

POLITEIA

REVISTA DO INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

ANO I · Nº 1 · JANEIRO - JUNHO 2004




ALAMEDA

TÍTULO:

PÓLITEIA – REVISTA DO INSTITUTO SUPERIOR
DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

EDITOR:

LIVRARIA ALMEDINA – COIMBRA
www.almedina.net

LIVRARIAS:

LIVRARIA ALMEDINA
ARCO DE ALMEDINA, 15
TELEF. 239 851900
FAX 239 851901
3004-509 COIMBRA – PORTUGAL
livraria@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA
ARRÁBIDA SHOPPING, LOJA 158
PRACETA HENRIQUE MOREIRA
AFURADA
4400-475 V. N. GATA – PORTUGAL
arrabida@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA – PORTO
RUA DE CEUTA, 79
TELEF. 22 2059773
FAX 22 2039497
4050-191 PORTO – PORTUGAL
porto@almedina.net

EDIÇÕES GLOBO, LDA.
RUA S. FILIPE NERY, 37-A (AO RATO)
TELEF. 21 3857619
FAX 21 3844661
1250-225 LISBOA – PORTUGAL
globo@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA
ATRIUM SALDANHA
LOJAS 71 A 74
PRAÇA DUQUE DE SALDANHA, 1
TELEF. 21 3712690
atrium@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA – BRAGA
CAMPUS DE GUALTAR
UNIVERSIDADE DO MINHO
4700-320 BRAGA
TELEF. 253 678 822
braga@almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA:

G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
PALHEIRA – ASSAFARGE
3001-453 COIMBRA
Email: producao@graficadecoimbra.pt

JULHO, 2004

DEPÓSITO LEGAL:

214521/04

Esta obra foi elaborada segundo os mais rigorosos procedimentos de qualidade, de modo a evitar imprecisões ou erros na reprodução dos textos oficiais. Aconselhamos, no entanto, que na sua utilização os diplomas legais sejam sempre comparados com os das publicações oficiais.

La actual política criminal en España

Nieves Sanz Mulas*

Sumário/Summary

I. Introducción. II. Notas definitorias de la sociedad moderna: 1. Sociedad de comunicación. 2. Sociedad del riesgo. 3. Sociedad compleja y organizada. 4. Sociedad globalizada y criminalidad transnacional. 5. Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos. III. Los nuevos retos de la política criminal. IV. La política criminal en España: 1. Delineamientos generales. 2. Actuales tendencias político-criminales: A) Delincuencia juvenil. B) Toxicomanía y delincuencia. C) Sistema de penas. Las alternativas a la prisión.

I. Introduction. II. Defining notes of the modern society: 1. A Communication Society. 2. A society of risk. 3. A Complex and Organized Society. 4. The Globalized Society and Transnational Crime. 5. A Society of Insecurity and victims. 6. The New Challenges of the Criminal Policy. III – The criminal policy in Spain (1. General Guidelines. 2. Politico-criminal present trends: A) Juvenile Delinquency. B) Addiction and Delinquency. C) Punishment system. Alternative measures to prison.

Política es el arte de aplicar en cada época de la Historia aquella parte del ideal que las circunstancias hacen posible.

ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO

* Doutora em direito e Professora da Faculdade de Direito Penal da Universidade de Salamanca e da Escola Nacional de Policia de España.

I. Introducción

Que duda cabe, y nos guste o no, que la criminalización de una conducta sigue siendo un problema político. Una decisión claramente fundada en una serie de valoraciones sociales, económicas y culturales concretas. Pero, ¿y que ocurre con los juristas? ¿Dónde está su, por lógica, necesaria aportación en la batalla contra la criminalidad?

El jurista —estamos de acuerdo con ZÚÑIGA—¹ ha perdido la capacidad de respuesta ante los problemas sociales, siendo finalmente el político quien toma la decisión sobre una concreta direccionalidad social y sobre los medios para alcanzarla. Y es que, frente a este embate de la Política, los penalistas seguimos ciertamente estancados en el pasado, usando armas del todo trasnochadas y poco, o nada, eficientes. Esto es, mientras el político aduce utilidad, el penalista responde con una “rigurosidad científica” que ya no es de recibo. Y mientras tanto la sociedad demanda más protección, y a esa petición hay que darle una respuesta.

Porque las sociedades actuales viven en continua transformación y en ellas las ciencias sólo se legitiman por su capacidad para resolver problemas sociales. Luego, el reto fundamental de los penalistas se halla en la búsqueda de soluciones eficaces, frente al problema de la criminalidad, y con respeto claro de las reglas fundamentales de intervención penal. Y ello pasa, sin duda, por una racionalización de la Política criminal buscando un elenco de respuestas no necesariamente penales².

Política y Derecho, por tanto, como los dos grandes sistemas de regulación de la vida social, deben buscar caminos convergentes, “lo que en el ámbito de la prevención de la criminalidad significa – concordamos nuevamente con ZÚÑIGA – racionalizar la Política Criminal, juridificando la acción política y politizando la acción jurídica”³.

II. Notas definitorias de la sociedad moderna

No cabe duda en que cada sociedad produce su propia criminalidad. Y esto es así porque el fenómeno criminal no es sino el producto de unas determinadas coordenadas históricas y sociales. Esto es, no existen tipologías abstractas de criminalidades, sino personas que por determina-

¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001, p. 20.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

das circunstancias sociales realizan comportamientos que en ese momento son considerados delictivos. En este sentido, y ciñéndonos a las sociedades occidentales postindustrializadas, entre las que cabe integrarse tanto la española como la portuguesa, podemos hacer destacar como notas definitorias, condicionantes de la actual política criminal, las siguientes:

1. Sociedad de comunicación

El protagonismo del que hoy en día «gozan» los medios de comunicación no tiene precedentes. Los *mass media* han adquirido el liderazgo absoluto como poder configurador de imágenes, demandas y expectativas sociales, y con intereses por supuesto consumistas. Pero eso no es todo, y ahí comienza el problema. Este poder paulatinamente se va convirtiendo también en poder disciplinario, en control social informal. Porque a través de la creación de imágenes también se configuran roles, estereotipos sociales de las conductas desviadas y de la criminalidad. Es más, es indudable su influencia en las demandas de concretas políticas criminales, y por lo general de claro carácter represivo, y en las que el sistema penal está llamado a actuar como *prima ratio*, “cual poder apaciguador de inquietudes sociales»⁴.

Raro es el día que nos despertemos sin noticias «vinculadas» a la criminalidad. Y es que ya no sólo es importante lo que «es» la criminalidad, sino lo que «parece» ante la sociedad y lo que ésta demanda con su «visión» al sistema penal. El poder configurador de la sociedad con el que cuentan los medios de comunicación, ha hecho trasladar al sistema penal el debate social de cuestiones valorativas que interesan a los ciudadanos. Cuestiones como la violencia doméstica, la corrupción política, los ataques al medio ambiente, el acoso sexual en las empresas, el terrorismo, etc.⁵

Conflictos todos ellos que, al no ser asumidos ni por los poderes políticos ni por las fuerzas sociales, llegan *prima ratio* al sistema penal, exigiéndole respuestas contundentes que sirvan de muestra de un supuesto consenso social sobre los temas a debate. Una nueva función, ésta asumida por el sistema penal, que influye claramente en su configuración, reforzando su función de medio de control social. Unos efectos promocionales, instrumentales, funcionalizadores del sistema social de

⁴ *Ibidem*, p. 254.

⁵ *Ibidem*, p. 255.

consenso que tiene claros efectos nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general. Y es que se está fomentando un uso utilitarista del Derecho penal, que provoca un abuso de la intervención penal, legitimando su actuación en *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva sobre la de protección de bienes jurídicos. Lo que sólo cabe traducirse, al final, en una función meramente simbólica del Derecho penal, y por ello carente de toda legitimación, “en cuanto que su configuración ya no aspira a, ni por lo general puede, fundamentarse en su eficacia para proteger bienes jurídicos y evitar la delincuencia, único fin que permite justificar la correspondiente decisión legislativa”⁶.

2. Sociedad del riesgo

La sociedad actual, de igual modo, se caracteriza por la aparición de nuevos avances tecnológicos. Vivimos en la era de la tecnología y ello, sin duda, ha significado un notable aumento del bienestar individual, pero también han acarreado importantes consecuencias en lo que a los conflictos sociales y la forma de abordarlos se refiere.

Buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen, precisamente, de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos⁷: riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la industria química, la informática, las telecomunicaciones, el tráfico rodado, la producción masiva de alimentos, etc. Esto es, nos situamos ante el surgimiento y consolidación de bienes jurídicos colectivos tales como la salud pública, el medio ambiente, la ordenación del territorio o los vinculados a muy diversos aspectos del orden socioeconómico. Y consecuencia de todo ello es el que hoy se hable de “Sociedad del riesgo”, de “Derecho penal del riesgo”, con importantes repercusiones para la Política Criminal⁸.

La protección de tales bienes jurídicos colectivos da ocasión a abundantes riesgos y dificultades, derivados en su mayor parte de la ausencia de suficiente reflexión sobre su adecuado tratamiento. Entre

⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998, p. 50.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 22.

⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 258.

todos estos riesgos, sin duda, destaca el que el Derecho penal se introduzca en ámbitos en los que no resulta eficaz, perdiendo de vista la nota de subsidiariedad frente a otro tipo de intervenciones sociales, jurídicas o no, que le es inherente; a ese riesgo suele seguir con frecuencia la caída, nuevamente, en actuaciones puramente simbólicas⁹.

Pero no todo queda aquí, las nuevas tecnologías, sobre todo, han incidido en la configuración del ámbito de la delincuencia no intencional¹⁰. Esto es, las consecuencias lesivas del “fallo técnico” aparecen como un problema central de este modelo¹¹. Más que de resultados ahora se habla de “riesgos”, de “peligros” para bienes jurídicos, con el consiguiente cambio en las reglas de la causalidad, culpabilidad y responsabilidad¹².

Ello explica que la actual configuración de los tipos penales sea predominantemente de “delitos de peligro”, incluso de “delitos de peligro abstracto”, pues es en el dominio del peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, donde viene a centrarse lo injusto. El adelantamiento de la intervención penal parece, pues, justificado. Pero, ¿hasta qué punto? ¿Cuál es el riesgo permitido en cada conducta? ¿Cuál es el nivel máximo de riesgo por encima del cual se establece el injusto penal?¹³.

La respuesta es labor del Derecho administrativo, como encargado de delimitar, normativizar, reglamentar todos estos sectores de riesgos socialmente relevantes. Lo cual tiene una importante repercusión político-criminal: el necesario acudimiento a las leyes penales en blanco, pues la determinación de lo prohibido se desplaza a instancias extrapenales, con los problemas que tal técnica legislativa siempre conlleva. Además, a través de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstracto, se puede atentar con facilidad contra el principio de seguridad jurídica y se promueve un indebido alejamiento de las referencias materiales a las que no debe renunciar el Derecho penal y que pretende asegurar el principio de lesividad. Nos situamos, en consecuencia, frente a un sector prioritario de la política criminal, en el que – de acuerdo con Díez RIPOLLÉS –¹⁴ se deben centrar los esfuerzos y la reflexión.

⁹ Díez RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰ Sin olvidar, obviamente, que los avances tecnológicos también ofrecen a la delincuencia nuevos instrumentos y herramientas para delinquir con mayor velocidad y más impunidad, especialmente la criminalidad organizada.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 22.

¹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *op. cit.*, p. 259.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Díez RIPOLLÉS, J.L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 53.

3. Sociedad compleja y organizada

Nuestras sociedades también destacan por su enorme complejidad, pues la interacción individual ha alcanzado niveles hasta ahora del todo desconocidos. Son características definitorias del sistema social actual, entre otras: el desarrollo social de los últimos tiempos, la multiculturalidad como nota cada vez más característica, el vertiginoso proceso urbano que sufren las grandes ciudades, la división del trabajo y la proliferación de estructuras colectivas. Factores todos ellos que determinan el que las conductas lesivas ya no se produzcan como antes, por el comportamiento de una sola persona, sino por la interrelación de conductas en organizaciones sociales, especialmente empresas, que al tener una división funcional del trabajo, jerarquías, funcionan con una serie de principios como los de obediencia, confianza, etc., con el correspondiente contexto de riesgo para bienes jurídicos¹⁵.

O lo que es lo mismo, la creciente interdependencia de los individuos da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Y ello tiene como consecuencia – nos advierte SILVA –¹⁶ la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión, que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica. Y si a esto, además, le unimos el que la construcción de las sociedades es de persona jurídica, sin duda nos encontramos ante un programa bastante complejo a la hora de individualizar las correspondientes responsabilidades¹⁷.

4. Sociedad globalizada y criminalidad transnacional

De igual modo, las nuestras son unas sociedades, sin duda, intercomunicadas, “globalizadas”, que se encuentran influenciándose unas a otras; determinándose en sus valores culturales y modos de vida, recípro-

¹⁵ Por no mencionar el hecho de que la mayor densidad poblacional de las grandes ciudades aumenta el anonimato de los individuos, y con él mejoran las posibilidades de que la criminalidad se desarrolle. O de que la fragmentación social de la familiar, por los cambios de roles, la incorporación de la mujer al trabajo, los desplazamientos de uno de los miembros de la pareja a otras áreas geográficas, producen necesariamente conflictividad social, conductas desviadas y criminalidad. *Vid.*, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *op. cit.*, p. 263.

camente. La sociedad comunicativa moderna, que acerca las distancias y a los individuos, crea nuevos tipos de relaciones sociales que hasta ahora no estamos en la capacidad de ordenar y controlar socialmente¹⁸.

La globalización es un fenómeno, en principio, y sobre todo, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Pero las fronteras no sólo se abren para los ciudadanos, sino también para la delincuencia – en especial la organizada – que, aprovechándose de los canales del comercio internacional libre y de los adelantos tecnológicos, mueve capitales, beneficios, personas y mercancías ilícitas de todo tipo¹⁹.

La criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada no sólo por la magnitud de sus efectos económicos, sino también políticos y sociales, pues tiene una notable capacidad de desestabilización de los mercados y de corrupción de funcionarios y gobernantes²⁰. Lógico, pues, que constituya uno de los grandes retos de la actual Política criminal. Porque, hoy por hoy, son más que evidentes las imperfecciones del sistema de imputación individual del Derecho penal, haciéndose absolutamente necesaria la creación de nuevos mecanismos de imputación que respondan mejor a una criminalidad que es transnacional, organizada, empresarial. Dos frentes deben, sobre todo, trabajarse: el problema de la imputación en organizaciones complejas y el carácter transnacional del delito²¹.

5. Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos

La nuestra también cabe ser definida como la sociedad de la inseguridad²². Entre sus causas, sin duda, se encuentran las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración. La actual revolución de las comunicaciones da lugar a un vértigo, derivado de la falta de dominio del curso de los acontecimientos, que sólo cabe traducirse en términos de inseguridad. De igual modo, a través de los medios de comunicación, donde lo lejano y lo cercano muchas veces pierde sus contornos, y donde la reiteración y actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan como ver-

¹⁸ *Ibidem*, p. 264.

¹⁹ *Ibidem*, p. 265.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 70.

²¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 265.

²² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 27 y ss.

daderos agentes multiplicadores de los ilícitos y las catástrofes, se provocan percepciones inexactas que generan verdaderas situaciones de inseguridad²³. Es más, incluso las propias instituciones públicas de represión de la criminalización contribuyen a esa difusión de la sensación de inseguridad con la transmisión de imágenes sesgadas de la realidad²⁴. Consecuencia de todo ello: la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta.

Pero no todo acaba aquí, los aumentos de expectativas de los individuos en las sociedades del Bienestar, el incremento del nivel de vida de las capas medias, los medios de comunicación que sirven de dinamizador de esas expectativas, hacen que se produzca una “inflación de los derechos”, identificados con cualquier expectativa merecedora de tutela, como los derechos del medio ambiente, la calidad de vida, los derechos de los animales, etc²⁵.

Esto es, todos nos identificamos con la víctima del delito. En un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los Tribunales que trasciende a los medios de comunicación y, en consecuencia, la representación social del delito, es ciertamente comprensible – estamos de acuerdo con SILVA –²⁶, que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial. La nuestra, en definitiva, es también una sociedad de “sujetos pasivos” donde se plantea la preeminencia de la necesidad de “vivir” y, con ello, también la reducción de las fronteras del riesgo permitido. Consecuencia: de nuevo, el consiguiente incremento de la apreciación de deberes de cuidado y de la tipificación de delitos de peligro²⁷.

²³ En palabras de GARAPON: “Los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia de la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo de chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”. Vid., en GARAPÓN, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, p. 94.

²⁴ Por ejemplo, la forma en que se presentan las estadísticas de delitos cometidos por inmigrantes o por menores, que en la mayoría de las ocasiones conllevan una percepción equivocada de tales criminalidades, creando una alarma social no real.

²⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.

²⁶ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 31 y ss.

En resumidas cuentas, todos los fenómenos aducidos no parecen sino conducir a un cambio global en la representación de la criminalidad de signo claramente defensista²⁸. Esto es, a un aumento progresivo e imparable en la criminalización de conductas y su represión. A una política criminal de expansión práctica del Derecho penal, en definitiva, que en poco o nada se parece a la necesaria restricción del mismo que la doctrina viene décadas predicando desde la teoría.

III. Los nuevos retos de la política criminal

Como hemos podido comprobar, nos situamos ante una criminalidad propia de una sociedad en continua transformación, y donde las herramientas penales hasta ahora utilizadas se muestran incapaces para hacerle frente²⁹. Sin embargo, e irónicamente, la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, se traduce en su imparable expansión, sometiéndole a cargas que, ciertamente, no puede soportar³⁰. Esto es, el fracaso en la consolidación de una moral social civil y autónoma ha conducido a que las opiniones sociales, de modo muy extendido, equiparen los contenidos del Derecho penal con los de esa moral social poco definida, y que en consecuencia exijan a la política criminal que se pronuncie sobre aspectos conflictivos éticos que no son propiamente su competencia³¹.

La moderna política criminal, de su parte, centra su respuesta en la utilización de la pena, como si no existieran otros mecanismos de control social más válidos, o al menos igualmente eficaces. La discusión, por ello, se centra en cómo conciliar el principio de intervención mínima con la eficaz protección de los bienes jurídicos surgidos en la nueva realidad,

²⁸ *Ibidem*, p. 43.

²⁹ Entre otras cuestiones, y por ejemplo, las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, no tienen nada que hacer frente a los nuevos retos criminales.

³⁰ “El giro ha sido tal – escribe SILVA – que quienes en su día repudiaban al Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las «subalternas» ahora reclaman precisamente más Derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales”. *Vid.*, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 49.

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 48.

con la aparición de nuevas formas de criminalidad compleja, organizada, empresarial y transnacional, y con el hecho de que el Derecho penal se haya asumido como el primer instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos³².

La solución, ciertamente, no está en despenalizar todas las figuras contenedoras de riesgos sociales, pues la perspectiva del riesgo es un hecho de la naturaleza, real, e innegable. En lo que sí hay que trabajar es en diseñar un sistema de imputación que, sin renegar de las garantías fundamentales, sea realmente eficaz en la función social del instrumento penal como contenedor de los riesgos. Y esa labor no puede encomendarse en exclusiva al Derecho penal³³. Porque no debemos olvidar que el Derecho penal tan sólo es un instrumento de control social que, en la búsqueda del mantenimiento del orden social, únicamente pretende el acatamiento externo de las normas, sin aspirar a una adhesión interna moralmente valiosa³⁴.

Es necesario coordinar políticas criminales integrales donde los aportes de otras disciplinas deberán, inexorablemente, tenerse en cuenta. En ese programa políticocriminal sólo las conductas más graves deben quedar en el vértice penal, y en la base diseñar una serie de políticas sociales, institucionales, económicas, educativas, públicas y privadas, para llevar a cabo una eficaz labor de dirección social y contención de los riesgos³⁵. O lo que es lo mismo, se debe recurrir con preferencia a las demás instancias de control social, la mayoría de las veces más idóneas para hacer frente al problema que el Derecho penal³⁶.

³² ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, p. 272.

³³ Es más, incluso llegados a la convicción de la necesidad del Derecho penal en determinados casos, cabría hablarse de Derecho penal “a la carta”. Y es que la criminología cada vez hace más evidente lo inadecuado de tratar todo delito con categorías abstractas y generales, recomendando, por el contrario, el inducir las respuestas a partir de los diferentes contextos sociales en los que se enmarcan los diversos tipos de criminalidad. Esto es, hablar de distintos tipos de Derecho penal, según cual sea la forma de criminalidad a hacer frente (ej. Derecho penal del menor, DP de los inimputables, DP de la criminalidad organizada, etc).

³⁴ Díez RIPOLLÉS, J.L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 49.

³⁵ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, p. 272 y 273

³⁶ Por ejemplo, en la delincuencia de menores, es ciertamente difícil mantener la necesidad de pena de personas que aún no han completado su proceso de socialización y éste normalmente se ha realizado en condiciones difíciles. En estos supuestos, las políticas sociales y los instrumentos informales, tales como la familia, la educación, etc., son los que necesariamente deben intervenir.

Porque una política criminal que respete el principio de intervención mínima, indefectiblemente, tiene que partir del principio de subsidiariedad. La respuesta al fenómeno criminal concreto deberá comenzar por un estudio científico del mismo, teniendo en cuenta sus variables³⁷, los factores que lo promueven, y donde en consecuencia la intervención exclusiva y excluyente del Derecho penal se muestra como ilegítima.

Y es que, de acuerdo con ZÚÑIGA, “la complejidad de la sociedad, el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones de personas y del mercado en un mundo que ve caer sus fronteras, imperiosamente ha hecho caer los dogmas de la panacea de soluciones simplistas. El reto actual de la Política criminal necesariamente importa la comunicación entre materias, el conocimiento interdisciplinar, el diálogo de equipos de trabajo, la confrontación con el Derecho comparado”³⁸. O lo que es lo mismo, ya no es de recibo que una sociedad de tales características se limite a legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, cada vez más condicionadas por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión con frecuencia pasajeros³⁹.

La actual complejidad del fenómeno criminal no puede ser atendida por conocimientos parcializados, como pueden ser disciplinas estancas. Sólo integrando diversos saberes se puede llegar a entender un poco más racionalmente el delito, el delincuente y la sociedad que los crea. Es más, el carácter globalizador de las sociedades actuales nos obliga a comprender los problemas en clave internacional. Esto es, paulatinamente se está tomando conciencia de que la configuración mundial de los problemas sólo admite soluciones también mundiales⁴⁰.

Porque – recordemos – no son sino los desequilibrios mundiales los verdaderos detonantes del libre mercado. De la imposibilidad de seguir

³⁷ Entre las que DÍEZ RIPOLLÉS enumera: la información empírico-social sobre la realidad en la que se va a incidir; la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención; los análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses; las manifestaciones de afectados; el cálculo de costes económicos de la reforma legal; los pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etc. *Vid.*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 50.

³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *op. cit.*, p. 275.

³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ Y el problema del medio ambiente es buena prueba de ello. Al respecto, el desastre ecológico ocasionado por el petrolero “Prestige” en las costas gallegas españolas, es un buen ejemplo de lucha internacional contra la criminalidad.

esquilmando los recursos naturales. De mantener sociedades insolidarias cuyos valores máximos son el bienestar y la seguridad, dando la espalda a millones de seres humanos que viven en extrema pobreza en el mundo. Y la criminalidad organizada, fundada en esos desequilibrios sociales, es buena muestra de todo ello. El tráfico de menores, tráfico de órganos humanos, de mujeres, de mano de obra, dan cuenta de que no se puede luchar contra este tipo de criminalidad si se mantienen esas diferencias entre los distintos mundos. Porque, de nuevo en acuerdo con ZÚÑIGA, “mientras haya personas que compren a otras personas y personas que se vendan por necesidades económicas, existirá este tipo de criminalidad”⁴¹.

IV. La política criminal en España

1. Delineamientos generales

Seguramente – nos advierte SILVA –⁴² nunca se había hablado tanto en los círculos intelectuales de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo como se hace en nuestros días. Pero, irónicamente, también hacía mucho que no se constataba una tendencia legislativa de expansión del Derecho penal como la que actualmente se vive. Y ésta es, tristemente, también una característica a constatar en el Código penal español de 1995⁴³.

A lo largo de su texto asistimos a la introducción de nuevos tipos delictivos y a la agravación general de las penas llamadas a sancionar los delitos ya existentes (sobre todo, los socioeconómicos). Una criminalización de ninguna manera contrarrestada con la lógica, y consecuente, descriminalización de aquellas figuras delictivas en nuestros días carentes de toda lógica. Una clara tendencia expansiva, puesta, aún más si cabe, de manifiesto con las continuas reformas que desde su nacimiento nuestro texto punitivo viene sufriendo⁴⁴.

⁴¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, p. 276.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, p. 15.

⁴³ Ya en su Exposición de Motivos se hace alusión a la existencia de “una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja” justificándose una “prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”.

⁴⁴ Las reformas llevadas a cabo por LO 2/1998, de 15 de junio, relativa a los delitos de terrorismo; LO 11/1999, de 30 de abril, relativa a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las

Al respecto de esta tendencia, son ciertamente reveladoras las palabras de SÁEZ VALCÁRCEL:

“[...] cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostrarán más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar.

Aquéllos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del derecho penal⁴⁵.

Pero, por supuesto, todo tiene un precio, y algunas de las consecuencias inmediatas de esta política criminal basada en tipificar todo aquello que la sociedad pide, sin un juicio de maduración lógico y previo, son, como nos advierte Díez RIPOLLÉS⁴⁶:

- La creación de delitos de casi imposible aplicación por un juez o tribunal respetuoso de las garantías penales.

víctimas de malos tratos; la LO 2/2000, de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas; la LO 3/2000, de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; y la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo; la LO 4/2000, de 11 de enero, y la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en materia de extranjeros; la LO 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores; la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP (y que afecta a face casi 200 artículos).

⁴⁵ SÁEZ VALCÁRCEL, *JPD*, nº 26, julio, 1994, p. 4.

⁴⁶ Ellas como consecuencias negativas desde la perspectiva aquí manejada, pero sin olvidar los claros beneficios inmediatos que tal “política” significa para los que la acogen: “una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en general; se enmascara, a través del prestigio del que goza la contundencia de la reacción penal, la ausencia de otras medidas de intervención social realmente eficaces; se acrecientan infundadamente y a bajo coste los sentimientos de seguridad de los ciudadanos; y se realizan labores de pedagogía social utilizando uno de los medios de control social más duros de los que dispone la sociedad sin necesidad de dar explicaciones”. *Vid.*, en Díez RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 51.

Esto ocurre, por ejemplo, en un buen número de las nuevas figuras introducidas entre los delitos contra la Administración pública, como respuesta a la corrupción política o administrativa, comenzando con los delitos de tráfico de influencias y continuando con algún supuesto de cohecho o malversación.

- La formulación de tipos delictivos superfluos o redundantes, con aparente ignorancia de lo ya existente, motivados por no más de una docena de conductas lesivas concentradas en el tiempo pero suscitadoras de una transitoria inquietud social.

Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito que castiga a los denominados conductores suicidas.

- La producción de efectos contrarios a los deseados con relación a la protección de bienes jurídicos.

Así ocurre con el nuevo delito de acoso sexual, medio de enganche de los partidos políticos para el feminismo, y que ha logrado que actualmente las amenazas condicionadas a la realización de un comportamiento sexual reciban un tratamiento privilegiado frente a las restantes, por lo que el acosador sexual ha mejorado notablemente su status social.

2. Actuales tendencias político criminales

Ciertamente es inabarcable un análisis minucioso de todas las tendencias en clave de política criminal manejadas en España. Es por ello que nos limitaremos a esbozar las líneas generales sobre tres asuntos, a nuestro juicio de manifiesto interés al día de hoy en la sociedad española: la delincuencia juvenil, la clara simbiosis entre drogodependencia y delincuencia, y el sistema de penas.

A) *Delincuencia juvenil*

El tema de la delincuencia juvenil, al igual que ocurre a escala mundial, es objeto de gran preocupación en España y, al respecto, todos los estudios realizados giran alrededor de la necesidad de actuar en el campo de la prevención. Algo de lo que se hace eco nuestra actual LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, cuando en su Exposición de Motivos, a la hora de analizar el nuevo proceso penal de menores, establece que:

“Hay que tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, fundamentalmente, *no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales*, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, *valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas*”.

Nos situamos, por tanto, ante un fenómeno que requiere de una visión multidisciplinar, y en el que, en consecuencia, deben trabajar de forma conjunta profesionales de distintas áreas. Es por ello que la imposición de la correspondiente sanción deberá efectuarse, lógicamente, tras vencer la presunción de inocencia pero sin, de ningún modo, obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso. Esto es, se hará un uso flexible del principio de intervención mínima bajo la perspectiva siguiente:

- Dotando de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia del mismo.
- Posibilitando el resarcimiento anticipado o conciliación entre víctima y agresor.
- Y previendo la suspensión condicional de la medida impuesta o su sustitución durante la ejecución⁴⁷.

La práctica, sin embargo, lo único que finalmente nos dice es que desde los 14 años el menor infractor es considerado legalmente “delincuente”, se le somete a un proceso penal, ante un Juez de lo penal, que le impone una pena – ya se llame pena juvenil, ya se le encubra con la denominación alternativa de “medida” –. Y es que por mucho que se “eufemice” la responsabilidad del menor y la naturaleza de la reacción contra su hecho delictivo, ambas se aplican por el delito cometido, con lo que resulta evidente que el denominado efecto estigmatizante “autor de delito” también contamina a todo lo que haga el menor.

Porque, hoy por hoy, la configuración final de los “Derechos penales de menores” evidencian que el Derecho penal preventivo, según el cual la sociedad no se alarma tanto por el hecho delictivo de un menor como por el de un adulto, no puede funcionar sin la “red” que representa saber que los menores, efectivamente, no responden por el Código penal, pero sí lo hacen conforme a un sistema alternativo, más resocializador, pero al fin y al cabo preventivo, esto es, basado en la defensa social. Lo que significa que hay un límite, por flexible y laso que sea, a partir del cual se antepone la defensa social a las necesidades educativas.

En resumen, las mayores críticas a nuestra actual Ley penal del menor se concretan en la imposibilidad de hacer realidad “el interés del menor” desde un modelo que, de origen, es “en interés de la seguridad

⁴⁷ MAGRO SERVET, V., “La prevención en la delincuencia juvenil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 481, 2001, pp. 1 y ss.

ciudadana” o de la “defensa social”, porque es de naturaleza penal, a pesar de las etiquetas equívocas que puedan utilizarse⁴⁸.

Un planteamiento teórico serio de este problema debe, de entrada, mantenerse al margen de las corrientes sociales que cíclicamente se manifiestan exigiendo mayor seguridad ciudadana y reacciones penales más duras con los jóvenes delincuentes⁴⁹. Y si la opción es por un Derecho penal del menor, debe tratarse de un derecho de las garantías. En definitiva, se trata de reconocer al menor como sujeto (y no como objeto) de Derecho, especialmente protegido por el Ordenamiento jurídico, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, lo cual debe conducir a un sistema jurídico del menor plenamente garantista.

Pero no olvidemos tampoco que éste es un campo en el que hay que trabajar, sobre todo – y repetimos –, desde la perspectiva de la prevención. Al respecto, y según el Informe aprobado por el Pleno del Senado de 22 de noviembre de 1999, titulado “*El estudio de la problemática de los hechos y comportamientos violentos relacionados con los menores de edad*”, para una prevención eficaz de la violencia juvenil hay que trabajar, primordialmente, desde tres frentes: la familia, la escuela y el marco social en que los menores desarrollan su actividad. Sectores en los que, si concurren una serie de circunstancias (maltrato físico o psicológico, abuso del alcohol o drogas, marginalidad, pobreza, fracaso escolar, tribus urbanas, etc.), se precisa de una actuación rápida para evitar que lo que tan sólo puede ser una época delicada o difícil se convierta en algo más preocupante y que desemboque en la aplicación de la Ley Penal del menor y todo el surtido de medidas previstas en su art. 7. De ahí el desarrollo, entre otros, de programas específicos de rehabilitación y de reinserción de menores drogodependientes⁵⁰ y con problemas de alcoholismo⁵¹.

⁴⁸ Al aspecto de este tema en las legislaciones portuguesa y española, véase. MONTEIRO GUEDES VALENTE-SANZ MULAS, *Direito de menores. Estudo luso-hispânico sobre menores em perigo e delinquência juvenil*, Ancora editora, Lisboa, 2003.

⁴⁹ Y es, precisamente, por estas exigencias populares de endurecimiento que, aún no entrada en vigor, nuestra Ley Penal del menor fuera reformada mediante LO 7/2000, de 22 de diciembre, en lo que a los delitos de terrorismo se refiere, suponiendo una clara agravación de las “medidas” a adoptar con estos menores y una disminución de los “beneficios” penales y procesales sí reconocidos para los demás.

⁵⁰ Mediante un Acuerdo de colaboración entre los Ministerios de Interior, Educación y Cultura y de Sanidad y Consumo se puso en marcha en 1997 una experiencia piloto de prevención de drogodependencias que tiene carácter plurianual y que se va prorrogando y perfeccionando. Esta experiencia va dirigida a alumnos de enseñanza primaria e incluye diversas actividades centradas en amplios programas de carácter educativo. Asimismo, dentro de esta mecánica de actuación se han editado manuales para los

En todo caso, y para finalizar, tal y como señala la *Circular de la Fiscalía General 1/2000, de 18 de diciembre*, es competencia necesaria del Fiscal el que este empeñe su labor cotidiana a contribuir en que el propósito educativo que inspira la Ley no se convierta en una mera declaración formal. Una papel educativo directamente entrelazado con la política reeducadora que debe afrontarse sobre los menores, insistiendo en el trabajo que debe hacerse en dos marcos importantísimos, y a los que ya hemos hecho referencia: la familia y la escuela⁵².

B) Toxicomanía y delincuencia

Trayendo de nuevo a colación el tema de la drogodependencia, sería de ingenuos no hacernos eco de una realidad evidente: la del gran predominio de los drogodependientes entre las personas que ingresan a diario en nuestros Centros penitenciarios. Una mayoría cuyo historial delictivo guarda una estrecha relación, precisamente, con su adición a las drogas. Y es que, por lo general, sus delitos son contra el patrimonio y contra la salud pública, y están motivados por la consecución de la correspondiente dosis diaria.

En este sentido, hay que distinguir entre internos españoles y extranjeros, pues los primeros están en su mayoría por este motivo, mientras que los extranjeros (sobre todo latinoamericanos y africanos), también en su mayoría se encuentran en prisión a causa de la droga, pero no en lo relacionado a su consumo sino únicamente a su tráfico.

menores dirigidos a la prevención escolar, la prevención familiar y la prevención de los servicios sociales, y diferentes seminarios internacionales y encuentros profesionales sobre la prevención en general y la prevención familiar.

⁵¹ Entre las vías que se están siguiendo para hacer frente al problema del alcoholismo juvenil, hay que destacar que en el año 1999 tuvo lugar en el Ministerio de Sanidad y Consumo un encuentro entre los representantes nacionales del PEAA (Plan Europeo de Actuación sobre el Alcohol) para consensuar un segundo Plan Europeo en la Lucha contra el Alcoholismo. El primer plan coincidió con la celebración de una Carta Social Europea sobre el alcohol, en el mes de diciembre de 1995, en el que los Estados miembros de la Región Europea de la Organización Mundial de la Salud, entre los que se encuentra España, se fijaron el denominado "objetivo 17 de salud para todos" por el que se proponía lograr una reducción del 25% en el consumo del alcohol antes del año 2000, objetivo que, según los datos ofrecidos por el PEAA, se alcanzó. Pero, para una lucha integral contra este problema, ciertamente, se necesita de la colaboración de todas las administraciones competentes (Bienestar Social, Empleo, Tráfico, Agricultura, Comercio, Justicia y Hacienda), porque no cabe duda en que las medidas preventivas siempre son la solución más eficaz para solucionar los problemas.

⁵² MAGRO SERVET, V., "La prevención en la delincuencia juvenil", *op. cit.*, p. 5.

Un estudio sobre Asistencia a usuarios de drogas en las prisiones de la Unión Europea – subvencionado por el Observatorio Europeo de las Toxicomanías –, estima que entre 180.000 y 600.000 usuarios de drogas pasan por los sistemas penitenciarios europeos anualmente. En España, concretamente, y a tenor de lo señalado por el Plan Nacional de Drogas, más del 50% de la población penitenciaria tiene problemas de toxicomanías cuando llega a la cárcel⁵³ – por no hablar de los que inician su consumo en la misma –. Y según datos ofrecidos por Instituciones Penitenciarias⁵⁴ a 31-12-2001, de los 30.118 internos-penados existentes en nuestras prisiones, 9.990 estaban en ellas por delitos contra la salud pública y 15.521 por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Hagamos los cálculos oportunos, y – recordemos – partiendo de que los delitos contra la propiedad, seguidos de los delitos contra la salud pública, son un indicador claro para calcular la prevalencia del consumo de drogas⁵⁵, no podremos sino concluir con que la Administración penitenciaria debe asumir como objetivo prioritario la reducción al mínimo posible de los daños y riesgos asociados al consumo de drogas, tales como la recaída en el consumo, la reincidencia en el delito y la infección por el VIH. Pero, ¿efectivamente lo hace? ¿A través de qué medios? ¿Son estos medios tan eficaces como cabría esperar?

Pues la verdad es que no. La práctica habitual es la de abordar las toxicomanías desde el área de Tratamiento Penitenciario (art. 116 Reglamento Penitenciario), cuando debería corresponderle al área Sanitaria⁵⁶. En este sentido, y partiendo de que la gran baza para la resocialización de los drogodependientes es, sin duda, su deshabituación, por ser su dependencia – como vimos – el motivo de sus actos delictivos, es necesario que cada Centro penitenciario esté en condiciones de ofrecer el programa de intervención más idóneo para cada interno; esto es, un programa atento a necesidades concretas.

⁵³ Vid. El País Digital, nº 1460, Martes 2 de mayo de 2000.

⁵⁴ Vid. www.mir.es/instpeni//sistema.htm.

⁵⁵ Informe del Plan Nacional sobre Drogas 1999. Observatorio Europeo sobre las Toxicomanías, 2000. De hecho la Estrategia ante la droga para los años 2000-2004, adoptada por la Unión Europea en el encuentro en Helsinki en diciembre de 1999, recomienda reducir el crimen asociado a drogas, sobre todo la delincuencia urbana y juvenil.

⁵⁶ La cual, ciertamente, no puede permanecer ajena a que el consumo de drogas, junto a la tuberculosis, las enfermedades de transmisión parental y las enfermedades psiquiátricas, es uno de los problemas de salud más importantes en la mayoría de los sistemas penitenciarios.

Sin embargo, si bien es esta la teoría, la práctica nos revela que en la mayoría de los Centros no existen tales programas individualizados de carácter integrador de deshabituación limitándose a dispensar “metadona” dentro de los programas del mismo nombre. Una práctica absolutamente criticable, dado que el programa de desintoxicación de drogas no puede limitarse a suministrar “metadona” sino que necesita, en mayor medida que de medicamentos, de una importante labor terapéutica de grupo en aras a la adquisición, por parte del interno, de actitudes y mecanismos en que apoyarse para mantener la abstinencia del consumo; esto es, que le ayuden a soportar el inevitable y consabido “síndrome de abstinencia”. Mecanismos como un uso personalmente satisfactorio del tiempo libre, el fomento de relaciones personales y de amistad y actitudes importantes de incremento del autocontrol, la motivación, la confianza en sí mismo, la autoestima y la solidaridad a través del grupo.

O lo que es lo mismo, una política que abarque actitudes preventivas sanitarias, psicoterapéuticas, educativas y sociales. Porque no debemos olvidar que el problema de las drogas es un problema sanitario con aspectos sociales, lo que quiere decir que la prevención y el tratamiento juegan un papel principal en esta problemática. Pero, ¿aporta la cárcel el marco apropiado para el desarrollo de esta política integradora? No, y mil veces no.

Según las estadísticas también ofertadas por Instituciones Penitenciarias, a 31 de diciembre de 2001, de 33.455 hombres internos en las cárceles españolas, penados y preventivos, 20.840 eran reincidentes y de 2.981 mujeres las reincidentes eran 1.676. Nos situamos, por tanto, ante una reincidencia del 62,5 % en ellos y del 56,2% en ellas. Frente a una reincidencia que, sin tapujos, nos desvela la inoperancia de la cárcel como elemento resocializador. Y si esto es dable de denunciar respecto de los internos, en términos generales, que no podrá decirse respecto de los internos drogodependientes en particular.

Esto es, si la afirmación, cada vez más extendida, es la de que la mejor manera de resocializar a alguien es evitando, en la medida de lo posible, su contacto con la cárcel, para así evitar una mayor desocialización⁵⁷, tal afirmación adquiere carta de naturaleza cuando hablamos de drogodependientes, y ello por su propia idiosincrasia.

Y es que la cárcel para nada se conforma como un medio eficaz para lograr su deshabituación, sino más bien todo lo contrario. Pese a las

⁵⁷ SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000.

consabidas prohibiciones⁵⁸, en las prisiones españolas la droga se mueve libremente⁵⁹ y opera como verdadera moneda de cambio. Aún más, constituye el motor de la subcultura carcelaria, el elemento dinamizador de la vida diaria en las prisiones⁶⁰. Además, por sus propias características, la pena privativa de libertad más que disuadir a su consumo actúa como verdadero mecanismo inductor al mismo, dadas las condiciones de aislamiento, segregación, horarios preestablecidos y convivencia obligada. Y si la cárcel no deshabituata, de igual modo, tampoco resocializa. Pues, como ya hemos advertido, el delito va de la mano del consumo, y sólo evitando éste se evitará aquél.

Que, ¿cuáles son las alternativas? Pues, de momento, pocas y no del todo satisfactorias.

a) Cumplimiento de la pena privativa de libertad en dispositivos comunitarios

Tal y como manifiesta el art. 116.3 del Reglamento Penitenciario español:

“Para la realización de programas permanentes relativos a drogodependencias, el Centro Directivo podrá disponer de departamentos específicos ubicados en diferentes áreas geográficas para evitar el desarraigo social de los internos que sigan un programa en ellos”.

Estos programas, sin embargo, necesitan de unos mecanismos de coordinación y de colaboración entre los Servicios de Atención al detenido, los Servicios Sociales Penitenciarios y los Planes Autonómicos sobre Drogas, con el objetivo de mejorar el apoyo y seguimiento de estas medidas⁶¹. Supone éste, en consecuencia, un avance ciertamente impor-

⁵⁸ Entre otros, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y los artículos 51, 102 y 238 del Reglamento Penitenciario.

⁵⁹ De hecho, en la actualidad el mayor problema para el control de la entrada de drogas en las prisiones lo suscitan las palomas mensajeras, que en bolsas atadas a sus patas las introducen en los patios, y hasta en las propias celdas.

⁶⁰ PÉREZ CEPEDA, A., “El régimen penitenciario”, en AA.VV., *Manual de Derecho penitenciario*, Colex-Universidad de Salamanca, pp. 236 y ss.

⁶¹ Y en esta línea es en la que, actualmente, está trabajando el Plan Nacional sobre Drogas, si bien ya nos llegan algunos datos desde los Planes Autonómicos sobre Drogas: Durante el año 2000, fueron 1.861 las personas remitidas a estos centros, para su tratamiento, desde los establecimientos penitenciarios y 716 las remitidas desde los juzgados. Durante ese mismo año 2000, el número de personas en cumplimiento alternativo recibiendo tratamiento en dispositivos comunitarios fue de 2.958. Para ello se utilizaron

tante pero que, sin duda, necesita de un minucioso desarrollo legislativo, de un aún más importante desembolso económico y, sobre todo, del beneplácito y la concienciación ciudadana, que como todos sabemos es el verdadero motor impulsor de cualquier política-criminal que se precie.

b) La Sustitución y suspensión de la condena a prisión y el tratamiento de la drogodependencia fuera de la misma.

Desde la ONG Proyecto Hombre también se observa un incremento de las medidas alternativas y una disminución de las personas drogodependientes en tratamiento que ingresaron en prisión. Así, la suspensión y sustitución de condena se aplicó a 525 personas en el año 2000 frente a las 391 a las que se les había aplicado en 1999. Un incremento importante, habida cuenta de las trabas que, al respecto, pone el Código penal español⁶².

Porque, según su art. 88, para poder hablar de sustitución de la pena de prisión por la de multa o trabajo en beneficio de la amunidad – hoy por hoy, únicas posibilidades sustitutivas de la prisión en el CP español – aquélla no debe superar el año, o excepcionalmente, los dos años. Un estrecho margen cuando se habla de tráfico de drogas, robos, y demás delitos tradicionalmente relacionados con el consumo de estupefacientes, y que, como a todos nos consta, se sancionan con penas que generalmente exceden tales límites. Además, por si esto no fuera bastante, también se exige, para poder llevar a cabo la sustitución, que se trate de reos no habituales, cuando ésta precisamente es la característica más notoria de este colectivo de personas.

En lo que a las posibilidades de suspensión condicional de la pena se refiere, la situación tampoco mejora demasiado. Porque, si bien en el art. 87 del Código penal se recoge un supuesto especial en casos de drogodependencia, el beneficio de la suspensión se reserva para reos preferiblemente no reincidentes – cuando, repetimos, esta es la carta de

219 dispositivos terapéuticos; estos recursos se distribuyeron en 21 pisos de cumplimiento de pena (99 usuarios), 66 comunidades terapéuticas (con un total de 698 personas en tratamiento), y en otros recursos, fundamentalmente tratamientos ambulatorios, han recibido tratamiento 2.161 personas durante ese mismo año. Desde el tercer grado de tratamiento, se aprecia también un importante incremento, pues durante ese mismo año 2000 se derivaron 325 drogodependientes a seguir tratamiento en dispositivos comunitarios frente a los 286 derivados en 1999.

⁶² SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, op. cit., pp. 283 y ss.

presentación de la mayoría de ellos –, con penas inferiores a cinco años de prisión – cuando las penas por los delitos relacionados con el consumo suelen ser superiores –, y mediando certificación de que se encuentran deshabitados – en cuyo caso no tiene sentido la especialidad – o se hallen sometidos a tratamiento que no pueden abandonar – cuando los abandonos ocasionales y las recaídas esporádicas son claramente frecuentes en este tipo de tratamientos –.

- c) El adelantamiento de la libertad condicional para enfermos terminales de SIDA

De los innumerables riesgos asociados al consumo de drogas en las prisiones, sin duda el que más desasosiego comporta es el de infección por el VIH y el posterior desarrollo en algunos casos del SIDA. Las cifras, al respecto, son ciertamente espeluznantes. El gobierno español nos habla de porcentajes de seropositivos entre el 25% y el 35% de la población carcelaria, si bien hay voces de la Administración sanitaria que elevan esta cifra hasta el 50%. Pero no todo acaba aquí, hay alguna ONG que afirma que podría alcanzar el 70%, de los cuales, el 80% han contraído la enfermedad como consecuencia de una toxicomanía.

Sea verdad una u otra afirmación, el problema sin duda es muy grave y exige de actuaciones rápidas y eficaces. Sin embargo, las líneas de intervención, hasta ahora seguidas por la Administración Penitenciaria española, en poco están ayudando a paliarlo.

De una parte, la asistencia sanitaria ofrecida a los enfermos de SIDA en las enfermerías de los Centros Penitenciarios es ciertamente escasa por la gran falta de medios. El material de que allí se dispone no está preparado técnicamente, la gama de tratamientos es muy escasa y se carece de asistencia psicológica para la asunción del diagnóstico. Finalmente, el acceso a la red hospitalaria extrapenitenciaria se reserva, únicamente, para los casos más graves.

De otra parte, y en relación con las políticas preventivas, resulta contradictorio (paradójico) que, si el mayor número de contagios se produce como consecuencia de las toxicomanías, las Autoridades penitenciarias, aun reconociendo la magnitud de esta enfermedad en las prisiones, todavía sancionen a través de las normas de régimen interior el uso de jeringas, en lugar de distribuirlas gratuitamente.

Si bien algunos centros se han hecho eco del problema y se han adscrito al conocido como Programa PIJ (Programa de Intercambio de

Jeringuillas). Un programa que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias quiere, en el futuro, ampliar a todos los Centros⁶³.

En cualquier caso, el tratamiento y seguimiento del SIDA en las cárceles, está claro, no es una tarea a asumir única y exclusivamente por la Administración penitenciaria, sino que requiere de una decidida intervención de las autoridades sanitarias, con el desarrollo de políticas de salud pública coordinadas, actuales y, para variar, eficaces. Por ello, sería necesario que la asistencia sanitaria se enmarcase en la Red Hospitalaria Pública, y se actualizase continuamente las intervenciones farmacológicas con tratamientos combinados, medidas preventivas y tratamientos individualizados específicos.

Porque al ser el SIDA una enfermedad evolutiva e irreversible, el entorno agresivo del medio carcelario incide en su aceleración debido a la falta de medidas preventivas para evitar la reinfección del virus, al contagio frecuente de la tuberculosis y la hepatitis, a la “convivencia obligada” en un reducido espacio, normalmente con humedades, a la falta de dietas adecuadas, etc. Esta realidad provoca una serie de muertes indiscriminadas y de una forma inhumana, lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que la pena de prisión se convierte en una pena de muerte encubierta, en la medida en que, desde la perspectiva de responsabilidad legal, se está generando una continua vulneración de los deberes de la Administración penitenciaria, como es el “de velar por la salud y la vida de las personas privadas de libertad” (art. 3.4 LOGP).

Como medidas humanitarias para intentar paliar esta situación, se han adoptado una serie de disposiciones legales. Así, se ha previsto en el art. 92 Código penal (art. 196.2 RP) la posibilidad de adelantar la libertad condicional a los enfermos muy graves que sufran padecimientos incurables. Una medida, sin duda, respaldada constitucionalmente tanto por el art. 10.1, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, como por el art. 15 que prohíbe las penas inhumanas. En el mismo sentido, el art. 104 RP esta-

⁶³ Un programa, en todo caso, no ajeno a la problemática, pues entre las dudas que suscita cabría destacar: ¿El PIJ debería llevar consigo la derogación de las jeringuillas del catálogo de objetos prohibidos? ¿El no hacerlo no conllevaría situaciones inexplicables de discriminación entre las jeringuillas habidas por los internos, y logradas por sus propios medios, y las aportadas y controladas por los centros sanitarios?. En la misma línea, ¿no habría entonces también que dejar de calificar como objeto prohibido a las drogas en sí? ¿Y al alcohol?. En definitiva, ¿no debería darse una nueva dimensión al catálogo de faltas de régimen interno del art. 109.1? Y los funcionarios, ¿no están ciertamente atemorizados con esta propuesta?

blece la facultad de clasificación en tercer grado “por razones humanitarias, atendiendo a la dificultad de delinquir y a su escasa peligrosidad”.

El inconveniente es que al ser, en ambos casos, una medida facultativa, existe una gran disparidad de criterios médicos, administrativos y jurídicos, cuando debería ser un imperativo legal la excarcelación de las personas seropositivas, siempre que la situación familiar y social lo permita. Además, el adelantamiento de la libertad condicional, en específico, se encuentra vinculado a que los sentenciados reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. Luego para disfrutar de tal beneficio el sentenciado debe encontrarse clasificado en tercer grado penitenciario y sobre él debe concurrir una buena prognosis de resocialización futura (art. 90 CP). La realidad, sin embargo, nos demuestra que estos enfermos a causa, precisamente, de su enfermedad se muestran más agresivos, lo que no favorece su clasificación en tercer grado y, en consecuencia, hace inviable el adelantamiento de la libertad condicional⁶⁴.

La situación, por todo lo visto, no es nada fácil. Frente a una recomendable política de comprensión y ayuda hacia los delincuentes drogodependientes, se erige una aptitud político-criminal claramente represora, y que sigue queriendo ver en la cárcel – con sus caracteres de aislamiento y segregación – el remedio a todos los males. Sin embargo, no olvidemos, que el problema penitenciario, y como efecto reflejo el de los liberados, es un problema de todos. La sociedad, de una vez por todas, debe asumir que también son nuestras las partes feas, las partes pecaminosas, y debemos saber qué hacer con nuestra propia patología. Y el problema de la trilogía drogadicción-delito-cárcel es una de esas partes feas.

Si está de sobra comprobado que la cárcel no soluciona nada, sino que más bien lo empeora todo – aseveración aún más cierta cuando de drogodependientes se refiere –, es hora de mostrar una aptitud más abierta y progresista. Es hora de buscarle alternativas, evitando en todo lo posible sus más que consabidos efectos perniciosos. En tal sentido, pujemos por más programas extrapenitenciarios de deshabitación, esto es, por no negarle la dimensión social que, sin duda, este problema tiene; por unos márgenes más amplios que eviten a más toxicómanos todo

⁶⁴ Con la reforma operada y LO 15/2003, sin embargo, se abre la posibilidad de otorgar directamente la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario un informe sobre sus circunstancias personales, su dificultad para delinquir y su escasa peligrosidad. Una posibilidad, reservada para los casos de peligro para la vida del interno a causa de su enfermedad (art. 92.º 3 CP).

contacto con la cárcel, a través de la sustitución y suspensión condicional de la condena; por una menor rigidez en los requisitos para adelantar la libertad condicional, o incluso la excarcelación sin más, a quienes sufren una enfermedad tan terrible como el SIDA, etc. Y si no nos convencen los argumentos humanitarios, que nos convenzan, al menos, los prevencionistas. Esto es, hagamos gala de nuestro lado más egoísta: si estas personas no se deshabituán, y en consecuencia no se resocializan, recaerán en el delito, y esta vez puede que nos toque a alguno de nosotros ser los sujetos pasivos...

C) Sistema de penas. Las alternativas a la prisión

Finalmente, y para cerrar este tema, no cabe sino aseverar que si hay una parte especialmente sensible a los cambios político-criminales, esa sin duda es la correspondiente al sistema de penas. Nuestro Código penal en este sentido ha dado unos pasos ciertamente importantes: ha establecido el sistema de días-multa; ha transformado las penas cortas de prisión en trabajos en beneficio de la comunidad, penas de localización permanente y multa; y prevé diversas posibilidades de suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas no privativas de libertad⁶⁵. Pero, y sin embargo, la pena de prisión sigue alzándose como la pena “reina” del sistema punitivo. Y ello en un momento en que, curiosamente, se haya más criticada que nunca, dada su manifiesta crisis como medio resocializador.

Esto es, hoy en día se cierne en torno a la prisión una situación poco menos que paradójica. Una enorme contradicción traducida en que, mientras de un lado reconocemos la grave crisis que envuelve a la pena de prisión, y la carencia de lógica que tiene el pretender llevar a cabo dentro de sus estructuras la “ideología del tratamiento”⁶⁶; del otro, debe-

⁶⁵ Díez RIPOLLÉS, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁶ La prisión ya no aparece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persiguen y al mismo tiempo la han justificado. Se conforma como la más grave y significativa de las penas a nivel mundial y, por ello, es objeto de grandes preocupaciones, tanto por su incidencia sobre uno de los bienes jurídicos más preciados – la libertad –, como por su estrepitosa ineficacia en aras a alcanzar el objetivo resocializador que, en todo caso, está llamada a perseguir. Las penas largas son puestas en entredicho porque tienen efectos demasiado perniciosos, y conducen a la destrucción de la personalidad del reo, y las demasiado cortas, porque dada su limitación temporal convierten en imposible el tratamiento, pero si hacen posible, en cambio, el contagio criminal. *Vid.*, en COBO DEL ROSAL VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 755.

mos afirmar que ésta pena, hoy por hoy, es tristemente necesaria en lo que a ciertos delitos y a ciertos delincuentes se refiere – quizás porque, como afirma FOUCAULT, aún sigue siendo aceptada socialmente como la única manifestación del control estatal –⁶⁷.

La solución, parece no caber duda, está en adoptar lo que se ha dado en llamar “estrategias diferenciales”⁶⁸; que, de una parte, pretenden transformar en lo posible la pena privativa de libertad en una pena no-carcelaria y, de otra, reducir su ámbito de aplicación, ofreciendo todo un elenco de penas o medidas alternativas. O lo que es lo mismo, se predica la sustitución de la prisión por otras medidas en casos de penas breves privativas de libertad, mientras se conserva – no hay otro remedio por el momento – para la delincuencia grave, sancionada con penas de larga duración. Si bien acercando su ejecución a la sociedad, a la vida en libertad, para, de este modo, evitar en la medida de lo posible los efectos desocializadores que “por naturaleza” le son inherentes.

Y es que la conciencia de que el instrumento penal resulta absolutamente inadecuado para resolver gran parte de los conflictos que son de su competencia es fulminante. Una conciencia disfuncional del Derecho penal que extendida a nivel internacional provoca el que las nuevas corrientes político-criminales eleven la voz exigiendo una cada vez mayor limitación de la intervención estatal, y sobre todo en lo que a la afeción a la libertad individual se refiere.

Porque más Derecho penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles, no significa menos criminalidad. La pena, más que convencer, disuadir o aterrorizar, lo que hace es reflejar la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones⁶⁹. Debe abogarse, en consecuencia, por una adecuada política social y la utilización prioritaria de sanciones no penales, y sólo, cuando ninguno de tales medios sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena⁷⁰.

Y es que despenalizar también significa desnaturalizar la sanción penal a través de propuestas alternativas. También se traduce en llevar a cabo un proceso de reducción de la pena de prisión; de su sustitución por otras que no sean privativas de libertad. Porque despenalizar legalmente la

⁶⁷ FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1983, p. 137.

⁶⁸ MANTOVANI, F., *Diritto penale*, 3ª edic., Cedam, Padova, 1992, pp. 679 y ss.

⁶⁹ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «ius puniendi»”, en AA.VV. *Estudios penales y Jurídicos, Homenaje al Prof. Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 252.

⁷⁰ MIR PUIG, S., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 89.

pena de cárcel no es sino vaciar las prisiones y disminuir la superpoblación carcelaria⁷¹. La sanción penal, y especialmente la que implica una privación de libertad, debe aparecer, por tanto, como *extrema ratio*, “como la última trinchera contra los comportamientos antisociales” – sentencia PAGLIARO –⁷². La pena de prisión debe reservarse, única y exclusivamente, para afrontar aquellos delitos frente a los que no cabe reaccionar de forma eficaz a través de la imposición de otras penas menos gravosas.

La privación de libertad, en definitiva, debe ser la última sanción a imponer al autor de un hecho delictivo, y las tendencias actuales al respecto, tanto de la doctrina como de la legislación comparada, es la de elaborar un catálogo de “remedios” con el fin de evitar tanto la cárcel como las consecuencias negativas que ésta siempre lleva consigo. Se persigue la paulatina minimización del uso de la pena privativa de libertad para dar entrada a un elenco de nuevas penas: las alternativas a la prisión, bien actúen como penas principales o bien como meros sustitutivos de la cárcel.

En pocas palabras, *la huida de la pena detentiva* – una especie de punto intermedio entra *la huida al Derecho penal*, propia de épocas represoras, y *la huida del Derecho penal*, proclamada por las tendencias abolicionistas más radicales – se ha convertido en el *leit-motiv* de todo propuesta de reforma del sistema penal que se precie. Porque, si bien las alternativas no constituyen – aunque así fuera de desear – ni la panacea de la reforma, ni un remedio mágico contra todos los males del sistema penal, es evidente que, aún conscientes de todas sus limitaciones y peligros, nos vemos constreñidos a asegurar que la reducción de la prisión pasa, hoy por hoy, por la instauración generalizada de estas figuras⁷³. Pero, ¿se corresponde esto con la práctica?

En lo que al Ordenamiento jurídico-penal español se refiere, lo cierto es que no se ha avanzado demasiado en este sentido, si bien, muy poco a poco, se van asentando las bases.

Cierto es que en la redacción del nuevo código penal se han dado algunos pasos en este sentido, sin embargo, estamos de acuerdo con LARRAURI en que, de lo que se trata no es de valorar si este es mejor o

⁷¹ MAIA-NETO, C.F., “Las alternativas a la abolición de la pena privativa de libertad”, *RGCP*, año III, nº 5, agosto de 1994, p. 39.

⁷² PAGLIARO, A., “Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale”, en *La Giustizia Penale*, 1993, II, p. 170.

⁷³ ASÚA BATARRITA, A., “Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal”, *CPC*, nº 39, 1989, p. 608.

peor que sus predecesores – puesto que es de presumir sea el primer caso –, sino de sopesar si tales innovaciones han sido hechas conjurando los riesgos que su puesta en práctica siempre conlleva⁷⁴. En este sentido, nuestro código penal sigue adoleciendo de ciertas constantes que estamos compelidos a superar si nuestro ánimo es, como así lo suponemos, avanzar progresivamente en el camino hacia la reducción de la cárcel.

Porque no debemos olvidar que la crisis de la prisión está, precisamente, en su incapacidad para superar el carácter preventivo-general que le sirve de pilar, como una prueba más de la necesidad de su revisión y de la búsqueda de sistemas alternativos a la misma. En dicho camino un paso urgente: llegar a su “crecimiento cero”, buscando el que se convierta, realmente, en la *ultima ratio* de los ordenamientos jurídicos⁷⁵. O lo que es lo mismo, comenzar por hacer frente a todo peligro real de “regresión” a las grandes instituciones carcelarias y a la pena privativa de libertad, intimidadora y neutralizante por el mayor tiempo posible, que es, sin embargo, y como ya hemos adelantado, lo que cada vez en mayor medida está pidiendo la opinión pública. La resocialización tiene que seguir siendo, en definitiva, la inexcusable referencia, la meta a alcanzar mientras exista la cárcel. Las objeciones vertidas sobre ella no son suficientes para arrinconarla de forma definitiva, y, por muchas que sean las dificultades prácticas, estimamos que son superables a medio plazo a través de una vía reformista con las inversiones adecuadas. Ciertamente es una empresa difícil pero no por ello hay que dejar de intentarlo.

Una tarea en la que todos estamos implicados, pues a todos nos afecta. El usar cada vez menos la prisión es un sueño en el que todos debemos trabajar: legisladores, jueces, Administración y ciudadanos en general. Cada uno desde su posición porque, aún diferentes, todas son esenciales⁷⁶.

Como contribución por parte del legislador cabría comenzarse por ordenar nuevamente, y de forma significativa, el sistema de sanciones, partiendo de una política despenalizadora previa – de modo que lo que llegue a la maquinaria punitiva sea solamente aquello que responda al carácter de Derecho penal como *ultima ratio* –, y terminando con la

⁷⁴ LARRAURI PUJOAN, E., “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal”, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El código penal: diez años después. Valoración general”, en AA.VV., *Nuevas cuestiones penales*, Colex, Madrid, 1998, p. 29.

⁷⁶ SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

previsión de toda una gama de sanciones no privativas de libertad que, tanto desde una deseable posición de penas principales como desde una postura sustitutiva, le den el aire moderno que las nuevas corrientes político-criminales no cesan de solicitar. Unas “nuevas” penas con márgenes de aplicación suficientes, cuyo quebrantamiento no se traduzca en un inexorable retorno a la cárcel, y previstas de una ley ejecutiva convenientemente desarrollada.

En lo que al juez respecta, es dable exigirle un cambio radical en su hacer. Una orientación clara hacia las consecuencias del delito que lo abstraiga de lo que hasta ahora ha significado una posición distante, fría, casi ajena frente a la pena. El juzgador debe comprometerse con su decisión. Se acabaron los automatismos que hasta ahora no han hecho sino confundir a la alternatividad con la indulgencia. El juez, sin abandonar las garantías propias a un sistema jurídico-penal marcadamente legalista, debe interpretar la ley de modo que la conecte con el ámbito social en el que debe ser aplicada, y así hacer coincidir, de una vez por todas, el concepto de “aplicar la ley” con el de “hacer justicia”⁷⁷. Porque, en definitiva, está juzgando a una persona concreta en sus concretas circunstancias, y de ahí, solo de ahí, deben partir sus consideraciones. Consideraciones que, evidentemente, necesitan de una formación criminológica suficiente que les permita afrontar decisiones de este tipo sin necesidad de acudir en todo caso a un informe pericial. Porque, de acuerdo con CARRANZA, “pocas personas pueden estar más mediatizadas por los hechos, y limitadas para alcanzar la verdad, que el juez forzado a un proceso escriturista y sin acceder a los hechos más que a través de la información policial”⁷⁸.

La labor de la Administración al respecto de la alternatividad es, de su lado, ciertamente neurálgica. La mejor aplicación del Derecho penal, la modificación legislativa y la promulgación de nuevas leyes son sólo algunos de los instrumentos que, si bien imprescindibles, deben ir inexcusablemente acompañados de la suficiente dotación de infraestructura material y humana, así como de la adecuación de los órganos encargados de aplicar las reformas. La mayor parte de las alternativas a la prisión, para dejar de ser bellas propuestas teóricas y pasar a materializarse, necesitan de un control y, sobre todo, de una asistencia en su cumpli-

⁷⁷ GARCÍA ARÁN, M., “Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad”, *RFUCM*, 1986, monográfico 10-11, p. 317.

⁷⁸ CARRANZA, E., “Política criminal y humanismo en la reforma de justicia penal”, *RACPCR*, año 4, nº 6, diciembre de 1992, San José, p. 23.

miento, y éstos deben ser provistos por la Administración. Una Administración que así daría cumplimiento a sus obligaciones constitucionales, y que evitaría el que, finalmente, y de nuevo, se beneficiaren de las alternativas únicamente aquellas personas que cuentan con apoyos y medios suficientes en su entorno.

Finalmente, y si bien todos los poderes del Estado, tal y como hemos visto, tienen un papel primordial, no hay ninguna duda en que a todo esto le tiene que preceder la opinión favorable de la sociedad, si realmente se quieren resultados y que estos sean duraderos. Si queremos que las penas alternativas se apliquen habrá que comenzar, inexorablemente, por convencer a la colectividad, tanto de los efectos dañinos de la prisión, como de su irracionalidad, como de la necesidad de focalizarle alternativas. Hay que conseguir que la sociedad se conciencie sobre su responsabilidad en el tema penitenciario y el de los liberados, y deje de pensar, de una vez por todas, que tanto la cárcel como el cementerio son cuestiones que sólo le incumben a los “otros”⁷⁹. Porque, en definitiva, cuanto mayor sea el convencimiento de la necesidad de buscarle alternativas a la prisión, y ello quede reflejado legislativamente, mayor será el impulso que reciba la política social. Y una buena política social, no lo olvidemos y repitámoslo hasta la saciedad es la mejor política-criminal.

⁷⁹ Quizás convendría empezar por hacerle ver que no solamente el criminal empedernido, el peligroso antisocial, el depravado o el perverso van a prisión, sino que también el ocasional, el imprudente y el inocente pueden llegar a ella. *Vid.*, en RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, edit. Porrúa, México, 1998, p. 10.