecuencias como el Derecho penal en una determinada sociedad (en el caso la mexicana)? ¿Por qué debe haber Derecho penal? ¿Qué razones valorativas impiden su supresión?

5.1. 2. LA NECESIDAD DE LA PENA.

Resulta obvio que la pena coarta la autonomía de quienes la sufren y de quienes actúan del modo prescrito para evitarla. Pero si se puede demostrar que los efectos, tanto de la amenaza de pena como de su aplicación (que es necesaria para que la amenaza sea efectiva) redundan en la preservación de una mayor autonomía, el valor de la autonomía constituye una razón para imponer tales penas.

Por otro lado, esta misma razón implica una limitación a la

posibilidad de prescribir y aplicar penas cuando ello tiene como efecto una disminución neta de la autonomía disponible en el conjunto social.

En realidad, se trata de someter el ejercicio del "ius puniendi", de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a las reglas que presiden el "estado de necesidad" para poder afirmar, que nos hallamos ante un mal necesario.

Ello requiere de las siguientes connotaciones:

- 1) Que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa;
- 2) Que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y
- 3) Que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva.

Esta última característica es, a nuestro juicio, altamente significativa pues en ella se encuentra uno de los factores fundamentales de dinamicidad y progreso del Derecho penal.

En efecto, éste, para encontrarse legitimado, se ve abocado a autoanalizarse de modo continuo con el fin de determinar si responde a esa regla de "mínimo daño social" que podría traducirse también como de "mínima violencia".

Es regla, ciertamente, no sólo obliga a confrontar al Derecho penal en su conjunto con la ausencia del mismo, cuestión ésta que en principio cabe estimar resulta de modo general a favor del Derecho penal, sino, sobre todo, **a enfrentar el Derecho penal vigente y sus instituciones con otro eventual Derecho penal, surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia.**

Conforme a la situación jurídica y constitucional actual, la Política Criminal no tiende por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier

precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho².

El tema es, naturalmente, complejo, pues se trata de decidir si el Derecho penal podría reducir su aportación de daño, su *quantum* de violencia, sin que ello implicara pérdida de eficacia disuasoria o de efecto integrador; en otras palabras, sin que aumentara la violencia social total, por el incremento de delitos o de fenómenos de venganza privada³.

Sin embargo, la historia del Derecho penal moderno es, la historia de esa autoconfrontación: Derecho penal vigente/Reforma del Derecho penal, en la que no sólo se han tomado en consideración las referidas consideraciones utilitaristas relativas al menor daño social, sino otros principios no utilitaristas, como los de proporcionalidad, humanidad, igualdad, etc.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, da cuenta de el devenir de la pena, indicando su origen como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien

² ROXIN, Claus. La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, página 70.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., págs. 183-184.

merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminadora y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional⁴.

El balance de esa oposición dialéctica ha sido la apreciable reducción de la violencia, del daño social causado por las instituciones penales, sin que ello haya supuesto un aumento considerable de la violencia social, esto es, sin que haya disminuido sustancialmente el nivel de prevención.

Pese a lo que se ha señalado, no cabe ignorar que en ese continuo replanteamiento por el Derecho penal del problema de si realmente sigue poseyendo legitimidad, es decir, de si sigue siendo efectivamente el mecanismo menos lesivo para alcanzar las funciones protectoras que le corresponden (criterio utilitarista) y, además cumple

⁴ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Octubre de 2001 Tesis: P./J. 127/2001 Página: 15. Rubro: "PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL".

los fines de garantía forma y material que tiene asignados, se da un factor de tensión.

En efecto, toda nueva medida de disminución de la presión punitiva, por ejemplo, una disminución de la duración de las penas o la admisión de una instancia alternativa a la privación de libertad en algunos casos, implica un cierto riesgo de disminución de la eficacia preventiva, bien en el aspecto de intimidación o potenciales delincuentes, bien en el relativo al mantenimiento de la confianza de la población en el sistema jurídico penal.

Lo anterior pone de relieve, al menos, dos cosas:

En primer lugar, que el conjunto del Derecho penal se halla sometido a una tensión dialéctica, pero que ésta, que no puede ocultarse, no es un inconveniente, sino que se ha convertido en el motor de su evolución. En efecto, las sucesivas "síntesis" que reflejan el producto de la tensión de "tesis" (protección) y "antítesis" (garantías) se han ido resolviendo, con algún altibajo, a favor de atribuir creciente importancia al cumplimiento de los fines "jurídicos" por encima de los fines del mecanismo punitivo.

Así, son cada vez más los ámbitos en los que las exigencias de prevención ceden ante los dictados del principio utilitarista de subsidiariedad, o ante los de proporcionalidad, resocialización, humanidad, en suma, como ponen de relieve la evolución de las penas y, en la actualidad, de modo drástico, las modernas tendencias político-criminales.

Ésta ha sido la tendencia general de los dos últimos siglos, que no debería ponerse en tela de juicio por el hecho de que, en la actualidad, asistamos a ciertos fenómenos que reflejan una tendencia expansiva y de fuerte carga prevencionista en el Derecho penal: así, por ejemplo, en

la legislación sobre terrorismo o estupefacientes.

Sin embargo, en segundo lugar, todo lo visto tiene una indudable trascendencia a la hora de decidir cuáles son los fines del Derecho penal. Pues, dado que hay, en su seno, dos fines en principio, opuestos, se hace preciso decidir cuál de ellos, y en qué términos, prevalecerá, y, por tanto, a cuál de ellos se habrá de orientar la elaboración categorial del sistema dogmático del Derecho penal: si a los fines garantísticos que la doctrina, desde la ilustración, ha atribuido al Derecho penal objetivo, a los fines tradicionales del "ius puniendi" o a la tensión de ambos. Quizá no esté de más poner de relieve que la "*idea*" de la teoría jurídica del delito, expresión central del sistema dogmático del Derecho penal, tiene en sí una finalidad directamente garantística; se diría, concretamente, que, aunque goce de una innegable base (o mejor, "marco") legal, constituye una garantía no escrita, suprallegal, que impide la imposición de pena en los casos en que la conducta sometida a análisis, aunque aparentemente punible, no supera el sistema de filtros de que consta, por expresarlo gráficamente, la referida teoría del delito. Se plantea, con todo, la cuestión del concreto "contenido" de la teoría del delito, cuestión, diferente de la de la noción o idea de dicha teoría. ¿Cuál ha de ser, pues, la referencia de contenido de la elaboración categorial y sistemática de la teoría del delito desde una perspectiva teleológica? ¿Los fines de la "pena", esto es, de lo punitivo? ¿Los fines del "Derecho", esto es, lo garantístico? ¿El complejo de fines en tensión del "Derecho penal"?⁵

5.2. EL FIN DE PREVENCIÓN GENERAL DE DELITOS.

⁵ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María, Loc. cit.

La tesis que aquí se defenderá toma como primera punto de partida (ciertamente no único), según ya se habrá advertido, una consideración utilitarista: a saber, la de que lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento de unos niveles razonables, de los delitos y de las reacciones (informales) desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad.

Es decir, en definitiva, la estimación de que las alternativas radicales del Derecho penal constituyen un "mal mayor" que la propia existencia de éste. Ello, naturalmente, debe comprobarse. Así debe ser objeto de algún análisis la cuestión de la idoneidad y eficacia de los mecanismos propios del Derecho penal para mantener los niveles de criminalidad en un grado aceptable; esto es, su idoneidad para cumplir el fin de prevención. Con todo, y no obstante lo anterior, el cumplimiento del fin de prevención, si bien se estima condición necesaria de la legitimación del Derecho penal, no es condición suficiente. Del derecho penal, que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado.

Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de principios garantísticos individuales.

5.2.1. LA PREVENCIÓN

La idea de prevención conduce a consecuencias contrarias a las obtenidas desde la retribución. Si se parte del punto de vista de la prevención, puede orillarse por completo el problema de la culpabilidad

humana, puesto que sólo interesan la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la sociedad. El Estado combate la inclinación al delito con penas que, según su clase y gravedad, deben posibilitar una profunda intervención sobre el reo y la comunidad. El autor no recibe lo que merece de acuerdo con su culpabilidad, sino lo que precisa para su resocialización. Conforme a la idea de prevención, la pena es un medio para evitar futuros delitos. El hecho no constituye el fundamento, sino el motivo del castigo, y revela que es necesaria la intervención estatal porque existen síntomas de estado peligroso. También la clase y la medida de la pena vienen determinadas por la finalidad preventiva y no por la gravedad de la culpabilidad del hecho⁶.

La posición diametralmente opuesta a las teorías de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos⁷. Para ello, se consideran dos tipos de prevención –como fin de la pena-, la general y la especial.

5.2.1.1. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.

El término “prevención general”, cuando se utiliza en la discusión sobre los fines de la pena, hace referencia a la necesidad de acudir a ésta para lograr evitar la comisión de futuros delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos.

Actualmente, la prevención general no se identifica sólo con la función intimidatoria de la pena –prevención de intimidación o

⁶ JESCHECK, Hans- Heinrich. Op. cit., página 59.

⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal..., página 85.

prevención general negativa⁸-, sino que más bien está relegada a segundo plano (o incluso, en ocasiones, es rechazada por completo), situándose en un lugar prioritario la “prevención general positiva”.

Las primeras palabras del tratado de Günther Jakobs están dedicadas a su maestro, Hans Welzel, refiriendo a que el Derecho Penal tiene el valor de asegurar los valores ético-sociales⁹, a esta idea, tan criticable desde la perspectiva política del Derecho Penal liberal, conecta Jakobs su concepción de la prevención general positiva.

La pena establece la validez del derecho, cargando sobre el infractor el coste de su rechazo de la validez de la norma. Dado que la integración –interpretación- en nuestros sistemas complejos, se produce merced a la institucionalización de expectativas, cuando esa institucionalización se estabiliza normativamente (esto es, cuando se considera inadecuado o imposible afrontar el disenso de modo cognitivo) la pena –como equivalente funcional del consenso- restablece la validez de la norma, tanto para la sociedad como para el infractor¹⁰.

Por consiguiente, en el plano social el delito aparece como algo dañoso; pero, esta lesividad no puede agregarse ontológicamente. Jakobs critica, incluso, la formulación de Amelung según la cual el punto de partida de la determinación de la lesividad social del delito reside en

⁸ “El aspecto negativo se puede describir con el «concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes». Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach. Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una «intimidación» y en que en estas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticossalmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general”. Ibidem, página 91.

⁹ JAKOBS, Günther, Op. cit., “Prólogo a la Primera Edición”, página IX.

¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Op. cit., página 445.

que éste, como acontecimiento externo, perturba los procesos de interacción¹¹.

Según Jakobs, para hablar de lesividad social hay que partir de la validez de la norma: solo la lesividad social consistente en la negación de la validez de la norma es jurídicamente relevante y esa negación no siempre tiene lugar a través de la lesión de bienes jurídicos¹².

En estas condiciones, el plano de la antijuridicidad queda resuelto en el marco de la función de estabilización no cognitiva de expectativas que el subsistema jurídico desempeña dentro del sistema social.

Algo similar sucede con la culpabilidad: si el injusto consiste en la ausencia de la motivación requerida para el cumplimiento de las expectativas normativamente garantizadas, lo que ha de comprobarse en el juicio de culpabilidad es si la acción del autor expresa una falta de fidelidad al Derecho o si, por el contrario el autor se ha distanciado de la antijuridicidad de su acción¹³.

La culpabilidad es, pues, un concepto que ha de construirse funcionalmente, sobre la base de las exigencias que, para la constitución de una determinada sociedad, comporta la regulación del obrar conforme a determinadas máximas (según las necesidades de los fines de la pena).

Como estas necesidades han de ser, a su vez, interpretadas desde la afirmación de la validez de la norma, la concepción de Jakobs, tanto en el plano del injusto como en el de la culpabilidad, resulta extraordinariamente semejante al pensamiento retributivo de Hegel – que también reasume las finalidades empíricas de la pena-, sólo que aquí el espíritu absoluto (el portador del significado último) ha

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ JAKOBS, Günter. Op. cit., página 566,

desaparecido de escena: por eso, la retribución ha quedado, incluso conceptualmente, rebajada a simple “prevención general positiva”, que expresa una actitud de rechazo hacia el autor “desde la constitución de una sociedad determinada” y no un reproche condicionado. La culpabilidad no puede, pues, justificar la pena más allá de las necesidades preventivas¹⁴.

Por su parte, Claus Roxin, refiere que *“el aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”*¹⁵.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez, tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal, el efecto de confianza, que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y finalmente, el efecto de pacificación¹⁶.

5.2.1.2. LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA.

La prevención general negativa o de intimidación, como teoría de la pena, afirma que las penas estatales se justifican por su efecto de disuasión de los potenciales delincuentes de futuras infracciones de la norma.

¹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Op. cit. páginas 446,447.

¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal... Loc. cit.

¹⁶ Ibidem, páginas 91 y 92.

Mediante este acto de intimidación se conseguiría evitar la comisión de delitos. Como se trata de prevención "general", dirige su mirada al conjunto de los miembros del grupo social; pero, a diferencia de la prevención general positiva -dirigida a los ciudadanos que actúan conforme a la norma-, son sus destinatarios los individuos en tanto que potenciales delincuentes.

Como es sabido, esta formulación arranca de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, quien, desde un punto de partida utilitario, que comparte con los filósofos de la Ilustración, como Beccaria y Bentham, contempla la pena como medio de prevención y, distanciándose de Kant, no como fin en sí misma.

Feuerbach se separa, sin embargo, de los filósofos de la Ilustración en un punto, pues si bien para éstos la pena tiene como único fundamento la prevención y le asignan fines de prevención general y especial, aunque pongan el acento en la primera, Feuerbach rechaza el fin de la prevención especial. La pena tiene, para él, exclusivamente, un sentido preventivo-general.

El hombre es considerado como ser que pondera las ventajas e inconvenientes que puede reportarle una actuación, y el delincuente, en consecuencia, como individuo con libertad de voluntad que, en un proceso de decisión, sopesando ventajas e inconvenientes, se ha decidido por el delito. En el seno de ese proceso de decisión, el conocimiento de la amenaza penal debe haber causado en el delincuente un impedimento psicológico colectivo.

Sentado que la doctrina de la prevención general negativa responde a una visión utilitarista de la intervención del Derecho penal, se plantean ciertamente dudas significativas acerca de la legitimación de tal índole. Por lo general, las dudas doctrinales se han centrado

en la imposición de la pena un sujeto concreto: las bases utilitaristas de la prevención, se dice, podrían conducir a castigar a un sujeto no responsable del hecho, si ello se mostrara como necesario para evitar un mal social de trascendencia mayor¹⁷.

Sin embargo, con la misma razón podrían discutirse las conminaciones penales abstractas, en las que la utilidad puede llevar a subvertir las exigencias de la proporcionalidad abstracta. Sobre el tema, cabe hallar posturas extremas de uno y otro signo: Así, todavía hay quien entiende de modo radical que cualquier fundamentación preventiva del Derecho penal es esencialmente ilegítima, de modo que sólo la retribución de la culpabilidad, que responde a la idea ética de la dignidad del hombre como sujeto moral autónomo, puede sentar las bases de tal legitimación.

Por otro lado, también se levantan voces que entienden que la "lógica de la prevención" en sí misma, considerada, es suficiente para la legitimación del Derecho penal, en la medida en que los elementos de proporcionalidad o de responsabilidad son inherentes a esa propia lógica de la prevención.

A nuestro juicio, la posición correcta no se halla en ninguno de los dos extremos. Por tanto, el problema de la legitimación axiológica de la prevención general (negativa) como teoría del Derecho penal sólo puede resolverse si se tiene presente que la legitimación no la posee en sí misma, sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal y que, en consecuencia, lo que legitima la intervención penal no es la prevención de por sí, sino el esfuerzo por aproximarse en la mayor medida posible a la consecución de todos los fines (*tendencia a la maximización de la prevención, utilidad social y garantías individuales*).

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., página 214.

5.3. EL FIN DE REDUCCIÓN DE LA PROPIA VIOLENCIA ESTATAL.

Desde que el Derecho penal moderno existe como tal, el mismo ha introducido, junto al aspecto de prevención un aspecto nuevo: *la misión de reducir al mínimo la propia violencia estatal* que, en aras de la prevención, había alcanzado dimensiones de crueldad y arbitrariedad desproporcionadas.

En este sentido cabe interpretar la esencia de la idea kantiana, así como la propia expresión de Von Liszt relativa al Derecho penal como "Magna Charta" del delincuente, que este autor concebía de modo básicamente formal, pero que ahora sin duda debe entenderse, además, en sentido material¹⁸.

Esta misión de autocontrol, de reducción de la medida de la propia violencia, está presidida por dos conjuntos de principios de naturaleza diversa: por un lado, por principios de signo utilitarista (restricción de la intervención penal, en la medida en que ésta constituye un mal, al mínimo auténticamente necesario en términos sociales); por otro lado, por principios axiológicos no utilitaristas, sino de garantía individual (justicia, proporcionalidad, humanidad, etc.).

Unos y otros entran en relación dialéctica (colisión, conflicto) con el fin (y la lógica) utilitarista de la prevención, aunque tal dialéctica es diferente en el caso de unos y de otros (con lo cual también puede hablarse de una colisión entre ellos mismos).

Por poner un ejemplo sencillo, mientras que en unos casos la lógica utilitarista de reducción de la violencia estatal podría llegar (en

¹⁸ Ibidem, página 249.

contra de la lógica utilitarista de la prevención) más allá que la lógica de la proporcionalidad (conduciendo a no castigar, o a castigar menos, en casos en que la proporcionalidad demandaría castigo), en otros, en que la utilidad seguiría requiriendo la imposición de pena, podría oponerse a ello la idea de proporcionalidad.

Una descripción gráfica correcta, según entendemos, de la situación dialéctica aludida podría estar constituida por un triángulo, cuyos tres vértices aparecieran constituidos por la lógica utilitarista de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención penal posible y la lógica de principios como humanidad, proporcionalidad, resocialización, etc. De la tensión producida por este complejo de fuerzas de direcciones opuestas habrán de resultar, en cada momento histórico, "*síntesis*" puntuales que marcarán el estado actual de la política criminal en un sistema penal determinado (o en varios pertenecientes a un mismo ámbito de cultura)¹⁹.

5.3.1. EL PRINCIPIO DE "INTERVENCIÓN MÍNIMA".

De lo afirmado en el apartado anterior y de lo que en su momento se apuntó acerca de la legitimación empírica del Derecho penal en su globalidad, cabe extraer las siguientes conclusiones parciales: 1) que el Derecho penal cumple una función intimidatoria que impide considerar, desde perspectivas utilitaristas, su supresión; 2) que, sin embargo, los incrementos en la severidad de las penas no influyen relevantemente en una mayor intimidación, al igual que las disminuciones de éstas tampoco reducen significativamente el nivel intimidatorio.

Luego entonces, procede analizar uno de los límites del *ius*

¹⁹ Idem

puniendi, el denominado "principio de subsidiariedad", "última ratio" o "intervención mínima".

La existencia del Derecho penal, responde al principio de intervención mínima del control social sobre el ciudadano. En efecto, la ausencia del mismo conduciría, sin que apenas quepan dudas al respecto, a la aparición de instancias que producirían mayores sufrimientos al conjunto de la sociedad sin que, por otro lado, probablemente se viesan acompañados de efectos preventivos comparables a los del propio Derecho penal.

En efecto, el indicado principio (inspirador principal del paradigma integrador), deriva de la necesidad del Derecho penal, el cual ha de ser el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y de los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos, con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar la coacción penal²⁰.

A la vez, ante cada nuevo incremento de las sanciones penales previstas para un delito cabe preguntarse, desde la misma perspectiva, si ello tiene realmente sentido en términos de necesidad. Obviamente, cada caso es distinto, de modo que una decisión fundamentada requeriría la realización de pruebas empíricas específicas para el mismo. Sin embargo, valga, en términos generales, la afirmación antes realizada de que, en un plano empírico, mientras se duda de la consecución de incrementos en la prevención mediante el mero aumento de las sanciones, se admite la posibilidad de que la prevención no se vea esencialmente afectada por disminuciones de las sanciones penales o incluso por la introducción de mecanismos político-criminales

²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Enciclopedia Penal Básica.. Granada, Editorial Comares, 2002, página 860.

de renuncia a la pena, una vez declarada la culpabilidad o formulada la condena.

Las consideraciones anteriores implican que, en ciertos casos (disminución de las sanciones, introducción de nuevas instituciones alternativas a la pena), puede afirmarse que la lógica de la prevención y la lógica utilitarista de la reducción de la violencia estatal no se encuentran en un conflicto directo, lo que facilitaría la obtención de una síntesis de funciones que legitimara una práctica en tal sentido.

5.3.2. EL FIN DE REDUCCIÓN DE LA VIOLENCIA ESTATAL EN LA PERSPECTIVA INTEGRADORA-GARANTÍSTICA.

El análisis de cualquier fenómeno de la realidad del Derecho penal demuestra hasta qué punto son contradictorios los criterios preventivos y los criterios garantísticos.

Precisamente de ello, surge la síntesis integradora como un paradigma estatal de respuesta al delito.

Una buena manifestación de ello lo constituye el análisis efectuado por Hassemer, desde esta perspectiva, de la Ley de estupefacientes alemana de 1982²¹. En ésta, que es una ley de fuerte connotación preventivista, se observan quiebras del principio de legalidad y del principio de igualdad en aras de una mayor eficacia preventiva. Ejemplo de lo primero: utilización intencionada de conceptos porosos y otras estrategias de indefinición de la materia de prohibición (cláusulas generales), a fin de evitar la existencia de lagunas o facilitar, en todo caso, la posibilidad de colmarlas en vía judicial tan

²¹ Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, en Op. cit., página 249.

pronto como se produzcan. Ejemplo de lo segundo: exenciones o atenuaciones de pena para "arrepentidos" que colaboren o agentes probadores; renuncia a la pena y opción por un tratamiento terapéutico en el caso de autores drogodependientes. Parece claro que consideraciones similares podrían también hacerse a propósito de nuestro propio Derecho en esta materia.

Tensiones como las reflejadas determinan que no me parezca posible pretender una armonización de ambos, que los sitúe en una relación estática y "pacífica". Su relación es, por el contrario, como antes se ha dicho, dinámica, de confrontación permanente.

En otras palabras, se aproxima al ideal legitimador de máxima prevención con máximas garantías. A continuación examinaremos los elementos que integran la finalidad garantística del Derecho penal. Tras ello, se harán algunas consideraciones sobre la "síntesis".

5.3.2.1. LA "FORMALIZACIÓN" COMO CARACTERÍSTICA DEL DERECHO PENAL.

La característica que singulariza al Derecho penal respecto a otros medios de control social radica, como al principio se señaló, no en lo punitivo, sino en lo jurídico y, en concreto, en el alto grado de *formalización* que esto último supone. Esta formalización preside el ejercicio jurídico-penal del "ius puniendi" mostrándolo como un ejercicio *controlado*, no ya por consideraciones de utilidad social, sino por garantías establecidas a favor del individuo delincuente.

Como señala Hassemer²²: *"la pena queda diferenciada y se amenaza y se mide públicamente; debe mantenerse dentro de los*

²² Idem

límites del Derecho penal del hecho y de la proporcionalidad; sólo puede ser impuesta por un procedimiento con innumerables garantías”.

La importancia de la formalización no puede ser minusvalorada. Al contrario, ésta, en la medida en que comprende la específica atención por parte del Derecho penal a finalidades garantísticas individuales, debe tomarse como punto de referencia constante a la hora de valorar cualquier nueva institución o propuesta político-criminal. Ello resulta especialmente importante en el momento actual.

Sin embargo, planteamientos así han errado al no considerar la trascendencia de la "desformalización" inherente a sus propuestas de sustituir la pena por tratamientos sociales, o de despenalizar ciertas conductas y someterlas al Derecho civil o administrativo.

La situación es tal, que puede decirse que la valoración de las consecuencias de la desformalización se ha convertido en una de las tareas más importantes para la ciencia contemporánea del Derecho penal.

Porque, en efecto, la "disminución de la formalización" o la "desformalización" pueden conllevar en realidad –bajo apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito- una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras, "incontroladas"). En toda discusión de propuestas despenalizadoras o de alternativas a la pena debe, pues, junto a los argumentos favorables derivados de consideraciones de resocialización o de menor violencia en la solución del conflicto, ponderarse también, como argumento negativo, el riesgo de desformalización.

5.3.2.2. LA RESOCIALIZACIÓN COMO GARANTÍA MATERIAL.

La superación de la concepción de la resocialización como fundamento básico de la legitimidad de la intervención penal, con la caída en descrédito de la ideología del tratamiento, no ha determinado, sin embargo, el abandono, por parte de la teoría de los fines del Derecho penal, de toda referencia a la resocialización.

Muy al contrario, -como ya se señalara al comienzo- se entiende que cualquier sistema penal moderno, para mostrarse como un sistema legítimo, debe contar en su complejo de fines con una referencia a la "resocialización" o, al menos, "no-desocialización" del sujeto afectado. Lo que ocurre es que se ha producido una variación del sentido de la referencia a esta finalidad, que ahora se entiende en términos claramente garantísticos.

Los principios resocializadores en el ordenamiento nacional, se encuentra en el artículo 18 de la Carta Magna, del que se deriva que la prisión preventiva y la prisión como pena se fundan en supuestos diferentes y persiguen finalidades diversas; la retención de los procesados tan sólo se funda en la probable responsabilidad en la comisión de un delito, en tanto que la reclusión de los sentenciados se sustenta en la certeza de que han cometido un delito; lo que produce en favor de los procesados la prerrogativa de permanecer completamente separados de los sentenciados, sin posibilidad alguna de convivencia por razones de justicia y dignidad, y mantenerse a salvo de las influencias criminales de éstos, condición que, por lo mismo, se satisface si un mismo centro se destina a albergar a inculpados y sentenciados, con tal que se conserve esa separación física; asimismo,

no podrán ser sometidos a un régimen de tratamiento en la internación igual que el diseñado para los sentenciados, pues si la estancia de estos últimos se funda en la determinación de que han perpetrado un delito y han adquirido, por añadidura, el carácter de delincuentes, el régimen de tratamiento interno será de trabajo y educación con el fin específico de lograr su readaptación social, lo cual, desde luego no debe imponerse a los procesados por el hecho mismo de aún no compartir el estatus de delincuentes²³.

La resocialización, pues, entendida no como imposición de un determinado esquema de valores, sino como creación de las bases de un autodesarrollo libre o, al menos, como disposición de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización, constituye una finalidad a la que el Derecho penal debe tender. En esa medida, puede verse en ella una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, desde el cual deben interpretarse todas las medidas con vocación resocializadora.

La función de reeducación y reinserción social del recluso debe de entenderse como obligación de la Administración penitenciaria de ofrecer al recluso todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución.

Tal finalidad debe entenderse en el sentido de que responde a una garantía individual, y no a un derecho de la sociedad ni del Estado. La idea de resocialización se opone, ante todo, a penas de esencia,

²³ Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Septiembre de 1999 Tesis: 1a. XXV/99 Página: 91; Rubro: PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE REALIZARSE EN UN LUGAR SEPARADO Y BAJO UN RÉGIMEN DISTINTO DE LOS QUE SE DESTINAN Y APLICAN A LA PRISIÓN COMO PENA".

duración o configuración desocializadora; su aspecto negativo es, por tanto, el decisivo. En lo positivo, como tal garantía, debe entenderse reducida a la disposición de medios y carente de toda referencia afin: el fin debe permanecer como una cuestión de la autonomía individual. No hay, pues, un mandato constitucional de resocializar, sino sólo de orientar la ejecución de las sanciones a (esto es, sentar las bases de) una eventual resocialización del individuo (cuyo contenido, por lo demás, tampoco debe venir dado de antemano)²⁴.

Las manifestaciones de esta finalidad resocializadora no afectan, como es común observar, únicamente a la *ejecución* de las penas privativas de libertad (y de las medidas de seguridad en realidad, algunas de ellas). Naturalmente, el fin de resocialización y su lógica pueden entrar en colisión directa con la lógica de la prevención general de intimidación.

Como es sabido, es tradicional el discurso que, a partir de poner en relación los fines de prevención general y prevención especial, habla de la existencia de una "antinomia de los fines de la pena". En lo que aquí interesa, y centrándonos más en la conminación penal abstracta que en la medición de la pena, puede aludirse a que ha sido tradicional confiar la eficacia intimidatoria a penas privativas de libertad de larga duración, de las que, por otro lado, se han afirmado efectos desocializadores irreparables.

5.4. CONFLICTO ENTRE DESPENALIZACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DELITO.

El resultado de las consideraciones anteriores es paradójico: la

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., página 263

falta de merecimiento y de necesidad de pena impone la despenalización pero, desde la perspectiva de las garantías individuales, tal despenalización puede redundar en importantes perjuicios para el sujeto víctima del delito (con lo que, además, ésta infringiría en suma principios de utilidad y justicia), siendo que pudiese ocurrir la desaparición de un tipo penal que tutele algún bien jurídico de valía para un individuo o para un sector social (como pudiera ser la controversia en México, acerca de la despenalización de los delitos contra la salud, o la polémica de la eutanasia, situaciones ya libres de pena en países como Holanda).

Empero, la teoría también ha considerado como solución pacífica entre las posiciones radicales de despenalización total y castigo exacerbado de ciertas conductas, el simple hecho de quitar a determinadas acciones u omisiones humanas, la característica de delito, sin que ello implique una falta de castigo.

Lo anterior nos lleva a la denominada "administrativización" del Derecho penal; es decir a la supresión de las consecuencias penales (pena privativa de libertad) para sancionar determinadas conductas, evadiéndose de esta forma el proceso penal también, como es el caso de la fuerte corriente doctrinaria impulsada en España por Antonio Beristáin²⁵, en relación con los delitos "contra la seguridad del tráfico" (culposos o de tránsito), a fin de que se sancione administrativamente (mediante el pago de multas no penales) a los responsables.

El referido dilema tiene, sin embargo, evidentemente, una solución: dotar a esas instancias no penales de un sistema de garantías lo más próximo posible al del Derecho penal, desarrollar su grado de

²⁵ Vid. BERISTÁIN IPIÑA, Antonio. Nuevas soluciones victimológicas. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999.

formalización, de manera que una despenalización impuesta por falta de merecimiento y de necesidad de pena pueda llevarse a cabo como corresponde, sin acarrear mengua significativa de garantías para el sujeto, lo cual se salva al aplicar esas medidas no penales, sino administrativas, sustituyendo el reproche penal, por el pago de una multa, cuya imposición, desde luego, cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación y motivación.

También –y de modo muy especial- en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito se advierten los signos del conflicto entre los diversos fines del Derecho penal, así como los signos de la obtención de una concepción sintética de los mismos; ello, no sólo en el ámbito tradicional de la medición de la pena, marco clásico del debate sobre las antinomias de fines, sino a todos los niveles de la discusión sobre las consecuencias.

En el plano doctrinal esta síntesis muestra las siguientes características generales.

En primer lugar, la garantía consistente en posibilitar la resocialización (o, en todo caso, la no desocialización) ocupa un lugar central en la conformación del sistema de sanciones. Ello toma como punto de partida la idea de que las investigaciones empíricas han mostrado que es posible una disminución de la duración de la pena privativa de libertad, e incluso su sustitución, en ciertos casos, por otras consecuencias jurídicas del delito, sin que se produzca una mengua relevante de la prevención general.

Desde tal perspectiva, que se impone en la doctrina, es factible la eliminación de las penas desocializadoras, por demasiado cortas o demasiado largas, a la vez que la introducción de medios sustitutivos de la pena privativa de libertad (*probation*, trabajo en provecho de la

comunidad, etc.)

Ello porque, además, se admite que, en estos casos, por razón de la resocialización o no desocialización, *puedan desbordarse por debajo* las eventuales exigencias de proporcionalidad con el hecho: *la proporcionalidad no actúa, pues, como límite mínimo* que impida disminuir la pena o renunciar a la misma por razones de favorecer la socialización o impedir la desocialización²⁶.

En cambio –y ésta es, a nuestro juicio, la segunda gran característica del sistema- *la proporcionalidad y el respeto a otras garantías (seguridad jurídica, humanidad, etc) actúan como límite máximo* que impide la introducción de instituciones presididas por el único criterio de obtener a toda costa una resocialización.

La resocialización no puede, pues, desbordar por arriba las exigencias de la proporcionalidad ni vulnerar otras garantías. Traducción de esta idea son las críticas garantísticas a ciertos programas de "diversión" (sustitución de la pena por un tratamiento social) en los que la orientación resocializadora va acompañada de pérdidas de seguridad jurídica, intervenciones sobre el esquema de valores del individuo, etc.

Asimismo lo es la introducción progresiva del elemento de la proporcionalidad en las medidas de seguridad, inicialmente previstas como presididas exclusivamente por el criterio terapéutico de la corrección.

La tendencia es, pues, clara en la línea de proceder a una reducción de la intensidad de la intervención punitiva, siempre que ello no redunde en menguas relevantes de eficacia preventivo-general.

Tal reducción aparece, además, presidida por el interés en facilitar la resocialización o no desocialización del delincuente. Ello determina

²⁶ Ibidem, página 297.

que la reacción penal pueda quedar por debajo de las exigencias de proporcionalidad; sin embargo, se hace fuerte hincapié en la necesidad de salvaguardar las garantías de seguridad jurídica, humanidad, etc.

Estas en ningún caso pueden ser vulneradas por una orientación pretendidamente favorecedora de la resocialización o no desocialización del delincuente.

5.5. EPÍLOGO.

Las observaciones efectuadas a lo largo de este trabajo, permiten observar hasta qué punto es cierta la afirmación de la existencia de una tensión entre los diversos fines del Derecho penal.

En el centro de tal tensión se encuentra el Derecho penal, cuya meta se halla en la máxima reducción de la violencia social informal (delitos y reacciones informales frente a los mismos –también delitos-) junto a la máxima realización de las garantías individuales –formales y materiales (esto es, la máxima reducción de todas las manifestaciones de la violencia estatal).

Precisamente, lo que legitima al Derecho penal es que las sucesivas síntesis, en sus atribuciones de fines, le vayan aproximando a este ideal.

Esta aproximación, lenta y tortuosa, si se quiere, puede considerarse una realidad a la vista de la evolución del Derecho penal en los últimos doscientos años.

Ello es claro si se atiende a las concepciones teóricas dominantes y a las declaraciones programáticas contenidas en las diversas legislaciones de nuestro ámbito de cultura jurídica, por ende, es menester idear un plan de política criminal estatal, basado en los fines

del paradigma integrador de la justicia penal, pues como se ha visto, es posible utilizar medidas conciliatorias y de sustitutivos de prisión, junto con las meramente preventivas o represivas, esto es una propuesta de *lege ferenda*.

Otra cosa es el panorama legislativo concreto, confuso y a veces contradictorio, que se presenta en México, encontrándose ciertamente por detrás de las aspiraciones de la doctrina.

La doctrina, con todo, continúa esforzándose por la configuración de un esquema de fines del Derecho penal que haga compatible la "máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual", por "intentar que la finalidad preventiva no se "pervierta", que sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legitimados democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual".

CONCLUSIONES

PRIMERA. Históricamente, se había considerado a los delincuentes, como enemigos de la sociedad, y por ende, que nada merecían, así la humanidad sólo conocía como sanción para aquellos que violaban la normatividad, la pena de muerte.

SEGUNDA.- 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 y surgen, precisamente, como sustituto de la pena capital, como un paliativo, supuestamente, contra los excesos de la tortura, el tormento y la pena de muerte, cuando la humanidad, al darse cuenta que la eliminación del delincuente utilizando dichos medios, no eran los adecuados para redimir al condenado ni para causar temor en la población, pues los espectáculos públicos de ejecución de condenados se habían convertido en verdaderas tertulias familiares, más que actos de dolor y sentimiento para los espectadores.

TERCERA.- 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.

CUARTA.- 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 policíaca 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.

QUINTA.- La realidad ha demostrado que el delito es un doloroso problema interpersonal y comunitario; por ende 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.

SEXTA.- Sin embargo, en la opinión de la sustentante, tal crisis no constituye, en sí, un fenómeno negativo: al contrario, 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.

SÉPTIMA.- La pena privativa de la libertad, no puede desaparecer del orbe, como se pretende por la corriente abolicionista; empero, es patente que se ha abusado de ella y no se han conseguido a cabalidad los

fines preventivos y readaptadores que la han consolidado como la sanción penal más utilizada.

OCTAVA.- La eficacia intimidatoria de la prisión, no requiere penas graves, por lo que nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones. Además, nada obsta para su substitución por diversas consecuencias jurídicas, en los casos en que la pena privativa de libertad no se estime estrictamente necesaria. Por ende, partiendo del 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.

NOVENA.- El modelo o paradigma integrador, se acentúa en la necesidad de intervenir de forma positiva y bienhechora en la persona del infractor, como parte esencial e integrante de cualquier respuesta al delito, estableciendo una debida síntesis de la propuesta garantista; precisamente integra en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora del conflicto que el crimen exterioriza, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquél y la propia pacificación de las relaciones sociales, en estricto apego a los derechos fundamentales del hombre.

DÉCIMA.- Las consideraciones anteriores implican que, en ciertos casos (disminución de las sanciones, introducción de nuevas instituciones alternativas a la pena), la lógica de la prevención y la lógica utilitarista de la reducción de la violencia estatal no se encuentran en un conflicto directo, lo que facilita la obtención de una síntesis integradora de sus

funciones.

UNDÉCIMA.- Es menester idear un plan de política criminal estatal, basado en los fines del paradigma integrador de la justicia penal, pues es posible utilizar medidas conciliatorias y sustitutivas de prisión, junto con las meramente preventivas o represivas.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

1. BERISTÁIN, Antonio. Derecho Penal y Criminología. Themis, Bogotá, 1986.
2. BERISTÁIN IPIÑA, Antonio. Nuevas soluciones victimológicas. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999.
3. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
4. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Tercera Edición, Valencia, Tirant lo Blanch Libros, 1996
5. 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.
6. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal. Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 1998.
7. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
8. JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Cuarta Edición, completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Editorial Comares, 1993.
9. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Edición, corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.
10. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La moderna Victimología. Valencia, Tirant lo Blanch libros, 1998.
11. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Enciclopedia Penal Básica. Granada, Editorial Comares, 2002.
12. NEUMAN, Elías. Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.

13. NEUMAN, Elías. Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Primera reimpresión. México, Cárdenas editor y distribuidor, 1992.
14. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Estudio de las Penas y Medidas de Seguridad. Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, 2000.
15. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Clásicos de la Criminología. Segunda Edición, México, Cárdenas Editores, 1995.
16. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La crisis penitenciaria y los sustitutivos de prisión. México, Editorial Porrúa, 1998.
17. ROXIN, Claus. La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
18. SOLÍS QUIROGA, Héctor. Sociología Criminal. Tercera edición, México, Editorial Porrúa, 1985.
19. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona, Editorial J.M. Bosch Editor, 2002.
20. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta reimpresión, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998.

LEGISLATIVAS

1. NACIONALES.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal Federal
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Reglamento interno del Centro de diagnóstico para varones
- Reglamento interno del Centro de Diagnóstico y Tratamiento para mujeres
- Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados

2. EXTRANJERAS

- Código Penal Español
- Ley de enjuiciamiento criminal (España)

PÁGINAS WEB

- <http://www.a-i.es/> (Página web de amnistía internacional)
- <http://www.apdha.org/areas/carceles.htm>

MULTIMEDIA

CD IUS 2003. Suprema Corte de Justicia de la Nación

