



# SISTEMA DE SANCIONES EN ESPAÑA Y CHILE

ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

**NIEVES SANZ MULA**



## PRESENTACIÓN

La historia del hombre nos ha demostrado que la vida en sociedad trajo aparejado el delito, toda comunidad, sin perjuicio de su desarrollo cultural, económico o social, ha sufrido el fenómeno delincencial. No podemos concebir sociedades sin delitos, sean éstos, de mayor o menor complejidad, afecten bienes jurídicos de mayor o menor trascendencia.

La decisión de castigar a quienes infringen las normas de convivencia, tiene en su esencia el deber de optar por un camino de castigo meramente sancionatorio o uno de reinserción, con las consecuencias que ello involucra, desde la determinación de invertir en más y mejores cárceles o por otro lado organizar sistemas que permitan el control extramuros de aquellas cargas que se han impuesto al sancionado.

La Asociación de Abogados de Chile y La Policía de Investigaciones de Chile, aceptaron el desafío del infrascrito, quien con el apoyo del Decanato de la Escuela de Derecho de la Universidad Andres Bello, planteó la idea de efectuar un seminario relativo al "Sistema Carcelario Chileno", pero desde la perspectiva de una española estudiosa del tema, que vive en la hermosa e histórica ciudad Salamanca.

La profesora Nieves Sanz Mulas aceptó la invitación, que desde el país más austral del mundo le enviamos, a nombre de tres instituciones, distintas entre sí, pero con un interés común, tener un Chile mejor y con una Justicia más Humana.

El éxito fue absoluto, durante tres días, abogados y policías escucharon atentos las exposiciones de la Dra. Salmantina, pero los más entusiastas eran indudablemente los estudiantes de derecho, quienes en un número superior al ciento, coparon el auditorio de nuestra Casa de Estudios Superiores.

Esta publicación es fruto de esos días de intercambio académico. Hoy llega a sus manos y esperamos se logre comprender que el castigo que involucran las penas, no debe solamente satisfacer la sed de venganza que provoca el ser víctima de un delito, sino que, además, existen otras problemáticas que creemos estas páginas ayudaran a descubrir.

ISBN N° 171809

Se termino de imprimir esta edición en Junio de 2008

DISEÑO/DIAGRAMACION

uribearte@gmail.com

IMPRESION  
EVE

www.eve-chile.cl

La reforma al sistema de persecución y juzgamiento penal puso a Chile a la altura de los países más desarrollados, en el ámbito jurídico penal, pero lamentablemente, cuando entramos en la etapa de aplicación de la sanción, que trae aparejado el delito, la situación varía radicalmente, nuestro legislador desde 1875 ha tenido en "La Cárcel" la única respuesta a esta problemática social.

La autora nos entrega su particular visión de la realidad carcelaria latinoamericana que le tocó estudiar para su tesis de doctorado, no son recetas mágicas que solucionen años de "Sociedades Carcelarias", pero si encontraremos ideas dignas de ser, a lo menos, leídas y consideradas al momento de rediseñar nuestra obsoleta legislación reglamentaria de la materia.

**Carlos Enrique Castro Vargas Mg.**  
**Profesor Derecho Procesal**

## **SISTEMA DE SANCIONES EN ESPAÑA Y CHILE. ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN\***

**NIEVES SANZ MULAS**  
 Profesora de Derecho Penal  
 Universidad de Salamanca (España)

### **I. INTRODUCCIÓN**

**Importancia del estudio de las consecuencias jurídicas del delito. La inexcusable correspondencia entre función de la pena y función del propio Derecho penal**

La discusión doctrinal y el desempeño de la ciencia penal parece haber girado únicamente, y de forma tradicional, sobre la teoría del delito, en menoscabo del interés por el problema de la pena, a la que se relegaba a un segundo plano —si es que se le tenía de alguna forma en cuenta—<sup>1</sup>. Hoy en día, no obstante, las cosas están cambiando y se asiste a la revalorización de su estudio como elemento nuclear del sistema penal.

El debate científico político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el Derecho penal en su conjunto. La doctrina penal parece haberse dado cuenta de que no es sino de la cuestión del fundamento y los fines de la pena de lo que depende el sentido y la tarea del Derecho penal. De que la función del Derecho penal depende de la que se asigne a la pena y a las medidas de seguridad como medios más característicos de su intervención. Ahora bien, la doctrina diverge a la hora de dar respuesta a la cuestión de cuáles son, concretamente, los fines perseguidos por la sanción penal.

(\*) Es un extracto de la obra 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. Obra revisada, actualizada y con la incorporación del análisis de la legislación mexicana, en SANZ MULAS, N., Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México D.F., 2004.

(1) Con esto, ni mucho menos, pretendemos convertir a la doctrina, que durante tantos años se ha preocupado en el estudio de la teoría del delito, en el objetivo de todas las miradas acusadoras que hacen recaer sobre sus hombros a todos delincuentes con todos sus delitos. Nada más lejos de la verdad. No permanecemos ajenos a todos los logros alcanzados. La teoría del delito actúa de puente entre la ley y la práctica de la aplicación igualitaria, pero paulatinamente renovada, del Derecho penal, sirviendo en alto grado a la seguridad jurídica y a la Justicia.

## II. LA PENA Y SUS TEORÍAS

### 1. Definición de sanción penal

Con la sanción penal se trata de dar respuesta a la máxima *nulla poena sine crimina*. O lo que es lo mismo, de aplicar una pena —o medida de seguridad— ante la realización de un hecho delictivo, y del cual se configura como efecto o consecuencia jurídica. Estamos hablando, en definitiva, de la privación de bienes jurídicos prevista en la Ley e impuesta por los órganos judiciales competentes al responsable de un delito. Privación de los tres derechos que constituyen y justifican la existencia del Estado moderno: la vida —negada con la pena de muerte—, la libertad —con la pena privativa de libertad—, y la propiedad —con las multas o penas patrimoniales—.

En este sentido, y como ejemplo, la norma que prohíbe el homicidio (art. 391 CP chileno) tiene como supuesto de hecho una situación en que sea físicamente posible al destinatario (o destinatarios) —que seríamos todos nosotros— matar a una persona, entendida la situación en circunstancias normales. Es decir, que no concurren circunstancias especiales como el que esa persona sea un suicida y solicite la muerte —pues aquí concurriría otra norma, la prohibitiva del llamado homicidio-suicidio, en la que se sumergirían los supuestos de eutanasia—, que nos encontremos amenazados y podamos defendernos legítimamente, el que sea un condenado a muerte, etc.,. La consecuencia jurídica, de su parte, sería la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (art. 391.2° CP chileno).

### 2. Teorías de la pena

#### a) Introducción

La aparición de la pena coincide con la aparición del propio Derecho penal. Su existencia, y sobre eso no hay dudas ni desavenencias doctrinales, se debe a la necesidad abstracta y absoluta que de sanciones penales en todas las épocas y en todas las culturas ha existido. El consenso no se da, sin embargo, a la hora de dar respuesta a la cuestión de cuáles son, concretamente, los fines perseguidos por la sanción penal.

La privación o limitación de derechos fundamentales que la pena siempre comporta no puede ser una aflicción gratuita. Es evidente que el Derecho penal interviene y molesta, pero ¿tales incomodidades merecen realmente la pena? Nos enfrentamos a la misma cuestión que ROXIN, en su artículo "Sentido y límites de la pena estatal", formuló hace ya más de 25 años, y que la doctrina y jurisprudencia han intentado, y siguen intentando, dar respuesta. ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? En pocas palabras, ¿para qué castigar? Nos situamos frente al siempre adusto campo de las teorías de la pena.

En tal sentido, ha sido la doctrina filosófico-jurídica la encargada, a través de sus diversas Escuelas, de elaborar las distintas teorías con pretensiones de fundamentar y buscarle un fin a la pena —y con ello, no lo olvidemos, al propio Derecho penal que la prevé como consecuencia—. Intentos de legitimación que, normalmente, se han desarrollado siguiendo alguna de estas dos grandes corrientes: la abolicionista y la justificacionista.

#### b) La vía abolicionista

Sus defensores —que siguen siendo una minoría— rechazan toda posibilidad de legitimación, lo que sin duda llevaría a proponer la abolición del propio Derecho penal. Es la corriente teórica que, dada principalmente en la Europa occidental, efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su rechazo. Y, entre otras cuestiones, consideran ilegítimo al Derecho penal por estimar que roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él, condenando a seres concretos a enormes sufrimientos por razones impersonales y ficticias. Su pretensión es, en definitiva, la de devolver el conflicto a su "legítima propietaria": la víctima.

Es de destacar, sin duda, el esfuerzo de estos planteamientos teóricos en pos de la humanización del sistema penal con la crítica a sus aspectos negativos; sin embargo, finalmente no constituyen más que soluciones utópicas incompatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas. No es más que un elenco de buenas intenciones coherentes únicamente con modelos de sociedades más simples. Y es que, hoy por hoy, y por mucho que nos gustaría el que no fuera así, la pena y el Derecho penal son dos realidades tristemente necesarias. No nos queda sino que justificar su existencia. Esa es, precisamente, la función llevada a cabo por la otra gran corriente doctrinal: la justificacionista.

#### c) La vía justificacionista

Los que siguen esta dirección —que al día de hoy son la mayoría— tratan de revestir el mal de la pena de la calidad de bien, o de mostrarlo como un mal útil, un mal menor. Justifican por tanto su existencia, y de ahí viene su denominación. El problema es que, al respecto, a lo largo de la historia la doctrina penal sólo ha satisfecho la justificación del Derecho penal de forma parcial, y con explicaciones de lo más dispar, por lo que no cabe hablar de una única doctrina justificacionista sino de varias. En tal sentido, son tres los grupos de teorías a que haremos referencia: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías unitarias.

## 1. Las teorías absolutas. El retribucionismo

Estas teorías rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia pena. Para ellas la pena se agota en sí misma, en cuanto mal impuesto a un sujeto por la comisión de un delito. La pena es retribución —castigo— del mal cometido con el delito. O lo que es lo mismo, a su tenor es una exigencia de Justicia que el delito, como mal que es, se castigue con otro mal; esto es, con el mal que siempre implica la imposición de una pena. La finalidad esencial de la pena se agota, por tanto, en el castigo del hecho cometido. Estamos, en definitiva, ante un fiel reflejo de la Ley del Talión y su "ojo por ojo y diente por diente"<sup>2</sup>.

Estas composiciones doctrinales, si bien muestran una clara lógica en el momento en que surgieron, son, sin embargo, inconcebibles en un modelo de Estado social y democrático de Derecho. Para comenzar sólo aportan una explicación al porqué se castiga, es decir, al fundamento de la pena —el castigo del culpable proporcionado al delito cometido—, pero no aclaran el contenido de sus fines: para ellas la pena no persigue fin alguno. Además, y en todo caso, si la retribución parte de una base ética y nuestro actual modelo de Estado social y democrático de Derecho arranca de situar en el pueblo el origen de todo poder, ¿puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que la de hacer posible la convivencia a través de la lucha contra el delito? En Estados democráticos como el español y chileno las sentencias se pronuncian en nombre del pueblo y no en el de Dios —y de ser así, ¿qué sabemos nosotros lo que es justo para Dios?—, luego el Derecho sólo puede justificarse como medio de asegurar la convivencia. Esto es, como medio sujeto a fines ajenos al mal que la pena siempre comporta.

## 2. Las teorías relativas o utilitaristas

Con ellas se busca, precisamente, el alcanzar fines externos a la propia pena: el evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. En ellas la pena se orienta al futuro con la prevención de futuros delitos y no al pasado, como la retribución, que se limita a castigar por el hecho cometido sin buscarle ninguna finalidad posterior a la pena. Pretenden prevenir determinadas conductas para así mantener la convivencia social como algo históricamente determinado y, por ello, relativo; de ahí su denominación como teorías relativas. Porque mientras la Justicia es absoluta las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

(2) Para sus defensores, desde un prisma jurídico, el pretender buscar otro fin ajeno a la mera retribución del delito cometido conllevaría el instrumentalizar al hombre en la búsqueda de fines que le son ajenos —Ej. intimidar a los demás—, con lo que se le estaría equiparando a una cosa, lo cual es contrario a su dignidad humana. La Justicia, a su juicio, no puede hacerse depender de conveniencias utilitarias —instrumentales— de cada momento, sino que se impone con carácter absoluto; de ahí su nombre de "teorías absolutas".

Su denominación también como teorías utilitarias se debe a su consideración de la pena como necesaria para mantener ciertos bienes sociales. La pena no es un castigo del mal sino un instrumento dirigido a prevenir futuros delitos; es algo "útil". Las teorías relativas, en cualquier caso, se subdividen en dos tipos según el sujeto/s a quien van dirigidas: prevención general y prevención especial.

### 2.1. La prevención general

Desde esta perspectiva, la pena se valora como dirigida a los miembros de la sociedad que pretende regular para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir. Se concibe a la pena, en definitiva, como medio para evitar que surjan nuevos delincuentes de la sociedad.

En su primera versión, tal intimidación se pretendía conseguir a través de la ejemplaridad en la ejecución de la pena, lo que llevó a cometer excesos en ella —léase ejecuciones públicas y especialmente dolorosas, penas corporales como los azotes, el apaleamiento, etc.—. En la actualidad, sin embargo, tal intimidación se busca en los momentos anteriores en la vida de la pena, especialmente en la fase conminatoria o legislativa.

La prevención general, desde el momento en que es así concebida, constituye una constante en el pensamiento penal llegando hasta nuestros días, en los que su estudio lejos de perder importancia se está revalorizando de forma visible. Es más, en las dos últimas décadas se le ha subclasificado en dos nuevas categorías: prevención general negativa y prevención general positiva. La *prevención general negativa o intimidatoria* es la que se corresponde con la prevención general entendida como intimidación, que es la que hemos analizado. Y la *prevención general positiva o integradora*, de su lado, es aquella prevención que busca estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho, provocar una actitud de respeto por el Derecho.

La prevención general, en definitiva, y sea como fuere, siempre ha existido, y nunca ha sido cuestionada la necesidad de una intimidación en la generalidad. Su problema, sin duda, radica en su falta de límites, pues en la ambiciosa búsqueda por intimidar a la generalidad se puede llegar incluso al terror penal. Unos límites que para algunos autores se encuentran profundizando en el propio contenido de la prevención general, y que para otros es necesario buscar fuera: en la prevención especial.

## 2.2. La prevención especial

Su desarrollo moderno se debe a BINDING quien, a raíz del fracaso de la amenaza abstracta que siempre supone la comisión de un nuevo delito, considera necesario justificar la pena con relación al sujeto que delinquirió. Para ello parte de considerar que la seguridad social, que se pretende lograr con toda medida de prevención, no se alcanza por medio de una amenaza abstracta sino yendo a la fuente productora del delito; esto es, a la voluntad del delincuente.

La prevención especial busca evitar que aquel que ha delinquido vuelva a hacerlo. Es decir, en este caso pretende incidir no sobre los restantes miembros de la comunidad, tal y como hacía la prevención general, sino sobre aquel sobre el que ya hay un hecho cierto: ha cometido un delito. Es por ello una teoría imprescindible como forma de evitar delitos.

La finalidad de posibilitar la vida en comunidad, a través de la protección de bienes jurídicos realizada mediante la actuación sobre los que ya han delinquido, es una finalidad necesaria y absolutamente racional en un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, este mismo modelo le impone unas limitaciones para evitar las penas indeterminadas, ya que esta finalidad —que hace depender la duración de la pena únicamente de la peligrosidad manifestada por el sujeto— llevaría a penas tan incoherentes como la imposición de una larga condena a quien realiza delitos contra la propiedad de escasa gravedad pero lo hace de forma reincidente —Ej., el carterista habitual—, y la imposición, por otro lado, de una pequeña pena a quien, a pesar de realizar un macabro asesinato, no se prevé como posible que repita su actuación —Ej., el homicidio resultado de un ajuste de cuenta entre familias, resultado del odio visceral habido entre ellas durante varias generaciones, y que, posiblemente, no se volvería a repetir sobre otras personas—.

Luego la prevención especial es insuficiente para proteger a la sociedad, ya que aquí no es relevante la gravedad del delito sino la posibilidad de que el delincuente vuelva a delinquir. Tampoco puede por sí sola justificar el recurso a la pena, pues a tenor de sus dictados en algunos casos ésta aparecería como no necesaria —por ejemplo, el que mata a su esposa por celos—, en otros no sería posible y, finalmente, en ocasiones no sería lícita —Ej., delincuente de conciencia—, y sin embargo sería absurda la impunidad del sujeto. Se trata, por tanto, de una finalidad adecuada en modelos de Estado social y democrático de Derecho como los nuestros, pero que ha de limitarse por las exigencias del propio modelo de Estado y por la finalidad última de protección de bienes jurídicos que debe desempeñar el Derecho penal.

En conclusión, ninguna de las finalidades hasta ahora estudiadas justifican por sí sola la imposición de una pena, ya que mientras la retribución implica una admisión de la Ley del talión y no busca ninguna finalidad a la pena —algo inconcebible en un Estado social y democrático de Derecho—, la prevención general puede conllevar al terror penal en su búsqueda desesperada de intimidar a la colectividad, y la prevención especial implicaría, tomada también de forma absoluta, la admisión de la pena indeterminada —algo también inconcebible en nuestro modelo de Estado que alza como elementales los principios de seguridad jurídica y de legalidad—. Este es el motivo por el que la lucha de escuelas que tuvo lugar a principios de siglo en Alemania, en defensa de una u otra teoría unitaria, dejara paso a las teorías mixtas o eclécticas.

## 3. Teorías mixtas o eclécticas

Estas teorías nacen, sobre todo a partir de MERKEL y VON HIPPEL, con la idea de unir los fines preventivos a los retributivos buscando la limitación entre ellos. Es decir, consideran que la retribución, la prevención general y la prevención especial son distintos aspectos del mismo fenómeno complejo pena. Entre ellas cabe distinguir, en todo caso, dos subgrupos: *las aditivas o unificadoras y las eclécticas*.

### 3.1. Teorías aditivas o unificadoras

Para sus defensores la esencia de la pena es la retribución, y sobre esta base la pena pretende conseguir fines preventivos. Son teorías, por ello, muy frágiles, dado el carácter opuesto de las ideas retribucionistas y las preventivas y, además, el hecho de que consideren retributiva la esencia de la pena significa que están poniendo al día las teorías absolutas. En cualquier caso, al limitarse a acumular en una mera adición los puntos de vista particulares de las diversas opciones, sin establecer orden alguno entre ellas, en vez de solucionar los problemas que surgían entre las distintas teorías se limitaban a yuxtaponerlas con lo que los problemas se multiplicaban. Es el conocido como problema de *“las antinomias de la pena”*. O lo que es lo mismo, el reflejo de una evidencia: los fines de la pena persiguen cosas distintas y proceden de mundos distintos, por lo cual descansan en distintos presupuestos. Porque, y dejando aparte la retribución —por inadmisibles—, mientras la prevención general seguramente haría exigencia de una mayor pena, en aras a intimidar a la colectividad para que se abstenga de cometer un determinado delito; la prevención especial, de su parte, exigiría una respuesta punitiva menor, buscando resocializar al individuo que transgredió esa norma, o *viceversa*. ¿Cuál sería entonces la solución?

### 3.2. Teoría unificadora dialéctica de Roxin

Con la idea de aportar una solución a tales eventuales conflictos, ROXIN propuso en 1966 la conocida como "teoría unificadora dialéctica", aceptada entre otros por MIR, MUÑOZ CONDE y LUZÓN PEÑA. Esta teoría propone diferenciar los tres distintos momentos de la pena —amenaza, aplicación y ejecución— asignándole a cada uno de ellos fines parcialmente diferentes. Es decir, buscan diferenciar y cohesionar a un tiempo los fines de prevención general y de prevención especial en cada uno de los estadios de la norma, pero siempre —y aquí radica el criterio diferenciador— buscando el superar el planteamiento yuxtapositivo llevado a cabo por las teorías aditivas o unificadoras. Se pasa, en definitiva, de una concepción unitaria de la pena, independiente de los distintos momentos en que opera, a una perspectiva diferenciadora que distingue la función de la pena en cada uno de ellos: el momento de amenaza de la pena o legislativo, el judicial o aplicativo, y el ejecutivo o de cumplimiento de la pena.

De este modo, en la *fase conminatoria, legislativa o de amenaza de la pena* el fin a perseguir sería preventivo general, ya que aún no tenemos delincuente al que resocializar —la conminación penal es anterior al delito— y, por tanto, no hay posibilidad de incluir fines preventivo-especiales. Unas exigencias preventivo-generales que se verían satisfechas a través de la cantidad de pena que, de forma abstracta, se establece en el correspondiente marco penal como amenaza a la oportuna trasgresión del bien jurídico allí protegido —Ej. la amenaza abstracta de una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio para el autor de un homicidio en el art. 391.2º del CP chileno—.

Cabría, en cualquier caso, también avistar en esta fase una cierta inclinación preventivo-especial, puesto que es aquí donde se prevé el marco juego de dicha orientación —más concretamente en el seno de la determinación de la pena que luego aplicará el Juez en la fase siguiente—. Es decir, el legislador a la hora de hacer las leyes también debe tener en cuenta los efectos perniciosos que esa pena prevista de forma abstracta sin duda va a provocar en el individuo que trasgreda la norma, procurando evitarlos, en la medida de lo posible, a través de figuras orientadas a la resocialización, o, al menos, a la no desocialización. Luego, orientaciones preventivo-generales como finalidad prioritaria a perseguir, si bien con la estimación de "ciertas" consideraciones preventivo-especiales. El orden de las cosas así lo exige.

En la etapa *aplicativa, judicial o de imposición y medición de la pena*, el fin preventivo general se concretaría en el hecho de que la imposición de la pena por el Juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la Ley. Esto es, la prueba de que la amenaza penal iba en serio. Porque el nivel de eficacia preventivo-general de un precepto, que duda cabe, depende directamente de su aplicación. En cualquier caso, el hecho de que un sujeto se

vea implicado en un proceso penal, a causa de la comisión de un hecho delictivo, siempre lleva implícito un efecto intimidante para el resto de los miembros de la sociedad. El fin preventivo especial, de su parte, derivaría de la concreción de la pena dentro de los márgenes señalados por la Ley. Porque la individualización de la sanción penal siempre debe estar guiada por exigencias preventivo especiales; esto es, debe partir de la persona del reo, de sus concretas circunstancias, en búsqueda de su oportuna resocialización. Pero si ambos criterios, como hemos visto, generalmente son opuestos, ¿cuál debería prevalecer?

Al respecto, es constatable la diversidad de criterios doctrinales. Mientras unos creen que el criterio a tener en cuenta de forma prioritaria es el preventivo-general —basándose, para ello, en la supremacía de los intereses sociales sobre los individuales—; otros estimamos que deben prevalecer siempre los preventivo-especiales, pues partimos de considerar que el hecho de que en esta fase la pena produzca efectos preventivo-generales no significa que éstos deban ser buscados de propósito por el Juez, ya que ésta no es una función consustancial a éste sino al legislador. Es más, el legislador al conminar una conducta, asignando una pena a su trasgresión, ya tuvo en cuenta los correspondientes criterios preventivo-generales, pues éstos y no otros son los que le llevaron a catalogar como delictiva tal conducta. Luego, en la fase aplicativa los únicos efectos que deben ser buscados de propósito son los preventivo especiales o resocializadores, por mucho que la imposición de una pena a un sujeto concreto lleve inherentes ciertos efectos preventivo-generales sobre la colectividad.

Finalmente, en la etapa *penitenciaria, de ejecución o de cumplimiento* la única finalidad a perseguir debe ser preventivo-especial. Las penas que implican la privación de libertad deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como vida futura sin delitos, como buen comportamiento externo del delincuente, y por mucho que de forma interna el mismo esté en desacuerdo. De este modo, el paso de un grado a otro en nuestro sistema penitenciario se establece —o así debería hacerse— únicamente en función de exigencias preventivo-especiales. Exigencias que, de igual forma, explican la existencia de instituciones como la libertad condicional.

No debemos, no obstante, olvidar que el cumplimiento de la pena también posee consecuencias preventivo-generales, ya que la sociedad en general, al comprobar que efectivamente se le hace cumplir una pena al que realiza un delito, se ve intimidada a seguirle el ejemplo. La ejecución se convierte, de esta manera, en la confirmación de los fines de los momentos anteriores, dado que si de forma sistemática no se cumplieran las penas previstas por el legislador desaparecería su potencial efecto intimidante. En cualquier caso, y al igual que ocurría en la fase anterior, el hecho de que también converjan fines preventivo-generales no legitima a que éstos sean, en ningún caso, buscados de propósito. El único fin a perseguir en esta fase es, y siempre debe ser, el preventivo especial.

### 3. Conclusiones: una postura justificacionista en necesaria coherencia con el modelo de Estado de que se parta

Si bien el Derecho penal no es el único medio de control social, lo que nadie discute es su necesidad como instrumento de orden y seguridad. Como medio de confirmación de las otras instancias, sin duda más sutiles y eficaces. Al menos por el momento, el Derecho penal sigue apareciendo como una realidad tan necesaria como triste, donde las propuestas abolicionistas que al respecto se han formulado siguen sin encontrar suficiente acomodo. Compartimos con HASSEMER su ya famosa frase de que hoy por hoy "quien pretende abolir el Derecho Penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú". Arrancamos, en definitiva, de la necesidad de su existencia, por lo que consideramos todos los esfuerzos deben dirigirse a una aplicación de las normas penales lo más humana posible. A su control progresivo, ya que prescindir de él conllevaría la nada fácil tarea de encontrar un sistema de control social menos represivo, menos arbitrario y menos selectivo, que el que éste finalmente supone con todos los defectos que le son inherentes.

Nos adscribimos, por tanto, a la corriente mayoritaria en defensa de la pena, como técnica institucional de minimización de la violencia frente a la comisión de un delito, y de garantía del acusado frente a las arbitrariedades, excesos y errores ligados a sistemas informales de control social. Estamos, pues, justificando la existencia del Derecho penal en sus fines preventivos. Pero el aducir que la pena está justificada en sus fines preventivos no es, en todo caso, suficiente. El Derecho penal como los demás sistemas de control social, en tanto que pretende evitar unas conductas y estimular otras, responde siempre a un sistema de valores, con función de defenderlo y reproducirlo. El control social no reposa exclusivamente en una concepción normativa de los elementos de la organización social y la sociedad, sino que sus presunciones y variables tienen que incorporar las dimensiones ecológicas, tecnológicas, económicas e institucionales. "Los modos de control social, y con ellos los sistemas de saber de los que dependen, no pueden sencillamente exportarse como la Coca-Cola de unas realidades a otras" —escribe con razón COHEN—. El punto de partida, por tanto, es el modelo de sociedad al que el Ordenamiento Jurídico pretende responder, y cuyo rasgo externo no es sino otro que su propia Constitución. Hay que partir, pues, de enmarcarlo en el orden constitucional de que se trate, derivándolo de los principios fundamentales del modelo político que en él se recoja.

Porque la primera condición para comprender todo este problema de la pena está no ocultar las premisas políticas de las que depende. El derecho a castigar o ius puniendi siempre dependerá de la concepción política y el marco político que se adopte. Se debe arrancar, en consecuencia, del modelo de Estado que contemple la correspondiente Norma Fundamental. Porque lo político y lo jurídico no pueden separarse. Y porque eso, y sólo eso, hace congruentes, como hemos visto, a cada una de las teorías con el modelo social al que pretende dar respuesta.

### III. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

#### 1. Derecho penal y modelo de Estado constitucional. La deslegitimación del Derecho penal latinoamericano

Si partimos de que la historia del Derecho penal es la historia del propio Estado, entenderemos perfectamente porque los fines perseguidos con la pena a lo largo de los siglos han sufrido tantas variaciones. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos. Cada sociedad se hace "a medida" su propio Ordenamiento penal —única manera, por otro lado, de desarrollar su cometido de control social y aseguramiento de la convivencia—, y para ello debe inevitablemente partir de su Norma Fundamental, por encontrarse en ella los elementos necesarios para su elaboración conceptual. Es lo que se conoce como "Programa penal de la Constitución".

El Derecho penal, por todo ello, y al igual que los demás medios de control social, no es una mercancía exportable de un país a otro. No es una "idea" canjeable entre realidades diversas. El punto de partida ineludible para su configuración es el modelo de sociedad en que pretende desarrollarse, y en este sentido los puntos de referencia deben, lógicamente, cambiar cuando se habla de la Europa continental —que si bien tiene sus diferencias los parámetros generales son muy parecidos— que cuando se habla de los países latinoamericanos —inmersos en unas realidades política, social y económicamente diferentes—. Y, sin embargo, éstos se han limitado a "heredar" la configuración formal, tanto penal como constitucional, de aquélla, con la consiguiente disfuncionalidad entre teoría y práctica.

Los países latinoamericanos contienen Cartas de Derechos muy generosas, cuya amplitud no tiene nada que envidiar a la de los países que normalmente se adoptan como modelos, pero ostentando una realidad aplicativa, en contrapartida, ni mucho menos tan "ideal". A lo largo de la historia, los Textos Constitucionales latinoamericanos solamente han disfrutado de una eficacia meramente simbólica. El constitucionalismo latinoamericano, en general, se caracteriza por lo que ZAFFARONI ha llamado "hipertrofia declarativa", pero con un correlativo raquitismo institucional que se traduce en que, más allá de las buenas intenciones declarativas, se oculte, realmente, una modalidad de autoritarismo, bajo declaraciones amplias que no pueden realizarse por la precariedad de las instituciones llamadas a hacerlo.



La constitución chilena, por ejemplo, es del año 1980 (Decreto Ley nº 3464) —con reformas continuas hasta el día de hoy— y declara al Estado como social, proclamando que está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común con pleno respeto a los derechos y garantías establecidos en la propia Constitución (art. 1º), democrático (art. 4º), soberano (art. 5º) y de derecho (art. 6º)<sup>3</sup>. Un elenco de derechos que me temo en poco se ven materializados en la realidad cotidiana de los ciudadanos chilenos, y mucho menos a través de un código penal que cabría desde ya catalogar de anacrónico, obsoleto y poco garantista. Ciertamente es que nos encontramos ante una sociedad que se ha ido modernizando fuertemente entre 1970 y 1990 hasta alcanzar en 2000 una tasa de urbanización próxima al 86%. Una sociedad alfabetizada en la que poco más del 4% era analfabeta en 2000 y con una tasa de participación en la actividad económica de la mujer que se ha ido incrementando lentamente, de manera que en 2000 algo más del 31% de las mujeres estaban incorporadas a la economía. Son todos estos unos indicadores que nos muestran una sociedad con rasgos relativamente modernos, pero los datos de la opinión pública chilena recogidos en el *Latinobarómetro* muestran un país socialmente muy desigual, con una distribución del ingreso calificada de injusta o muy injusta por el 87% de los ciudadanos. Un país con un fuerte poder de la Iglesia Católica, que no tiene ley de divorcio ni ley de aborto, cuando la mayoría de la población chilena se considera laica y más a la izquierda dentro del conjunto latinoamericano. En definitiva, y de acuerdo con ALCÁNTARA, “la mezcla de la tradición democrática chilena junto con el legado del período autoritario puede percibirse, por consiguiente, de una forma ambivalente: por un lado, el chileno es poseedor de una cultura cívica que le lleva al cumplimiento de las leyes, pero por otro, ese mismo ciudadano se ve limitado en su condición de titular de derechos”<sup>4</sup>.

A partir del retorno a la democracia en 1989 la vida política chilena ha buscado la recuperación de las pautas institucionales en que se movió hasta 1973 en un marco dominado por una Constitución —elaborada bajo el régimen autoritario de Pinochet, aprobada por un referéndum no competitivo y con escasa presencia de las fuerzas de la oposición— que ha terminado diseñando un escenario político con dos bloques opuestos que según ha ido transcurriendo la vida democrática han tendido a equipararse en su fortaleza electoral. Esto es, la débil institucionalización sufrida por el país parece que tuvo un punto de inflexión en 1980 con la nueva constitución, sin embargo todo el proceso de institucionalización llevado a cabo actuó como “cortina de humo” en torno al poder personal del general Pinochet. El golpe de estado de 11 de septiembre de 1973 significó no sólo la ruptura de la etapa democrática, ruptura simbolizada en el certero y brutal bombardeo del Palacio de la Moneda y la consiguiente muerte de Salvador Allende, sino también la apertura de un período de gobierno autocrático inédito en Chile. La característica más general que define los 16 años de gobierno autoritario del general Augusto Pinochet es la de una personalización manifiesta acompañada de una baja institucionalización. Las elecciones del 14 de diciembre de 1989 inauguraron el período de recuperación democrática con el triunfo de la Concertación de los Partidos por la Democracia, pero siempre seguida de cerca por la oposición pinochetista que controlaba el senado y vetaba

(3) Art. 6º: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la Ley”.

(4) ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas políticos de América Latina*, Vol. I. América del Sur, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 2003, p. 190.

cualquier intento de reforma constitucional de desautoritarismo institucional. En marzo de 1991 se hizo público el “informe Rettig” de la Comisión Verdad y Reconciliación sobre las violaciones graves a los derechos humanos cometidas por oficiales de las Fuerzas Armadas entre 1973 y 1990, dicho informe incluía un listado de 2.279 personas muertas, 957 desaparecidas, además de 1.068 que fueron ejecutadas, sufrieron tortura o fueron asesinadas por escuadrones de la muerte. Este informe fue, obviamente, rechazado por la oposición pinochetista (UDI) y por la Comandancia en Jefe del Ejército. Las elecciones de 1993 y de 1997 mantuvieron la situación, sin embargo la detención del general Pinochet en Londres el 16 de octubre de 1998 produjo tal clima de incertidumbre y de nueva polarización en el país, que generó serios interrogantes ante el problema que se abrió frente a las elecciones de 1999 que finalmente fueron ganadas por el socialista Ricardo Lagos como candidato de la Concertación. Los comicios del 16 de diciembre de 2001 confirmaron el emparejamiento de los dos bloques y el preocupante ascenso de la UDI<sup>5</sup>.

Esto es, en Latinoamérica la diferencia habida entre lo declarado y lo efectivamente vivido es claramente constatable. Nos encontramos con sociedades civiles, por lo general, con la sombra de la guerra aún sin diluir. Países en vía de desarrollo económico, social y político, donde, aunque la situación va cambiando progresivamente, la ley deja de ser un proceso de participación —si es que alguna vez lo fue— para convertirse en la dominación de un grupo sobre otro. Donde la ley, en definitiva, no aparece como un proceso transparente de garantía e igualitario, sino como un proceso formal de legitimación del poder o, mejor dicho, como una forma de revestir de falsa legalidad la autoridad estatal. Y es que cuando una sociedad segrega utopías legislativas es porque, en realidad, no cree en la ley como instrumento de transformación social. Si queremos que la opinión cambie, y ese mal sane, habrá que comenzar, y de prisa, por vivificar la Constitución, convirtiéndola en lo que realmente debe ser: ese anhelo y real instrumento de cambio social. Un cambio social que, para su realización, también necesita de un Derecho penal coherente. Un Ordenamiento penal ajustado a ese “Programa penal constitucional” del que hablábamos. Un Derecho penal, en definitiva, completamente distinto al que, hoy por hoy, rige en Latinoamérica.

Porque la disociación habida entre el ser y el deber ser no es monopolio únicamente de las constituciones latinoamericanas, sino que el problema se amplía también a sus ordenamientos penales. Unos ordenamientos, por lo general, copia de modelos occidentales ya trasnochados, y que nada tiene que ver, ni que hacer, en unas realidades completamente diferentes y con problemas específicos.

(5) *Ibidem*, pp. 141 y ss.

Una ley de 1823 declaró vigente las antiguas leyes españolas que rigieron antes de la independencia, siendo luego modificadas por varias reglamentaciones especiales. Entre 1856 y 1859, Manuel Carvallo presentó el primer proyecto de código y años más tarde, en 1873, una comisión elaboró el segundo sobre la base del español de 1850<sup>6</sup>, que de este modo resultó fuente del Código penal de 1874. Un código que aún sigue en vigor<sup>7</sup>, a pesar de los numerosos proyectos de reforma, como los dos de 1929, de distinto origen: uno de ellos (Fontcilla-Erazo) de línea político criminal, en tanto que el otro (Ortiz-Von Bohlen), de tendencia técnico-jurídica. Hubo otro proyecto de Código de 1938 y de la ley de estados antisociales y medidas de seguridad en 1941, proyectada por el Instituto de Ciencias Penales de Chile, y claramente inspirado en la ley Española de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Pero a pesar de todos los esfuerzos innovadores, la realidad es que el código actualmente en vigor ¡ha cumplido ya los 130 años!

Y es que una vez conquistada su independencia, los países latinoamericanos se limitaron a volver sus ojos hacia los países del Viejo Mundo, asumiendo los modelos legislativos que allí disfrutaban de más prestigio, en vez de edificar políticas criminales. Después del 70, generalmente, es por influencia del Código penal Tipo para Latinoamérica —CPT a partir de este momento—, y antes de dicha fecha por un simple retorno a las fuentes europeo-continental. Dentro de éstas lo más común es que acudan a los modelos españoles; de igual modo se adoptan los franceses, si bien en menor medida; y hacia finales de siglo cabe hablarse de una incipiente influencia italiana. El entrecruzamiento de influencias es, en consecuencia, rasgo característico del Derecho penal Latinoamericano. En sus textos penales confluyen tradiciones jurídicas de diverso signo, pero que, sin embargo, tienen un punto en común: el de que buscan una estructura ideal que generalmente no se corresponde con los datos de sus concretas realidades. Las ideologías en pugna en los países “modelos”, que repercuten decididamente en Latinoamérica, no tienen, en consecuencia, el mismo significado aquí que allí, puesto que los fenómenos abarcados son cuantitativa y cualitativamente diferentes.

La realidad latinoamericana, por lo general, aparte de no contar con la dogmática necesaria que construya la base científica en la que orientarse tanto la interpretación como la aplicación práctica de las normas penales —labor esencial para la asimilación exitosa del “derecho transplantado”—, vive una gran inestabilidad judicial —generalmente debido a una inestabilidad política— que afecta decididamente la especialización de los magistrados; sufre de un mercado obsoleto en sus sistemas procesales; “disfruta” de una actuación importante en los problemas siempre inherentes a la actuación policial; y asiste al lamentable espectáculo de una ejecución de la pena sin las más mínimas condiciones ni teóricas ni prácticas para su correcta puesta en marcha. Se trata, en definitiva, de una definición de lo que es o no es delito en sociedades condicionadas, entre otros factores, por la violencia política, la fragilidad del discurso liberal democrático, la forma cruda —e inadaptada a las necesidades peculiares de estas nuevas sociedades— en que se importaron las ideologías occidentales —o en su caso desde los Estados Unidos— en el período colonial, y el impacto de las revoluciones liberal-demócratas.

(6) El gobierno deseaba que se tomase como referencia el Código belga que, en anteriormente había sido traducido al castellano por Carvallo, pero en la Comisión triunfó el criterio de don Alejandro Reyes, contra el del ministro, y se adoptó como base el Código español. Vid., en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 4ª edic., edit. Losada, Buenos Aires, 1984, p. 1166.

(7) Al que se le agregaron en distintos momentos leyes sobre pena de azotes (1949), libertad condicional (1925), seguridad del Estado (1958), estados antisociales (1954) y reglamento sobre la aplicación de la pena de muerte (1965). Vid., en LEVENE-ZAFFARONI, Códigos penales latinoamericanos, n° 1, editorial La Ley, Buenos Aires, 1978, p. 14.

La ideología de los textos de los que parten tiene una raigambre monárquico-absoluta difícilmente compatible, hoy en día, con la ideología democrático-liberal subyacente —que no real— en Latinoamérica. Su origen no es, en definitiva, republicano, y su compatibilización con los Derechos Humanos es, por tanto, materia de elaboración interpretativa, que no siempre tiene el éxito deseado frente a la letra de la Ley. En los modelos penales asumidos se enfatiza la tutela al Estado, los bienes jurídicos protegidos tienden a ser estáticos, la técnica legislativa —sobre todo la española— es sumamente farragosa, y se presentan como textos marcadamente retributivos con penas altas que incluyen la muerte. Una situación desfásica que, si bien se ve en cierta medida reblandecida por el Código penal Tipo —modelo de inspiración de que parte casi todos los textos actualmente vigentes en Latinoamérica—, no termina por desaparecer<sup>8</sup>.

En el CP chileno se denota sobremanera el carácter absolutista<sup>9</sup>, dado que en la parte especial, en lugar de empezar por la protección al bien jurídico vida —que sería lo lógico en un modelo de estado personalista como es el chileno, y que sin embargo no se empieza a proteger hasta el Título VII (arts. 342 y ss.)—, comienza por proteger el Estado —crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado (Título I), seguido por los crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado (Título II)—. Esto es, se privilegia la defensa del Estado por encima de la del individuo, algo sin duda inadmisibles en un Estado que aspira a ser social y democrático de Derecho, pero ciertamente lógico si recordamos que se trata de un código penal inspirado en el español de 1850. Un texto arraigado en una monarquía absoluta, con todo lo que tal modelo conlleva consigo.

El Derecho penal latinoamericano ha sido, pues, pensado atemporal y aespacialmente, y, en su afán por adoptar los desarrollos científicos más modernos, a lo único que ha llegado es a que muchas de sus normas no pasen jamás de la teoría, contribuyendo a su deslegitimación. Una deslegitimación incrementada a partir de los años 70, al ser incapaces de reprobado la violación de Derechos

(8) La omisión de toda perspectiva político-criminal es un punto a destacar de esta gran elaboración penal en la que tantas ilusiones se pusieron. Ni tan siquiera se realizó un estudio comparativo sobre los diversos preceptos de los códigos latinoamericanos, ni se completó y corrigió el debate mediante una revisión por parte de sociólogos, psicólogos y antropólogos, en los términos que esbozaba el plan de trabajo inicial en el documento de trabajo n° 2. Esto es, una vez más se permaneció en el campo de la especulación y la lógica formal, siempre desconectados tanto de la realidad legislativa como de la social. De nuevo, se desviaron los trabajos hacia el tradicionalismo, punto tristemente caracterizador de la legislación Latinoamericana. Porque, mientras en las reuniones de que surgiera finalmente el CPT la discusión se mantenía en un mero análisis formal y dogmático, la Europa que seguía constituyendo el ineludible modelo sometía dicha dogmática a una revisión crítica general, abriéndose paso hacia una política criminal —finalidad perseguida por la Escuela moderna con su máximo exponente en la obra de Von LISZT—, al lado de una renacida Criminología. La fórmula final, pues, si bien hace gala de una importante vocación democratizadora y humanizadora, al mismo tiempo sigue constituyendo tan sólo una copia de “espléndidas” fórmulas europeas —alemanas en su mayor parte— ya superadas.

(9) Por no hablar del obsoleto y la farragosidad de la que hace gala, dado que, por ejemplo, no hace un desglose lógico y pormenorizado de los bienes jurídicos que protege, y que facilitaría sobremanera la labor del jurista. Esto es, y a modo nuevamente de muestra, cabe criticar el hecho de que dentro de un mismo Título, el III, bajo la denominación global de “Crímenes y simples delitos que afectan a los Derechos garantizados por la Constitución” (arts. 137 y ss.) “compila” —por decirlo de alguna manera— los más variados delitos, afectantes a bienes jurídicos tan diversos como la libertad, la inviolabilidad del domicilio, la intimidad, la administración de justicia, etc., y sin lógica sistemática alguna. Una técnica heredada de códigos penales europeos del siglo XIX.

humanos tan característica en Latinoamérica durante esa época. Una ilegitimación del Derecho penal que continua en la actualidad, pues aún se manifiesta como absolutamente incapaz para contener el delito, tanto desde el ámbito de los particulares como el de los poderes públicos. Un delito que, por su parte, no cesa de aumentar.

Tantos años de lucha fratricida han dejado graves secuelas en América Latina. Los acentuados patrones de conducta violenta y los procesos de desmovilización han lanzado, a quienes en otrora formaban parte del ejército y las fuerzas insurgentes, a las filas de la delincuencia común, aprovechando las armas que quedaron en su poder. De igual modo, la grave situación socioeconómica, en la que las guerras internas han dejado sumergidos a estos países, se ha alzado como caldo de cultivo ideal para el incremento de la delincuencia. El paro alcanza a un tercera parte de la población, que, debido al poco desarrollo industrial y tecnológico de estos países, se encuentra ocupada en actividades simplemente de autoconsumo. El nivel de vida, en consecuencia, es muy bajo, y la existencia de una pequeña minoría de personas muy ricas frente a una inmensa mayoría de pobres, que viven en condiciones infrahumanas, condicionan, indiscutiblemente, el proceso de marginación social que desemboca en un continuo crecimiento de la criminalidad. Una situación caótica que, evidentemente, en nada se ve beneficiada por la dependencia económica, política y cultural que estos países sustentan con respecto a los Estados Unidos. Ésta se configura como uno de los mayores obstáculos reales con los que se encuentran a la hora de crear las condiciones socio-económicas y culturales que hagan posible el éxito en la lucha contra la delincuencia<sup>10</sup>. Una delincuencia que, por si fuera poco, se ve también favorecida por la situación geográfica de los países latinoamericanos y sus altos índices de natalidad.

La facilidad de las comunicaciones entre ambos océanos, y entre el sur y el norte del continente americano, convierten a Latinoamérica en centro operativo de la delincuencia internacional, y del crimen organizado, en lo que respecta al tráfico de drogas<sup>11</sup>, coches robados, inmigrantes ilegales, etc. Un campo de actuación frente al que tampoco quieren —ni pueden— permanecer ajenos los menores, las grandes víctimas de los desajustes económicos.

(10) Al principio la dependencia, como hemos podido comprobar, era claramente política, puesto que los Estados Unidos intervinieron con demasiada frecuencia en los procesos políticos centroamericanos. Esta potencia ayudó en Nicaragua al dictador Anastasio Somoza contra el guerrillero Augusto César Sandino; intervino en México, Puerto Rico, Colombia y en la guerra civil salvadoreña; derrocó en Guatemala al demócrata Jacobo Arbenz en 1954; liquidó la democracia en Uruguay para frenar al movimiento tupamaro; contribuyó decisivamente al golpe militar chileno que en 1973 asesinó a Salvador Allende; hizo desaparecer del mapa político panameño al dictador Noriega — antiguo colaborador de la CIA — en 1989, etc. En la actualidad la dependencia sigue existiendo, si bien a través de medios más sofisticados que el uso de la violencia, pero igual o más mordaces que ésta, como la economía. Los abusos a nivel económico son incommensurables, y ya no se limitan a las prácticas de explotación por parte de las empresas nacionales. La codicia de las multinacionales corroe progresivamente el desarrollo de estos pueblos, al igual que sus recursos naturales, respaldándose en una impunidad casi absoluta garantizada por unos gobiernos "marionetas" de sus caprichos. Una situación de inferioridad que se ve asegurada con la venta de tecnología anticuada o defectuosa al precio de los más modernos modelos.

(11) Dado el subdesarrollo económico de la gran parte de Latinoamérica, no debe resultar extraño el que miles de personas encuentren un medio directo o indirecto de supervivencia en el negocio de la droga. Los ingresos derivados de su producción y tráfico son imprescindibles, y no sólo para los sectores marginados, sino también para los propios Estados, que se sirven de ellos para el pago de su deuda externa buscando equilibrar la balanza de pagos. El narcotráfico reactiva sus economías en función de las inversiones que lleva inherentes. Luego, mientras existan consumidores, no parece viable el éxito en una guerra contra la droga, ni posible convencer a unos campesinos para que centren sus esfuerzos en el cultivo de patatas o maíz, que, por no disponer de la tecnología adecuada, no pueden competir con los productos de los países avanzados, y les portaría a la inanición.

Y es que Latinoamérica<sup>12</sup> presenta tasas de natalidad dos veces superiores a la de los países desarrollados, por la que casi el 50% de la población es menor de 18 años. Estos jóvenes y niños al no ver, generalmente, satisfechas sus necesidades básicas, tanto educativas como alimentarias y de salud, acuden al delito como forma de supervivencia a través de las pandillas juveniles — "maras" en Guatemala y en El Salvador y los "chapulines" en Costa Rica y México —, que están creando una verdadera alarma social<sup>13</sup>.

En términos generales, puede aseverarse la marginalidad es el caldo de cultivo de donde emergen todos los seres humanos que son señalados, perseguidos y reclutados por el sistema penal latinoamericano. Son los más pobres quienes, de nuevo, llenan las cárceles, en las que más que el delito lo que pagan es su debilidad económica y jurídica. Los autores de hechos que causan un verdadero daño social — corrupción, malversación, contaminación, violación de derechos humanos, denegación de la Justicia, etc. —, hechos por lo demás no noticiados, no están en prisión porque, generalmente, pertenecen a grupos sociales de los cuales no se selecciona la «clientela» carcelaria. El sistema penal, por tanto, se limita a representar como normales las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad y para su reproducción material e ideológica, a través de un Derecho penal que, por su parte, y por si fuera poco con lo anterior, opta por la violencia como "política-criminal", aumentando con ello la ya vivida socialmente, y desprotegiendo a unas víctimas que, por no variar, también pertenecen a los sectores más bajos — puesto que los más ricos compran su seguridad con detectives, guardaespaldas, etc. —<sup>14</sup>.

Y es que la situación extremadamente difícil que se vive actualmente en Latinoamérica tiende a "facilitar" el incremento de la represión en la respuesta contra el delito. La alarma social, que entre los ciudadanos latinoamericanos provoca esta creciente criminalidad, se traduce en carta blanca de actuación para el correspondiente gobierno. Las penas se incrementan, se tiende a que sean más drásticas — incluyendo la de muerte —, se amplían los centros penales, se fortalece la acción policial, y, en algunos casos, hasta se pide la intervención de las fuerzas armadas para combatir la delincuencia. Las detenciones normalmente son discrecionales, y, lo que es peor, en demasiadas ocasiones indiscriminadas (redadas, retenciones, cacheos, etc.). Muchos conflictos son resueltos arbitrariamente por las instancias policiales, y si el hecho finalmente ingresa dentro de la maquinaria

(12) La población en México, por ejemplo, llegó a duplicarse cada 20 años, y se acrecentaba en más de 1.750.000 cada año, con un promedio de 329 personas por cada mil habitantes. Todo ello acarrea dos problemas básicos: la necesidad de duplicar cada 20 años el producto nacional, y de aumentar la población económicamente activa. En la actualidad existe un plan de control de natalidad. La tasa de crecimiento se redujo en 1980 hasta 2,7%, en 1990 en 3,1%, y para el 2000 en 1,9%.

(13) Pues los hechos más comunes cometidos por dichos menores tienen características fundamentalmente violentas. Una de las conductas más difundidas es la de vandalismo, que se presenta por grupos, en ocasiones muy numerosos, de adolescentes que destruyen cosas y agreden a personas, espontáneamente y en forma totalmente gratuita. Esto es, los niños y jóvenes que antes reñían en forma individual y a puñetazos, ahora agreden en forma colectiva y con instrumentos contundentes (cadenas, manoplas); punzo-cortantes (navajas) y armas de fuego.

(14) Pues la tendencia es hacia el crecimiento de los servicios de seguridad privada, de adquisición de armas, compra de elementos de seguridad e, incluso, organización de brigadas de ciudadanos para la persecución y castigo de los delincuentes.

judicial tarda demasiado en resolverse. A todo esto cabe añadirse los altos niveles de corrupción existentes entre los agentes policiales y judiciales, que se traducen en una elevada inseguridad a la hora de aplicar las penas. Las sentencias no siempre son motivadas suficientemente y normalmente no son publicadas, con lo cual no se pueden observar criterios claros de aplicación de la sanción.

La legislación penal de Latinoamérica lo único que hace, en resumidas cuentas, es reflejar la crisis generalizada con la que hoy se enfrenta el Derecho penal, y su patente inadecuación a las realidades nacionales. Se ha convertido, en definitiva, en una ilustración viva de los peligros de la investigación comparada. Porque la simple copia de modelos legislativos no es derecho comparado. Y porque ninguna conclusión válida podrá extraerse si no se tiene presente la realidad criminológica en el contexto económico, social y cultural, del mismo modo que la experiencia del Derecho práctico en el extranjero. Y porque la distancia que separa a los países industrializados de las regiones en vías de desarrollo aún es larga, y, lo peor de todo, parece ampliarse cada vez más.

En definitiva, en aquellos países latinoamericanos donde por fin se ha alcanzado la paz, debe comenzarse por desarrollar un proceso de acentuación de sus propias identidades, con la formación de la conciencia de sus concretos problemas económico-sociales, y el desafío del desarrollo como consecuencia de la dependencia y la dominación que sufren de la economía internacional. Porque, ciertamente, lo que es una aspiración común puede quedarse en el plano de los deseos, si previamente no se analizan y pretenden remover toda la serie de hechos sociales, que, finalmente, no hacen sino que conformar serios obstáculos al proceso de democratización que sufren los países latinoamericanos. Si se mantienen condiciones tales como: las grandes diferencias habidas entre las clases sociales de cada país —evidente caldo de cultivo, como hemos visto, de la violencia vivida en los últimos años—; la marginación política y económica de la mayoría; el gobierno de las oligarquías apoyadas por las fuerzas armadas; el no paso de la ideología de la seguridad nacional a la de la seguridad ciudadana; la persistencia en la violencia, etc. Una búsqueda de soluciones “individualizadas” a “sus” conflictos particulares que, evidentemente, necesita del Derecho penal. Un Derecho penal necesariamente ajustado al modelo de Estado asumido por sus respectivas constituciones.

Porque las leyes penales, repetimos, no son más que la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. La pena en su sentido, funciones y finalidad, no puede entenderse si al mismo tiempo no se analiza dentro de un sistema económico, y en los contenidos del modelo de Estado imperante. Una política criminal, en consecuencia, obligatoriamente asentada en las bases de un Estado social y democrático de Derecho, por ser éste el mayoritariamente adoptado en las constituciones latinoamericanas.

## 2. Derecho penal y Estado social y democrático de derecho. Hacia un Derecho penal mínimo por el camino de la resocialización

El Derecho penal en una concepción de Estado como ésta cumple dos funciones simultáneas. Dos funciones que son inherentes a su perspectiva garantista: una, de limitación del poder estatal en su lucha contra el delito —salvaguardando con ello al individuo de una actuación sin límites por parte del Estado—; y, otra, de amparo a la sociedad y al resto de sus miembros de los abusos del individuo. Una función de garantía y otra de prevención, “como producto de una relación dialéctica entre el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal y el de eliminar la violencia social extra-penal”. Un equilibrio que se corresponde con el equilibrio de las misiones a llevar a cabo por un Estado de Derecho y las misiones preventivas del Derecho penal.

El Derecho penal en la lógica de un Estado social y democrático de Derecho, hoy por hoy, está llamado a cumplir dos funciones: una preventiva y otra limitadora del poder punitivo. Esto es, la actividad punitiva del Estado, a partir del modelo que aquí se maneja, debe interpretarse con el principio restringida sunt odios; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad. La meta es reducir al máximo posible la violencia social informal, manteniendo la realización máxima de las garantías individuales, y legitimándose a medida que se aproxima a esta ideal. Su objetivo, en definitiva, no es otro que el de su propia minimalización. Un planteamiento teórico “intermedio” derivado de la crisis de la Criminología crítica —y difícilmente catalogable de corriente— defendido, entre otros, por BARATTA, ZAFFARONI, FERRAJOLI y PAVARINI.

Todos ellos, si bien desde perspectivas distintas, coinciden, principalmente, en la deslegitimación del sistema penal y de la pena privativa de libertad. El camino, para todos ellos “es el de minimizar o contraer el sistema penal lo máximo posible, eliminando la institución carcelaria como forma de sanción penal y enfatizando el garantismo sustancial y procesal, en tanto se mantenga ese sistema penal mínimo”. El punto de divergencia, por su parte, se sitúa en el hecho de que, mientras algunos ven esa minimalización como paso previo hacia la abolición del mismo Derecho penal (BARATTA, ZAFFARONI), otros rechazan la alternativa abolicionista y se quedan en la legitimación de éste —y, en consecuencia, de la pena— “como mal menor” (FERRAJOLI y PAVARINI).

Ésta última es la opción por la que desde aquí nos decantamos, la de revalorizar el Derecho penal como Derecho garantista, partiendo de que no sólo legitima la intervención penal sino que también la limita. Optamos por un Derecho penal mínimo limitado por principios legales, funcionales y personales. Defendemos, en definitiva, una concepción restrictiva del sistema punitivo,

cuyo punto de partida inexcusable es el de la apreciación de la pena como un mal; consideración que, en consecuencia, y al mismo tiempo, hace de fácil comprensión la necesidad de su progresiva restricción. Una restricción que, por tanto, y lógicamente, tiene su punto de arranque en la pena privativa de libertad, como el instrumento más opresivo y doloroso con que el Derecho penal cuenta, buscándose todos las formas posibles de su sustitución por otras sanciones de contenido social. Es decir, al mismo tiempo que defendemos el mantenimiento de la pena, abogamos por la eliminación de la institución carcelaria dadas su dañosidad, inutilidad y inhumanidad.

Éste, en todo caso, ha sido el esfuerzo al que se ha debido la evolución del Derecho penal de la modernidad; cosa muy distinta es el punto al que se haya efectivamente llegado. En este sentido, en lo que al Derecho penal como encargado de minimalizar la violencia social garantizado la libertad individual se refiere, existe una enorme descompensación entre sus dictados, aplicación judicial y ejecución reales, y los principios orientadores constitucionales de los que, indefectiblemente, debe partir, conformando su perenne fuente de inspiración.

#### IV. PRÁCTICA VS TEORÍA. LA CRISIS ACTUAL DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal actual —y como ya adelantábamos respecto a la situación del mismo en Latinoamérica— está recorriendo un sendero completamente opuesto al deseable hacia el minimalismo a través de la resocialización, y, por ello, merece todas las críticas que, hoy por hoy, se le dirijan tanto desde la teoría como desde la praxis.

Los factores que contribuyen al imparable “inflamamiento” de los ordenamientos penales son de lo más diverso, y cabría hablar, entre otros, de: la ineficacia de las técnicas procesales, y el consecuente aumento vertiginoso de la prisión provisional respecto de la prisión condenatoria —lo cual provoca un importante e inaceptable hacinamiento en las prisiones—; la indudable influencia que los medios de comunicación tienen en la demanda de concretas políticas criminales, por lo general de claro carácter represivo, con el consecuente aumento del carácter punitivo y aflictivo de las penas<sup>15</sup>; el hecho de que el Derecho penal parezca haber perdido toda seña de identidad frente al administrativo, por lo que hoy en día se asiste a su inflación; el que las formas de criminalidad hayan dado un giro espectacular, y al tiempo que se han reducido los delitos de sangre hayan

(15) La relación entre la sensación social de inseguridad y el modo de proceder los medios de comunicación es ciertamente evidente. “Éstos — escribe SILVA —, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la «sociedad de la Información» y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en general, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo”.

aumentado las formas del crimen organizado —y de microdelincuencia difusa, tan ligados al mercado de la droga— y los ataques al patrimonio; el importante flujo migratorio que vivimos en la actualidad, producto de un fenómeno globalizador que tan sólo favorece a unos pocos; el uso negativo de las nuevas tecnologías, en especial de Internet, que no sólo abre nuevas vetas a la delincuencia tradicional, sino que incluso crea nuevas formas delictivas; etc.,

Y es que hoy en día de lo que se trata ya no es tanto de dar una respuesta adecuada a un hecho pasado como de dominar el futuro, de prevenir injustos o de contener los grandes problemas sociales futuros. El Derecho penal ha dejado de ser un sistema garantizador de la libertad del individuo para ser un instrumento de política interior, utilizándose siempre que el legislador ve alguna ganancia política, y en contra del principio de subsidiariedad. El ordenamiento jurídico-penal ha dejado atrás su carácter garantista para convertirse en un sistema de sola o prima ratio, buscando solucionar los conflictos sociales surgentes, aumentando de forma importante su campo de actuación, y con él el de la prisión como arma más contundente con la que cuenta.

Nos movemos en una especie de “cultura de emergencia” que está orientando la acción política en un sentido completamente inverso al de la disminución del umbral represivo. Quizás porque en épocas de crisis económica, de conflictos sociales, y, en consecuencia, de falta de consenso en la legitimación del ejercicio del poder, toda política penal que no sea represiva es de escasa aceptación de la opinión pública. Una opinión conscientemente manipulada hacia un sentimiento de inseguridad colectiva mal entendido que favorece el sacrificio de chivos expiatorios, las más veces personificados por cierta clase de «pequeños» delincuentes.

Estamos, es evidente, ante el resurgimiento del espíritu subyacente a las teorías neoclásicas. Ante la reproducción de formas neo-absolutistas del poder público, carentes de límites y controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos. Se asiste, en pocas palabras, a una imparable tendencia a considerar al Derecho penal como el instrumento más adecuado para resolver los principales problemas de una sociedad en crisis, lo cual, evidentemente, se opone a toda aspiración de una intervención mínima del mismo, tal y como cabría esperar a partir del modelo de Estado sobre el que se asienta.

En definitiva, el Derecho penal moderno está decididamente en crisis, y ésta se manifiesta mejor que en ninguna otra parte en su sistema de sanciones, especialmente en el primado que de la pena privativa de libertad hace. Una pena contraria, desde su propia esencia, a la orientación político-criminal hacia la resocialización, reconocida en la práctica generalidad de los textos

constitucionales. Una resocialización que, por su parte, y sin embargo, conforma el necesario punto de referencia en el camino hacia ese Derecho penal menor del que hablaba RADBRUCH<sup>16</sup>. La polémica está, pues, servida.

## V. EL MODERNO SISTEMA DE PENAS

La respuesta penal "real" viene siendo, en líneas generales, desproporcionada por exceso y con connotaciones muy similares al Derecho penal del terror tan característico en estados autoritarios.

### 1. La interminable lucha contra la pena de muerte

Por mucho que nos guste pensar lo contrario, la discusión sobre la pena de muerte no es, para nada, un tema agotado. La ferocidad de las penas no pertenece, desgraciadamente, sólo al pasado. Las víctimas de la pena de muerte se cuentan todavía por millares cada año. Y lo que es peor aún, en los albores del apenas estrenado nuevo siglo se asiste a un alarmante retroceso, a una tendencia retrospectiva a su imposición en países con marcada tradición abolicionista, bien de hecho o bien de Derecho.

Junto a los desaparecidos en Argentina, las fosas comunes en el Chile de Pinochet o los cementerios subterráneos de la Rumania de Ceausescu —donde, en la década de los ochenta la razón de Estado justificó miles de ejecuciones sin ley ni proceso—, se asiste en los noventa a una institucionalización de la pena de muerte en *stricto sensu*<sup>17</sup>. Son muchos los países, entre los que cabe destacar a los conocidos como Estados "avanzados", que incluyen a la pena capital dentro de su catálogo de penas. Y, lo que es más grave, que están exportando su ideología retencionista, abusando de su hegemonía tanto política como económica, sobre países, normalmente, en vías de desarrollo. Este es, precisamente, el proceso que se está viviendo en Latinoamérica bajo las directrices de la cultura "yanqui". De otra parte, se encuentra el integrista religioso islámico que, retomando su rigor coránico, aplica de forma generosa y ejemplarizante la pena capital a fenómenos socialmente alarmantes como en la actualidad son el narcotráfico

(16) "No se trata de conseguir un Derecho penal mejor, sino de algo que sea mejor que el mismo Derecho penal". Vid. en RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, (traduc. de José Medina Echeverría), Edersa, Madrid, 1944, (2ª edic.) p. 221.

(17) La situación al respecto en Latinoamérica es ciertamente grave. En la mayoría de los países latinoamericanos se desarrolla una política criminal paralela a la oficial, y en la que, con la complicidad de las autoridades oficiales, se extermina en forma indiscriminada a todo el que sea "peligroso" o "sospechosamente izquierdista"; junto a continuas privaciones de la vida llevadas a cabo sobre cualquier ciudadano sin que haya un proceso judicial. Son las conocidas como ejecuciones extrajudiciales, y las cifras al respecto son poco menos que espeluznantes —en un estudio auspiciado por la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U se habla de más de dos millones en los últimos 20 años y los casos más graves parecen recogerse en Irán, Sudáfrica, Argentina, Colombia y Guatemala—. Este tipo de homicidios políticos no son otra cosa que la respuesta normal llevada a cabo por los Estados que se encuentran en una grave crisis de legitimidad, donde lo más difícil es poder individualizar e identificar a las autoridades responsables por resultar más fácil alcanzar la impunidad a través de un ejercicio abusivo del poder.

y el terrorismo —y a otros mucho menos alarmantes, y ciertamente desfasados con nuestro tiempo, como las sentencias a muerte por lapidación de mujeres concibieron un hijo tras su divorcio (Nigeria) —. Bruscos fenómenos delictivos que constituyen, ya no sólo en los países islámicos sino en todo el mundo, el caldo de cultivo ideal para legitimar y fortalecer esa "mano dura" del Estado, buscando eliminar el que para todos es el enemigo. Y es que es nota característica hoy en día el que, mientras la violencia individual es considerada un tabú, se siga fomentando y tolerando la aplicación más desnuda de la fuerza física cuando aparece "legitimada" por ejercerse en nombre de la colectividad, llámese guerra o llámese pena de muerte.

En Chile ya hace muchos años que no se aplica la pena de muerte, si bien no ha sido hasta hace relativamente poco que se sacó del Código penal. El Texto punitivo chileno, en su versión original, recogía la pena de muerte en su elenco de penas del art. 21, pero fue por fin sacada del mismo en virtud de la Ley 19734 (D.O. 5, junio, 2001), siendo sustituida por el presidio perpetuo calificado. No obstante, la Constitución de Chile, al mismo tiempo que asegura el Derecho a vida y a la integridad física y psíquica de la persona, de igual modo admite la pena de muerte "por delito contemplado en ley aprobada por quórum calificado" (art. 19.1º). Luego, no nos queda sino que advertir la terrible puerta abierta a la pena capital que tal previsión constitucional supone. Puesto que tan sólo cabe esperar la llegada al poder de un gobierno especialmente retribucionista para que la pena de muerte sea de nuevo una realidad en Chile, dado que la Constitución más que un freno inhibitorio a la misma, supone más bien una clara invitación al retencionismo, siendo sólo necesario la mayoría parlamentaria correspondiente. Algo que en momentos de clara tendencia represiva como los actuales, no es tan difícil...

Detrás de este problema —que no sólo compromete a nivel de la "razón" sino también del "corazón"— lo que realmente se esconde son, además de las más íntegras instancias culturales (éticas, filosóficas, religiosas) y de la conciencia humana, los más acérrimos instintos ancestrales de Justicia primitiva y la más denostada lógica de la razón del Estado. Que la pena de muerte es inadmisibles es algo que debe gritarse a los cuatro vientos, de forma que hasta el debate de su posible legitimidad debe rechazarse. La pena de muerte es inhumana, y por ello irracional, y más en Estados "supuestamente" respetuosos de la dignidad humana; bastan los argumentos. Su desaparición, si algún día es posible, junto a la extinción de la tortura y el hambre "será el síntoma de que la Humanidad ha alcanzado al fin la cima del progreso".

### 2. El "reinado" de las penas privativas de libertad y la actual búsqueda de alternativas

Una vez desaparecidas —si bien sólo en la teoría— las penas corporales, la prisión es la llamada a cubrir su vacío, alzándose como pena principal en todo el mundo. La cárcel se convierte en la alternativa más importante a la muerte o a las

torturas, y por ello conforma el principal camino de minimización de la violencia y racionalización de las penas en la época moderna. Sin embargo, las cosas han cambiado y en la actualidad ocupa el centro de la discusión.

Hoy en día la prisión 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 es objeto por ello 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 demasiados efectos perniciosos, y conducen a la destrucción de la personalidad del reo, y las demasiadas cortas porque dada su limitación temporal convierten en imposible el tratamiento, pero si hacen posible, en cambio, el contagio criminal.

Al respecto, la situación en Chile grave. La prisión se alza como la pena "reina" de su ordenamiento y, prácticamente, para cualquiera que sea la conducta delictiva. Las penas cortas son abundantes, por no hablar de la escasa duración en que pueden llegar a consistir, y las penas largas pueden llegar a la conocida, y reprochada desde todos los sectores, cadena perpetua, a través de la previsión de la pena de presidio perpetuo. Si a todo ello le añadimos el lamentable estado en el que se encuentran sus prisiones, concluiremos en la urgente necesidad de buscar medidas adecuadas, y tajantes, que solventen esta situación

La solución, parece no haber duda, está en adoptar lo que se ha dado en llamar "estrategias diferenciales"; 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 cortas 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.

### 3. Las escasas posibilidades "legales" de la multa como sustituta de la prisión

Las consideraciones, antes apuntadas, de que las penas cortas privativas de libertad tienen evidentes efectos desocializadores, sin haber tiempo para conseguir ningún resocializador a través de una adecuada terapia de tratamiento, unida a otras menos altruistas de índole presupuestaria, inclinan a la doctrina a valorar la pena pecuniaria como útil instrumento sustitutivo de la pena corta privativa de libertad. Sin embargo, tal opción plantea dos graves problemas: el

de cómo adecuar la cuantía de la multa a la situación económica del reo, y el que hacer con aquellos que no pueden hacer efectiva la cantidad requerida. Los dos grandes obstáculos con que tropieza la multa para enarbolarse como la nueva espina dorsal de los sistemas penales del presente y del futuro próximo. Los dos temas que, por ello, ocupan gran parte del tiempo de la doctrina penal desde comienzos del pasado siglo.

En cualquier caso, y la razón esté en la difícil solvencia de estos problemas, o en una estrepitosa falta de voluntad legislativa, lo único cierto es que, tanto el ordenamiento jurídico-penal español como sus homólogos latinoamericanos, son marcadamente "pobres" en cuanto a las posibilidades legales que de sustitución de la pena de prisión por la de multa, o simplemente de reconocimiento de esta última como pena única, hacen gala.

En el CP Chileno, por regla general, la multa cuando se prevé como sanción directa es acompañando a la prisión y, salvo error u omisión, cabe aseverarse que sólo viene prevista como pena principal y única en 12 delitos: art. 201 —utilización de pasaporte o porte de armas falso—, art. 203 —libramiento de certificación falsa por empleado público—, art. 250 bis —cohecho realizado por los familiares del procesado—, art. 257 —funcionario público que rehúsa expedir certificación o testimonio—, art. 276 —autores, empresarios, administradores, comisionados o agentes de loterías no autorizadas legalmente—, art. 281 —contabilidad falsa—, art. 282 —prestamista que no entrega resguardo de lo recibido—, art. 283 —prestamista que abusa de persona incapaz—, art. 287 —amenaza de postores en subasta pública—, art. 333 —rotura imprudente de postes y alambres telegráficos—, art. 337 —revelación de información telegráfica por el empleado encargado del servicio— y art. 457 —usurpación de inmueble—.

### 4. La tímida y peligrosa incorporación de las penas privativas de derechos. Su escasa aportación al programa alternativo

Si bien, de entrada, todas las penas son privativas de derechos, se conocen propiamente como tales a todas aquellas penas que imponen determinadas limitaciones —políticas, profesionales o civiles— a la libre capacidad de participación del ciudadano en la vida social. Unas limitaciones que, por su propia denominación de "otros derechos", no deben afectar ni a la libertad, ni al honor, ni a la propiedad, pero que sin embargo si lo hacen, aunque tan sólo sea de forma indirecta, pudiendo aparecer, incluso, más corrosivas y malignas que las penas que prevén su restricción directa.

Y es que en sociedades de consumo como las nuestras, donde la capacidad de desenvolvimiento e integración plenos depende en su mayor parte del trabajo —y, en consecuencia, del dinero que este reporte—, no es de extrañar que, en ocasiones, sea preferible una condena corta a prisión que una pena de inhabilitación para ejercer una profesión —que normalmente es la única que se

conoce—, trabajar para el Estado —cuando en muchos países como España es la única forma de trabajo que te ofrece garantías de continuidad—, o de recibir ayudas o subvenciones de su parte —especialmente importante a nivel de estudios, política agraria y ganadera, y de las nuevas empresas iniciadas, sobre todo, por los jóvenes—.

Esto es realmente así por muy terrible que parezca, que lo es, la palabra prisión —que dada la duración seguramente se suspende o sustituye y que, en todo caso, se ve rodeada de un gran elenco de garantías—, y por muy inofensiva que se sienta la de inhabilitación —que en la mayoría de los casos no lo es—. Es por todo esto que la doctrina ve la necesidad de un estudio más pormenorizado de estas penas, que el que hasta el momento han recibido —partiendo de sus “supuestas” benevolencia e inocuidad—, y recomienda su recubrimiento con todas las garantías de que disfrutaban las penas que protegen directamente los derechos fundamentales tanto a la libertad como al patrimonio. Y más aún si se constata, como así puede hacerse tanto en España como en Latinoamérica, que con la incorporación de estas penas en el correspondiente catálogo sancionatorio lo único que se ha hecho es agravar, aún más si cabe, determinadas criminalidades. Y es que su función, generalmente, es de accesoriadad, bien de la pena de prisión bien de la pena de multa, siendo muy escasas las ocasiones en que se prevén de forma única, o como sustitutas de alguna de las anteriores.

## 5. Valoración crítica

Como hemos visto —y de nuevo—, en la práctica las cosas distan mucho de los “buenos”, y en apariencia “fáciles”, propósitos de la teoría. Acompañando a un Derecho penal en crisis no podían estar sino unos sistemas de penas que, en líneas generales, siguen respondiendo a la época de las codificaciones. En el elenco punitivo de los códigos penales latinoamericanos, y debido a la diversidad de modelos asumidos, es dable encontrar, tanto reglas que se remontan claramente al siglo XVIII, como formas muy recientes de legislación. La influencia de los modelos continentales adoptados sigue siendo determinante; y para comprobarlo baste con revisar las correspondientes partes especiales, y ver como, al igual que ocurría en aquellos, la sanción generalmente elegida a la hora de punir la gran mayoría de las conductas delictivas es la privativa de libertad. Una pena que, por su parte, y a pesar de estar cada vez más deslegitimada, vive en la actualidad un crecimiento vertiginoso.

Hoy en día, ante la incapacidad de contención de la criminalidad y el notable incremento de conductas violentas —anexo a la caída de determinados valores como la familia, el trabajo, el sistema educacional, etc.—, las sociedades reclaman justicia, piden “mano dura”. El imparable crecimiento del fenómeno criminal —de forma especialmente perceptible, como vimos, en Latinoamérica— ha alarmado la

opinión de una colectividad, que lógicamente cada vez está más asustada y menos dispuesta a comprender y aceptar una política penal moderna e iluminada. Todo parece apuntar, en consecuencia, a un retroceso en lo que al discurso de la pena privativa de libertad se refiere, y, lo que es peor, no por dificultades materiales, sino por convicción ideológica, como cárcel de custodia, de nuevo. Es decir, a medida que las penas se suavizan a tenor del cada vez mayor reconocimiento del daño que produce el encarcelamiento, las condenas largas van adquiriendo una justificación especial en la necesidad de protección de la sociedad frente a determinados individuos y sus conductas.

El panorama difícilmente podría ser más retribucionista. La pena, hoy por hoy, no sirve para nada más que para reforzar los valores de una sociedad que se muestra incapaz de hacer frente al crimen —procurando los medios para reducir la conflictividad—, con lo que se está ahogando por completo la única tendencia humanitaria, la resocializadora. Y es que el problema no es tanto de expansión del Derecho penal en general, como de expansión específica del Derecho penal de la pena privativa de libertad. La pena privativa de libertad, por encontrar su legitimación precisamente en la resocialización, está por tanto en crisis. Una crisis que, sin lugar a dudas, comienza con lo inapropiado del propio medio en que debe desarrollarse; esto es, la cárcel. Porque educación para la libertad y restricción de ésta son, evidentemente, incompatibles.

## VI. DISCURSO RESOCIALIZADOR Y PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

### 1. Crisis del ideal resocializador y crisis de la cárcel. Especial referencia a Latinoamérica

- a) El paso del sueño al mito. Sus consecuencias en el discurso sancionador del Estado

La orientación reformadora alcanza significativa importancia a finales del XVIII —que es cuando se consolida la nueva pena privativa de libertad—, pero no es sino hasta bien adentrados en el siglo XIX, por los efectos que trae consigo la industrialización, que se generaliza y fortalece su meta resocializadora, hasta entonces marginada a determinadas instituciones del sistema penal. Desde aquel momento se asiste a una importante renovación en los sistemas penales internacionales que llega hasta nuestros días, si bien con importantes trabas. Unas trabas que están siendo edificadas a partir de los propios restos en que se está convirtiendo la panacea de la resocialización, debido a la crisis en la que actualmente se ve envuelta. Y es que la resocialización ha pasado, en un breve periodo de tiempo, de constituir la alternativa de futuro al Derecho penal clásico



a plantear graves dilemas con su consecuente puesta en entredicho. El optimismo de los primeros momentos comenzó a decaer, en torno sobre todo a la escasez de resultados prácticos. Esto sucedió en los años setenta y desde entonces ha sido cuestionada.

En todo el mundo se alzan contra ella críticas de lo más diverso, que parten de la ambigüedad e inconcreción del propio concepto de resocialización y que acaban con todas las dificultades teóricas y prácticas que conlleva la meta resocializadora. La utopía resocializadora ha caído en descrédito, y esto ha traído consigo graves consecuencias. La crisis de la resocialización unida a otra crisis, en este caso la del Estado de bienestar, y el recorte presupuestario que esta última ha supuesto —que conllevó, entre otras cosas, la supresión de una parte importante de los recursos económicos que habrían ayudado a llevar a cabo una política carcelaria efectivamente resocializadora—, ha provocado el que hoy en día se asista en muchos países, sobre todo en Estados Unidos, a un desplazamiento de la prevención especial positiva, o resocializadora, a la negativa, intimidatoria o inocuidadora. Los cambios sufridos por el Estado, con el fortalecimiento de su elemento de guerra (*warfare*) y el consiguiente detrimento de su elemento social (*welfare*), han llevado a un mayor intervencionismo y penetración en los derechos de los ciudadanos, como ocurre con la *Berufsverbot* en Alemania, *Legislazione di Emergenza* en Italia, e incluso la propia legislación antiterrorista en España. Algo similar ocurre también en Latinoamérica.

El endeudamiento externo que sufren la gran mayoría de los países que la conforman, ha provocado grandes desajustes económico-sociales que han afectado de forma notable al sistema penal, y particularmente a su subsistema penitenciario, profundamente desfinanciado por la crisis global que en la actualidad se padece<sup>18</sup>. Escasez de recursos que, a un tiempo, y tal y como vimos, perjudica los programas de prevención primaria, con el consecuente aumento vertiginoso de la criminalización de los sectores sociales más vulnerables, respecto de los cuales se están adoptando verdaderas políticas de emergencia. Políticas de orden público que enfatizan, nuevamente, las teorías de prevención general con el correspondiente rechazo de toda objetivo reformista o de intervención asistencial.

(18) Conforme a los datos del Banco Mundial en 1979 la deuda externa mostraba ya una carga deudora superior al 10% de las exportaciones cubriendo, junto a África y el Extremo Oriente, la mayor parte de América Latina. En los años siguientes la situación se agravó notablemente, entre 1975 y 1983 se triplicó la deuda, al mismo tiempo que aumentaron los intereses, de tal forma que en 1982 los servicios de las deudas externas equivalían a más del 50% de los pagos de los países acreedores. En 1986 la deuda latinoamericana asciende a 365 mil millones de dólares. Los créditos para el desarrollo bajan del 60% al 34% en la década de los ochenta, al igual que la inversión directa —que baja del 20 al 14%—. La traducción de todo esto: los países acreedores no sólo aumentan el déficit de los países latinoamericanos, disminuyendo el precio de los productos que compran y aumentando el de los que venden, sino que incluso comprometen las exportaciones de esos países para descargarse del exceso de medios que en aquel momento provocó la llamada "crisis del petróleo". Una política proteccionista que les sumerge en la grave crisis que hoy en día soportan.

Asistimos, como impasibles espectadores, al paso de un enfoque resocializador a otro intimidatorio, al retorno a la represión "pura y dura", a la vuelta a la concepción de la "pena de la culpabilidad". Y lo peor de todo es que la pena privativa de libertad, tal y como está concebida hoy en día, es el caldo de cultivo perfecto para ello. Vemos como se dan no sólo uno sino muchos pasos atrás y, sin embargo, no podemos decir que sea algo ilógico —que es algo muy diferente a que sea deseable—. Porque si partimos de que, salvo raras excepciones, los esfuerzos rehabilitadores no han reportado efectos apreciables sobre la reincidencia, lo más cómodo, ciertamente, es retomar la antigua vía, que también es la más fácil: sencillamente apartamos el problema y nos olvidamos de él. Ésta ha sido la filosofía seguida por la, casi inaugurada, corriente del "nothing works", y de igual forma se ha alzado como argumento central del neoclasicismo.

Las peticiones de dureza y represión son, por tanto, sólo la consecuencia de la crisis en que se ve sumergida la resocialización. Las causas —que es por donde hay que comenzar a trabajar— son el verdadero problema. Las críticas más duras, evidentemente, se vierten sobre la prisión y su inadecuación intrínseca para alcanzar cualquiera que sea el fin resocializador, pero éstas no son las únicas. Las críticas también pasan por poner en entredicho la legitimidad del propio objetivo resocializador, y al respecto se preguntan: ¿cómo se puede pretender resocializar a un individuo para integrarlo en una sociedad que en sí es criminógena? ¿El primer paso lógico no sería el de resocializar primero a esa sociedad?

b) La dudosa legitimidad de la resocialización ¿Resocializar para qué?

Si la resocialización sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo posee un orden social y jurídico justos, y la realidad es diametralmente opuesta a tales directrices, ¿qué hacemos, en definitiva, hablando de resocialización?

Como ya hemos analizado, la mayoría de la personas que pueblan las prisiones pertenecen a los sectores más desfavorecidos tanto económico-social como culturalmente. Son, por ello, personas carentes de un proceso socializador mínimo, por lo que su "resocialización" presenta problemas insalvables a menos que cambien sus circunstancias de base. En este sentido se critica la falta de legitimación que supone el buscar una resocialización únicamente dirigida al delincuente olvidando al otro factor integrante: la sociedad. Se está dejando de lado, en definitiva, la co-responsabilidad que respecto del delito pueda tener la sociedad —y de la que ya habló LISZT en su momento—. Y, al respecto, son muchas las corrientes críticas que —como la del *labelling approach* o teoría del etiquetamiento, la del psicoanálisis, o la Criminología crítica— traspasan la culpa del delito, o al menos la causa del mismo, a la sociedad. Se pretende,

en consecuencia, resocializar primero a la sociedad en tanto que —también— “culpable” del delito; lo cual, en última instancia, llevaría irremediablemente a exigir la abolición del Derecho penal y la creación de un estado final paradisíaco en el que todos los hombres convivan libres y felices, sin represión. Una hipotética abolición que por el momento es imposible.

Dejémonos pues de tanto sueño utópico. Lo único real y cierto es que la cárcel sigue ahí, por mucho que no queramos verla, y mientras no desaparezca no podemos dejar en el olvido a los que en ella se encuentran. Es nuestra responsabilidad, es responsabilidad de toda la sociedad. Entre el Estado y el condenado hay un entramado de derechos y deberes ineludibles, y el hecho de que el sujeto esté sometido a una pena privativa de libertad no implica que deje de ser ciudadano de un Estado. Es más, esa relación jurídica del Estado con el condenado a prisión, dada su condición de recluso, debe ser más especial, y, entre otras cuestiones, aquél está primordialmente obligado a intervenir en la readaptación de éste. Porque igual que la sociedad tiene el derecho y la obligación de defenderse frente a la violación de la ley, tiene el derecho y la obligación de ocuparse de los infractores. La sociedad les debe su resocialización, o al menos debe tender a ella. Eso es lo más razonable en una sociedad orientada *output* a las consecuencias, y donde ninguna institución puede fundamentarse en su simple valor simbólico sin aportación positiva alguna a la sociedad. Esto es, hay que tender en todo caso a la resocialización. Pero, ¿esa finalidad es compatible con el medio empleado?

- c) Resocialización y tratamiento penitenciario. La paradoja de pretender educar para la libertad en condiciones de falta de libertad

Como todos sabemos, la cárcel siempre ha sido mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Cuando a una persona se le condena a prisión no sólo se le condena a estar encerrada en un establecimiento penitenciario, sino también se le obliga a estar con personas que no ha escogido, a comer lo que le den, a dormir junto a quien le corresponda, etc.; y todo ello sin contar con las altas probabilidades de ser violado sexualmente y de ser más propenso a ser lesionado o asesinado que en la vida en libertad —aparte de la involucración que este hecho tiene para su familia, sobre todo cuando el condenado es, al mismo tiempo, el encargado de mantenerla—.

Las muertes por homicidio en las cárceles latinoamericanas ocurren en una relación 25 veces más alta que en la vida en libertad y de las muertes por suicidio es al menos 8 veces más alta<sup>19</sup>.

(19) CARRANZA LUCERO, E., “Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa”, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 11, nº 16, Mayo 1999, p. 1. Versión electrónica en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2016/carrab16.htm>

Desde su concepción tradicional la prisión siempre ha significado el abandono de las garantías mínimas inherentes al ciudadano y el abuso del autoritarismo dentro del sistema penal. En las prisiones existe una subcultura carcelaria, caracterizada por valores radicalmente opuestos a la actitud de colaboración que se hace necesaria para conseguir el clima propicio para el tratamiento resocializador. Es lo que CLEMMER denomina “prisonización” y GOFFMAN “enculturación”, cuyos evidentes efectos negativos en pro de la resocialización son difícilmente evitables con el tratamiento. La persona se sumerge en una “cultura de jaula” que nada tiene que ver con la de la vida del adulto en libertad. A partir de esto es fácil concluir que no siempre un “buen preso” es un buen ciudadano en libertad.

El proceso es el siguiente: al ingresar en prisión el interno se ve obligado a adaptarse a esta nueva cultura, si no quiere incurrir en las sanciones impuestas por sus propios compañeros que pueden ir desde el aislamiento hasta los malos tratos e incluso la muerte. Este proceso de adaptación va en sentido inverso al que pretende el tratamiento resocializador, y que comienza con lo que GOFFMAN califica como fenómeno de desculturización —o pérdida de las capacidades vitales mínimas exigidas para llevar una vida en libertad— y continúa con el fenómeno denominado como enculturación (también llamado *prisonización*) —y que consiste en que el preso adopte, en mayor o menor medida, los usos y costumbres, tradición y cultura del establecimiento penitenciario—. Todo ello unido a otros factores como el tiempo de duración de la condena, la personalidad del recluso, las relaciones que sustenta con el exterior, el trabajo que desempeña en la prisión, etc.

Porque la pena privativa no sólo es un mal que priva de la propia libertad, sino que el ambiente hostil en el que se desenvuelve para nada crea el ambiente relajado que el sujeto necesita para ser tratado con expectativas de éxito. Desde el momento en que el recluso acepta la prisión como modo de vida, si bien ha perdido el hábito criminal también ha perdido el de la vida en libertad, lo que, ciertamente, es mucho más grave. Ha olvidado todas las técnicas sociales de relación y de afirmación ante los demás y vuelve desocializado, y estigmatizado, a un mundo que fuera de los muros que lo han recluido ha continuado evolucionando según sus propias leyes. La “inmersión cultural” que debe vivir el sujeto no puede interpretarse, en definitiva, ni tan siquiera como una tentativa de reeducación ni nada que se le parezca o se aproxime a lo que postula la ideología del tratamiento. El pretender resocializar a un individuo a través de la pena más que una realidad es, en consecuencia, una falacia, un “mito”, por ser esa propia pena la que estigmatiza al delincuente frente a la sociedad. No sale de la prisión sino con un pasaporte que debe mostrar en todos los sitios a los que va y que menciona la condena que ha cumplido, y que al día de hoy solo cabe traducirse en términos de estigmatización, incompreensión, desempleo y soledad. Una soledad que sólo podrá abatir uniéndose a personas en su misma situación; esto es, a otros excarcelados.

En pocas palabras, la cárcel desocializa por muy humanizada que esté, o pueda llegar a estar, la pena privativa de libertad. Lo deseable, evidentemente, sería poder prescindir de ella y este es un sueño al que no debemos renunciar. Sin embargo, la resocialización debe abordarse "aquí" y "ahora". En la sociedad de hoy, y no en una futura sociedad que no existe por muy deseable que así fuera, ponderando el impacto real y efectivo de los medios con los que la concreta colectividad en que nos desenvolvemos, o al menos así lo intentamos, cuenta. Unos recursos ciertamente "pobres" en los países que aquí analizamos, y que empeoran "su" situación penitenciaria hasta cuotas casi inimaginables.

c) La deplorable situación de las cárceles latinoamericanas

1. La escasez y precariedad de recursos con que se cuenta

Ciertamente resulta absurdo fijarse como fines a alcanzar el tratamiento y la resocialización cuando, de entrada, faltan los recursos materiales para hacerlo; cuando la disfuncionalidad entre fines y medios es tan constatable como lo es en Latinoamérica. En esta parte del mundo —no sabríamos decir si más que en cualquier otra, pero en todo caso dejamos ahí la duda— los fines resocializadores están muy lejos de alcanzarse, aún sólo en cuota mínima, tanto en cualquiera de las penas incluidas en los respectivos catálogos como, y sobre todo, en las cárceles allí existentes. Éstas, primeras víctimas siempre de la falta de recursos, se caracterizan por el hacinamiento, la falta de salubridad, alimentación y servicios, y una enorme mayoría de presos sin condena. Son factores todos ellos que convierten a las cárceles latinoamericanas en verdaderos depósitos de hombres, en "tristes almacenes de seres humanos", por lo que el ingreso en prisión dista muy poco del "descenso a los infiernos de Dante".

Según un reciente estudio, en Costa Rica las cárceles se encuentran al 110% de su capacidad, en El Salvador al 167%, en Honduras al 209%, en Guatemala al 113%, en Nicaragua al 104%, en Panamá al 137% y en México al 128%. En lo que a Chile se refiere, desde luego la situación no mejora, dado que el actual déficit carcelario es del 60%, el mayor en los últimos 30 años, lo que significa que donde hoy hay 10 reclusos, debiera haber seis. Consecuencialmente, cada vez con mayor frecuencia se producen motines, toma de recintos, fugas, huelgas de hambre, desórdenes. Esa situación de hacinamiento y la falta de una política clara en materia carcelaria son factores que en gran medida explican situaciones tales como la muerte de 26 internos en el penal de Iquique, el 20 de mayo de 2001, las fugas de la cárcel de Valparaíso dos años antes y otros problemas aparentemente menos relacionados, tales como el alto nivel de reincidencia, que supera el 50%, y las altas tasas de delincuencia. En los últimos años se ha producido un importante aumento de la población penal, debido al incremento que ha experimentado la delincuencia —Chile es el país con la tasa per cápita de presos más alta de América Latina, más de 260 presos por cada cien mil habitantes—. Mientras en 1990 había 22.500 reclusos en todo el país, en el año 2000 su número se elevó a 34.000, lo que significa un crecimiento del 51%. Lo anterior se confirma al observar las tasas de denuncias de delitos: las tasas de delitos

y simples delitos son superiores en 112% a las que existían hace 20 años. En el caso de delitos como el robo, el crecimiento ha sido superior al 170%. Para apreciar la magnitud de lo anterior —en términos del número de denuncias y no de tasas—, mientras en 1980 se denunciaban unos 31.000 robos al año, 20 años después se denunciaban más de 106.000. Si se considera que las denuncias representan menos de la mitad de los casos ocurridos, eso significa que en el 2000 ocurrieron más de 260.000 robos. Si a éstos se agregaran otros delitos como hurtos, lesiones, violaciones y homicidios, se llegaría a los 400.000 casos delictivos. Otro factor concurre también a la crisis carcelaria: el déficit y el deterioro de la infraestructura carcelaria. Actualmente, la capacidad del sistema penitenciario chileno está diseñada para recibir a 21 mil internos. En la práctica alberga a 34 mil; esto es, el déficit carcelario supera el 60%. Si bien el déficit carcelario ha sido alto durante los últimos 15 años, fluctuando en valores superiores al 30%, en la actualidad presenta niveles significativamente más altos.<sup>20</sup>

La reducción presupuestaria a nivel penitenciario —primera "política de ahorro" a llevar a cabo cuando de crisis económica se está hablando— se contradice con el rápido crecimiento de la población reclusa; lo cual, irremediablemente, ha conducido a que en la actualidad se asista a un hacinamiento penitenciario que va desde el 200% al 900%. Una situación desesperada que con demasiada normalidad se traduce en sangrientos motines que se cobran innumerables víctimas —al respecto, quepa recordar los habidos en México, Perú, Guatemala, Colombia o Venezuela, sin olvidar la siniestra "lotería de la muerte" brasileña—.

Tras los muros de las prisiones latinoamericanas se asiste, en definitiva, a un submundo de tragedias y abusos, puesto que en nombre del Estado y de la tranquilidad social se legitima la desaparición de todas las garantías, tanto penales como procesales, que las leyes y Constituciones consagran. El espectáculo es de verdadera expiación de las culpas al más puro estilo retributivo, a lo cual contribuye, sin lugar a dudas, la carencia de legislaciones penitenciarias que pongan un poco de orden en el momento ejecutivo de la pena.

2. La preocupante inexistencia de leyes penitenciarias en algunos países

Es aún dato característico de la mayoría de las prisiones latinoamericanas la inexistencia de una regulación moderna del sistema penitenciario. Un vacío que tiene como consecuencia una imparable proliferación de leyes, reglamentos, circulares y disposiciones, cuyos resultados últimos son de pura arbitrariedad, sin respeto ninguno a las garantías mínimas de los prisioneros y con una constante violación de los derechos humanos. Una arbitrariedad ejecutiva que, si bien es siempre un dato decisivo, duplica su relevancia cuando a presos "disidentes armados del poder establecido" se refiere<sup>21</sup>.

(20) Vid., en [http://www.abogados.cl/revista/22/articulo\\_1.htm](http://www.abogados.cl/revista/22/articulo_1.htm)

(21) Basta para ello con recordar el espectáculo tan lamentable que ofreció el gobierno peruano cuando mostró a Abimael Guzmán con traje a rayas y enjaulado, las matanzas de terroristas en los penales de Perú, motines en Brasil, etc.

En Chile, en concreto, es de destacar el obsoletismo y la enorme dispersión de su "armamento jurídico penitenciario". Aún sigue en vigor el Decreto Nº 542 que crea el Patronato Nacional de Reos y que fue aprobado el 5 de febrero de 1943. Un texto de apenas 9 artículos aplicables que en poco o en nada esclarece el asunto penitenciario. Junto a él cabe hacer alusión al Decreto Ley nº 409 sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad de 1932 de otros 10 artículos, que tampoco aporta claridad alguna a cuestiones fundamentales como el trabajo penitenciario, el régimen disciplinario, los contactos del interno con el mundo exterior, sus derechos, etc. Una seria escasez de garantismo, sólo en una mínima parte compensada por el propio Código penal chileno que, de su parte, dedica 7 artículos (arts. 79 a 81, y 86 a 89) a establecer algunas reglas de ejecución y cumplimiento de las penas privativas de libertad. La Constitución chilena, a su vez, se limita a hacer dos alusiones generales a la prisión preventiva en los apartados d) y e) del art. 7º; un tema más ampliamente desarrollado en los artículos 139 a 152 del Código de Proceso Penal (de 12 de octubre de 2000).

En dos materias, sin embargo, se hace especial hincapié en la legislación penitenciaria chilena: la libertad condicional y las alternativas a la pena privativa de libertad. La primera se trata de forma bastante pormenorizada en el aún vigente Decreto-Ley Nº 321, que establece la libertad condicional para los penados, y que data de 1925, y su correspondiente reglamento (D.S. 2442) de 1926. Entre ambas disposiciones se alcanzan los 43 artículos, lo que en comparación con el resto de la normativa penitenciaria es destacable. De otro lado, la Ley nº 1826, que establece medidas que indica como alternativas a la pena privativa de libertad y deroga disposiciones que señala, de 1983, y su consiguiente reglamento, de 1984, suman un total de 69 artículos en relación a este tema. Una "abundante" normativa que nos llama poderosamente la atención, otra cuestión son los aportes finales de la misma, lo que entraremos a valorar en su momento. En definitiva, estamos ante la presencia de un cúmulo de normas que no pasan de ser meros "principios programáticos" de la ejecución penitenciaria, pero sin el escrupuloso desarrollo normativo correspondiente. Un elenco de buenas intenciones que sólo en una mínima parte se ven materializadas en la realidad cotidiana de las cárceles chilenas. La necesidad, en consecuencia, de una legislación penitenciaria seria y pormenorizada para Chile es apremiante.

Las cárceles latinoamericanas, por tanto, se ven sometidas a una administración caótica, que, por sí fuera poco, en nada se ve beneficiada cuando es llevada a cabo, como así ocurre en la mayoría de los casos, por cuerpos militares o policíacos —o personas, en todo caso que antes habían formado parte de cuerpos armados—<sup>22</sup>, que de poca especialidad disponen en aras a resolver en alguna medida esta problemática<sup>23</sup>; y mientras los salarios y las condiciones de trabajo se mantengan como hasta el momento, pocos cambios cabe esperar.

En la legislación penitenciaria chilena, como es obvio debido a su obsoletismo, no se hace mención a la especialidad, preparación y vocación profesional del personal administrativo, técnico y de custodia de las instituciones de internamiento. Cualidades que, en todo caso, y por

(22) En un estudio realizado por DÄUMLING, respecto al personal de vigilancia de los centros penales en Guatemala, se registró que el 60% pertenecieron a las fuerzas armadas, el 49% sólo tuvieron grado en tropa, el 48% fueron sub-oficiales y el 71% participó en la guerra. La mitad de ellos confesó que el cambio de profesión obedecía a una seguridad económica y sólo el 14% manifestó interés en las características propias de la profesión.

(23) En la mayoría de los países no existe carrera penitenciaria y cuando así es los cursos de ingreso tan sólo duran algunas semanas. Unos cursos en que se otorga un especial relieve a la instrucción física y a la técnica penitenciaria, en detrimento de las ciencias sociales, que ocupan un tímido segundo plano.

desgracia, en poco o nada coinciden con la mayoría de los funcionarios de Gendarmería de Chile, como encargados de tales funciones en las cárceles chilenas, que de su parte carecen de los más mínimos medios económicos para que tal utopía sea posible. Es más el informe de Derechos Humanos 2005 de la Universidad Diego Portales da cuenta de una práctica generalizada de abusos a internos, prácticas corruptas e irregularidades de diverso signo por parte de estos funcionarios<sup>24</sup>.

Y es que la deplorable situación en que se encuentran las cárceles latinoamericanas no parece, en todo caso, tener perspectivas cercanas de solución cuando, a falta de política criminal a mediano y largo plazo, en ellas predomina, junto a la improvisación y desorganización, la falta de financiación.

Porque no hay duda en que toda la problemática se agrava ante la crisis económica existente, que impide la utilización de recursos para el estudio y solución del problema, que "no es considerado prioritario y que se enfoca desde el punto de vista político de la seguridad". Una crisis que, de igual modo, impide la construcción de estructuras penitenciarias adecuadas en las que poner en práctica el régimen penitenciario progresivo, con las secciones de observación, clasificación y separación de los internos oportunas, sobre todo para la diferenciación de preventivos y procesados. Porque, ciertamente, el éxito de los programas de tratamiento depende en gran medida de la suntuosidad de las inversiones que al respecto se hagan, y sin embargo éstas son claramente escasas; y, lo que es aún peor, la opinión pública está de acuerdo en que las cosas sean —y permanezcan— así.

### 3. La falta de conciencia social suficiente en aras a abordar este problema

El ciudadano medio difícilmente acepta que mientras en la calle hay hombres que no tienen trabajo, y por ello carecen de una vida digna con graves problemas de subsistencia, los presos en la cárcel sufran menos privaciones que ellos. Aún no nos hemos deshecho de la creencia ciega en la eficacia del castigo físico; de la creencia en la pena adolorante como remedio para eliminar el castigo. Aún pensamos, en definitiva, que tanto el encarcelamiento como la enfermedad, como la muerte, es algo que sólo le ocurre a los demás. Falta, en pocas palabras, la conciencia social, tanto de la colectividad como de sus representantes parlamentarios, de la necesidad de la mejora y reforma de las prisiones, y es, precisamente por aquí, por donde hay que comenzar. Por concienciar a la sociedad de que éste es un problema tan importante como pueden serlo la construcción de hospitales y escuelas. Por hacerla ver que el problema penitenciario y el problema de los liberados son problemas que nos atañen a todos. Porque la cárcel es la imagen de la sociedad. Una sociedad a veces deformada, pero siempre imagen del peor sector de la sociedad.

(24) Vid., en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=188564>

Hay que explicar al ciudadano porqué es preciso gastar una parte del dinero del contribuyente en hacer habitables las prisiones. Recordarle que los que las ocupan no son sino nuestra "basura" social y que sólo nosotros somos los responsables de "reciclarla". De igual modo, se debe recordar a la colectividad que es necesario ajustar la pena al daño efectivamente infringido; esto es, materializar en la ejecución de la sentencia el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y el fallo condenatorio; ni un ápice de dolor más. Pero, entonces, ¿en base a qué principio todas aquellas personas respecto de las que aún no se ha emitido sentencia sufren las mismas, o incluso más, privaciones que los ya efectivamente condenados? Esto es, ¿qué pasa con los presos sin condena?

#### 4. Un "excursus" sobre el problema de la prisión preventiva

Que duda cabe en que en nada ayuda a todo el objetivo resocializador la existencia de la prisión preventiva. Mejor dicho, es evidente que el tema se agrava con su presencia. Y es que en los casos de los presos sin condena la situación, ciertamente, es paradójica. Tras tantos y tantos años de peticiones en pro de que la cárcel finalmente se convierta en centros de tratamiento resocializador, resulta que más de su mitad está ocupada por personas que "oficialmente no son delincuentes, que aún no han sido condenadas ejecutoriamente, que se presume son inocentes y que, por lo tanto, ni pueden ni deben ser objeto de ninguna medida de tratamiento o resocializadora".

En lo que a Latinoamérica respecta, este es un problema ciertamente grave. Allí lo que debía ser la excepción se ha convertido en la regla, y al respecto los datos son realmente escalofriantes. Los presos sin condena suponen entre el 45 y el 91% del total de encarcelados en América Latina. Un muy elevado porcentaje reflejo de la distorsión en el plano procesal penal que convierte al proceso en pura inquisición, sustrayéndolo parcialmente de la mano judicial, y de la conversión de la privación de libertad en un instrumento intimidatorio graduado no sólo en razón de la gravedad de la imputación, sino también de desvalores impuestos por grupos sociales dominantes y conforme al grado de certeza de la prueba". Y lo peor de todo es que la perenne lentitud de la maquinaria punitiva, junto al imparable aumento, como vimos, de la criminalidad, continúa elevando estos porcentajes a niveles casi inimaginables en sistemas penales donde el encierro es el único medio de control utilizado<sup>25</sup>.

En Chile la situación no es mucho mejor, pues los presos sin condena en 1993 ya alcanzaban al 60% de los reclusos<sup>26</sup>. En la actualidad, y según datos de la Defensoría Penal

(26) De 21.311 presos, 12.675 eran presos sin condena, lo que suponía el 59% del total de la población penitenciaria. Vid., en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2016/carrab16.htm>

(25) En España la situación tampoco es que sea mucho mejor. Si bien por la reciente LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, se ha buscado el ajustar un poco más dicha figura a los principios constitucionales —sobre todo el de presunción de inocencia— y a su carácter de última ratio, lo cierto es que la imparable tendencia a incluir conductas en el CP y a incrementar la duración de las penas privativas de libertad trae como ineludible consecuencia el incremento final de personas en situación de prisión provisional. Luego de esas buenas intenciones, al final, y en números globales, no cabe esperar demasiada virtualidad práctica.

pública, a un 33,4% de los imputados se les aplica la prisión provisional. Una situación que, sin duda empeora enormemente con la previsión, en el art. 141 del Código de Proceso penal, de la posibilidad de aplicarla también a delitos sancionados con penas pecuniarias, privativas de derechos o inferiores a 540 días, y a aquellos delitos en los que el tribunal considerare que el imputado de ser condenado, gozaría de penas alternativas.

Ciertamente es difícil de comprender como los mismos códigos penales, que actualmente están tan empeñados en eliminar de su catálogo de penas a las privativas de libertad de corta duración, y las mismas Constituciones y Leyes Generales Penitenciarias —en el caso de que existan—, que apoyan su base y fines en la resocialización y el tratamiento de los condenados a penas privativas de libertad de larga duración, mantienen al mismo tiempo la prisión preventiva que es todo lo contrario a la realización de tales objetivos, y que a lo único que porta es a una distorsión en la aplicación del principio de inocencia, puesto que generalmente opera de manera restrictiva por razones económicas<sup>27</sup>.

La Constitución chilena manifiesta que: "La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla" (art. 19.7º.e). En tal sentido, el Código de Proceso Penal chileno, en su art. 139, dice literalmente: "la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento", pero al mismo tiempo, y como vemos, amplía enormemente la posibilidad de su aplicación en los arts. 140 y 141, inciso cuarto. La legislación chilena no recoge expresamente la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, pero sí cabe rescatarla de forma indirecta del Decreto-Ley nº 409 sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad, que en su *Considerando* literalmente manifiesta: "Que el régimen establecido en las prisiones, que tiende a la regeneración del delincuente". Una plausible tendencia que choca frontalmente con la previsión de la figura de la prisión provisional. Un adelantamiento de la pena, irónicamente marcado por la "presunción de inocencia" y, respecto de la que no existen más alusiones en la legislación chilena, por lo que la improvisación, y en consecuencia la inseguridad jurídica, son las cartas de presentación de su ejecución. Luego cabe aseverar la desprotección más absoluta de los presos sin condena en la realidad penitenciaria chilena.

Nos situamos ante una institución simplemente detentiva. Es decir, una pena que tiene todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad pero ninguna de sus "ventajas". Aquí la dignidad de la persona, la seguridad jurídica y las contraindicaciones del ingreso en la cárcel, pasan a un segundo plano ante el apetecido efecto simbólico de la prisión. Es, por ello, y de entrada, una institución contraria a todo discurso utilitarista de la pena como del que aquí se parte. Es un problema que, en todo caso, no se limita a afectar únicamente a quienes la deben sufrir, sino también al resto de la población reclusa, al crear verdaderos problemas de hacinamiento y de costes. Luego es un asunto ciertamente emblemático por el que urge comenzar.

(27) Porque lo normal es que la excarcelación se decrete bajo fianza, de manera que los imputados con escasos recursos económicos no pueden gozar de ella y se ven compelidos a sufrir la prisión preventiva a pesar de que sobre ellos también planea la presunción de inocencia.

Cierto es que la prisión preventiva no es inconstitucional sino que supone una excepción a la garantía constitucional de la libertad, pero, precisamente por eso, porque las excepciones son excepciones, no se deben interpretar de forma amplia de manera que se pierda la perspectiva y se les llegue a tratar como si fueran los principios, y a éstos como si fueran las excepciones, y con mayor motivo si se está, como es el caso, ante derechos constitucionales. Por esta razón, y de acuerdo con las normas constitucionales y el propio espíritu que las alienta, la necesidad de prever la prisión sin condena no se puede establecer genéricamente sino en relación con cada caso, considerando al individuo en concreto y a las circunstancias fácticas particulares, y siempre bajo el manto protector de la ultima ratio y la necesaria sujeción a límites.

## 2. Conclusiones valorativas

- a) Inutilidad e inevitabilidad de la prisión. Los dos extremos de la tensión

Ciertamente nos encontramos ante una grave contradicción. 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"; del otro, debemos afirmar que ésta pena, hoy por hoy, es tristemente necesaria en lo que a ciertos delitos y a ciertos delincuentes se refiere. La doctrina que mayoritaria y reiteradamente alza la voz en contra de la prisión, es la misma doctrina que, posteriormente, se ve obligada a reconocer que toda sociedad que renunciase actualmente a esta pena firmaría, a un tiempo, su propia sentencia de muerte. Acordaría la abolición de la propia sociedad organizada en Estado, y, lo que es aún peor, sin la certidumbre de que lo que viniera a ocupar el espacio vacío fuese más humano.

La pena de prisión, en definitiva, y nos guste o no, al menos al día de hoy es irrenunciable. Por el momento la inteligencia humana no ha logrado encontrar otro medio de reacción contra el desafío de la gran criminalidad más disuasorio que la prisión. Pero esto, y sin embargo, no significa renunciar a su sometimiento a todos los controles y límites necesarios para preservar la dignidad humana, ni renunciar a reducir, en la medida de lo posible, sus aspectos negativos: insuficiencia de espacio, inseguridad personal, etc. Tampoco significa olvidar que su crisis está, precisamente, en esa 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 jurídicos. 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, intimidatoria y neutralizante por el mayor tiempo posible —que es, sin embargo, y como vimos, lo que cada vez en mayor medida está pidiendo la opinión pública—. La resocialización tiene que seguir siendo, en definitiva, la inexcusable referencia.

- b) El punto de referencia inexcusable: la resocialización como el camino hacia el Derecho penal mínimo

Cierto es que, tras lo expuesto, parece ser sobran las razones que nos hacen mostrarnos bastante pesimistas en cuanto al futuro del tratamiento penitenciario se refiere. Este no es, para nada, el "remedio mágico" capaz de resolver todos los problemas e inquietudes de que adolece tanto el condenado en concreto como la sociedad que tiene detrás; sin embargo, el recluso sigue ahí, su tiempo está disponible, y este tiempo está vacío. La resocialización, como la única forma de prevención especial que puede conllevar la "humanización" del delincuente, debe seguir siendo por tanto la referencia; puesto que si bien posee numerosos inconvenientes éstos, sin lugar a dudas, son los menos malos en un régimen democrático y pluralista. Debemos, en consecuencia, "rehabilitar el ideal de rehabilitación".

Lo hasta ahora dicho no debe, ni mucho menos, traducirse en la dejación de todos los esfuerzos necesarios para mejorar y humanizar las prisiones, ya que, como en alguna otra ocasión hemos manifestado, el que entra en la cárcel tiene, al menos, derecho a una cosa: a que en el día de su liberación no salga peor de lo que entró. La solución estaría en obtener una política-criminal, con vocación científica y práctica, que pretenda evitar los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad. En desarrollar programas diferenciados que ayuden de forma individualizada a cada penado, y respete su dignidad, e intentar eliminar a largo plazo todo tipo de coacción. Cejar en el intento sólo se traduciría en un aumento del problema penitenciario, de las medidas extralegales y subterráneas; en un regreso a la represión total, a un derecho del acto que no contemple al hombre; en la eliminación de medidas preparatorias como la libertad condicional y, ¿quién sabe? quizás en un retorno a la pena de muerte.

El sistema penitenciario necesita una orientación definida; la imposibilidad de abolir la prisión impone esta necesidad. El cuestionamiento al Derecho penal y la crisis de las sanciones tradicionales no impiden la definición de una política penitenciaria que realmente refleje los principios de un Estado democrático de Derecho. La meta no debe por tanto variar. La meta a alcanzar mientras exista la cárcel, que parece ser estará con nosotros durante mucho tiempo, debe seguir siendo la resocialización. Ciertamente es una empresa difícil pero no por ello hay que dejar de intentarlo. Porque la resocialización es, en todo caso, y repitiendo, la única esperanza que nos queda para alcanzar ese Derecho penal menor del que

habla RADBRUCH. Es la inexcusable vía hacia el Derecho penal mínimo, puesto que sólo mediante la combinación de ambos criterios preventivos se porta a la paulatina —pero no menos prudente— descriminalización, a la utilización de sanciones alternativas a las puramente penales y a la potenciación de figuras e instituciones como la libertad condicional, el arresto domiciliario, el de fin de semana, o la suspensión de la condena.

## VII. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS Y LA URGENTE NECESIDAD DE BUSCARLE ALTERNATIVAS

### 1. La pena privativa de libertad modernamente concebida

En la actualidad a la pena privativa de libertad cabe concebirla como la privación de la libertad ambulatoria durante un determinado período de tiempo. La libertad de que se le priva, por tanto, se concentra principalmente en la libertad de movimientos, dejando a salvo todos los demás derechos que no sean incompatibles con la pérdida de la libertad ambulatoria, y que el condenado en todo caso conservará —este es el motivo por el cual se priva al reo de derechos como el derecho de reunión o de huelga y, sin embargo, se le conservan derechos como el derecho al sufragio activo o el derecho a un trabajo remunerado—. En todo caso, hoy en día como privación de libertad no sólo se conoce a la pena de prisión propiamente dicha, sino que bajo tal terminología se cobijan todas aquellas otras penas que también suponen una privación de libertad: el arresto fin de semana, el arresto domiciliario y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa.

#### a) La pena de prisión en España y Chile

##### 1. La unificación de la terminología

Una vez llegada la ideología resocializadora, deja de tener sentido toda clasificación basada en la afflictividad y se comienza a hablar de pena de prisión como pena unitaria de privación continuada de libertad, terminándose, en consecuencia, con la antigua clasificación de las penas de encierro según el número de años a cumplir y el distinto carácter represivo que las caracterizaba —léase reclusión, prisión y arresto—. Una diferenciación que, sin embargo, aún se mantiene en algunos de los países latinoamericanos, exigiéndose formas diversas de cumplimiento —a veces con obligación de trabajar—, pero que en la práctica constituyen una única pena de prisión pues se cumplen todas de igual forma.

La pena privativa de libertad es entendida de forma unitaria por el CP español, puesto que en su art. 33, al enumerar las penas privativas de libertad, habla exclusivamente de prisión,

la localización permanente y responsabilidad subsidiaria por impago de multa. Se aparta, en consecuencia de la clasificación consignada en el CP anterior en que si se diferenciaba entre arresto, prisión y reclusión (art. 73). El CP chileno, sin embargo, y como es lógico tratándose de un texto de más de 130 años, distingue varias modalidades de privación de libertad: presidio perpetuo calificado, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio mayor, relegación perpetua, confinamiento mayor, relegación mayor, presidio menor, reclusión menor, confinamiento menor, relegación y prisión (art. 21 CP), según se ejecute en un centro penitenciario de forma temporal o indefinida (art. 32 bis), conlleve o no la realización de trabajos (art. 32) o se ejecute en otro lugar del que no podrá salir (arts. 33 y 35).

Pena de prisión, por tanto, entendida de forma unitaria, pero en todo caso sujeta a límites. Veamos cuales son los límites recomendados desde la teoría y los aplicados, no obstante, en la práctica de las realidades española y chilena.

### 2. Límites máximos

Los largos períodos de privación de libertad lo único que hacen es alejar de forma definitiva al individuo de la sociedad, convirtiéndolo en una especie de “muerto en vida”, pues destruyen su personalidad una vez perdida toda expectativa en una futura libertad. Son, por ello, penas que no tienen cabida en todo sistema penitenciario orientado a la resocialización, y que aspire, además, a crear expectativas para una futura incorporación del penado en la sociedad. Porque si, como vimos, la pena de prisión —dado su carácter claramente afflictivo e inútil respecto de los fines que con ella se buscan— tiene de entrada justificada en todo caso su superación como pena, pero esto es imposible al menos en las actuales circunstancias, sólo nos queda abogar por su paulatina reducción. La prisión debe, por tanto, quedar reducida a los mínimos imprescindibles, como aquellos que suficientes para ejercer la prevención general no lleguen a producir efectos tan devastadores sobre el condenado que lleven a provocar su irreversibilidad social. Pero, ¿cuál sería este límite máximo recomendable? ¿Cuál sería el número máximo de años privativos de libertad a pasar por una persona por encima de los cuáles se convertiría en inútil todo esfuerzo resocializador?

Las recomendaciones de un importante sector doctrinal, con un fuerte asentamiento en investigaciones criminológicas, hablan de un límite máximo de 15 años de prisión efectiva. FERRAJOLI incluso baja el límite a los 10 años, considerando aceptable cualquier reducción por debajo de éste por estimar que la reducción de las penas, en lugar de su sustitución discrecional durante la ejecución, permite salvaguardar todos los elementos garantistas de la pena, cosa que no permiten los sustitutivos siempre que no estén fijados legalmente y, por el contrario, sean absolutamente discrecionales. En cualquier caso lo que si es evidente es que la lucha contra las penas largas de prisión no se logra únicamente con imponer legalmente unos topes máximos, sino que es necesario al mismo

tiempo que el legislador, en aplicación de los principios tanto de intervención mínima como de proporcionalidad, les de un tratamiento excepcional con la previsión de instrumentos legales a través de los cuales el penado pueda ir reduciendo la duración de la condena a medida que avanza su cumplimiento. Esto es, la aplicación del sistema progresivo en el tratamiento penitenciario. Pero, ¿se cumplen realmente estas directrices?

El CP español, al no admitir en ningún caso la pena perpetua —desde su abolición en el 1928— establece en cada tipo delictivo un tope máximo de tiempo a cumplir en condiciones de privación de libertad. Un límite máximo general que viene establecido, a tenor del artículo 36, en los 20 años “salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente código”. Excepciones que, aparte de ser de lo más variopinto, son realmente “demasiadas”.

La gravedad de las penas en el actual ordenamiento jurídico-penal español, por tanto, y a pesar de las apariencias, no es inferior a la del CP anterior, ya que con la supresión de la institución de la redención de penas por el trabajo una pena de 20 años con el actual CP equivale a una pena de 30 años en el código anterior; y, por si esto fuera poco, la presencia de todas las excepciones mencionadas aumentan el límite hasta los 25, 30, o incluso 40 años<sup>28</sup>, lo cual, sin lugar a dudas, es demasiado elevado. Es por ello que ante todas estas previsiones excepcionales hechas por el código penal, y empezando por la propia del art. 36 y su fijación del tope máximo en 20 años, cabe aseverar que, en lo que a este tema se refiere, ha desoído todas las recomendaciones psicológicas y criminológicas en que la moderna ciencia del Derecho penal se ha apoyado a la hora de aconsejar un límite máximo nunca superior a los 15 años de privación continuada de libertad por el grave deterioro que en la personalidad del recluso supone. Es más, cabría afirmar inconstitucionales todos aquellos preceptos que fijen una pena superior a los 20 años por contrariar de forma clara el art. 15 de la Constitución española y su prohibición de toda pena inhumana. Y es que el actual texto penal lo único que hace, en consecuencia, es endurecer el sistema de penas, de forma que se produce la paradoja de que un nuevo código penal no nacido de una etapa dictatorial sea menos beneficioso que el anterior que deroga<sup>29</sup>.

En todo caso, lo que si cabe decir es que al menos la Ley General Penitenciaria española, en los arts. 65 y siguientes, fija un sistema progresivo de tratamiento penitenciario que permite al recluso ir avanzando en grado en base a su conducta favorable hasta llegar a la libertad condicional (Cap. I, Título VII del Reglamento

(28) Posibilidad introducida recientemente en nuestro Código penal, por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Un inaceptable aumento del límite máximo, sin precedentes en nuestra era moderna, pero fiel reflejo del imparable uso electoralista del CP por parte del gobierno.  
(29) Una paradoja cada vez más cierta, dadas las continuas reformas que nuestro Texto penal viene sufriendo, y hasta el punto de que el gobierno ha llegado a calificar como “Código penal de la seguridad” lo que en un principio, y con orgullo, nos atrevíamos a denominar “Código penal de la democracia”.

Penitenciario R.D. 190/1996 de 9 de Febrero), si bien el art. 78 del CP recoge ciertas excepciones, tanto en lo que al otorgamiento de los beneficios penitenciarios como al cómputo del plazo de la libertad condicional se refiere, que empañan de forma notable todo el panorama. Y es que el acercamiento de la pena legalmente establecida a la efectivamente cumplida —requisito de la eficacia preventivo-general— parece no haber sido suficiente y, por ello, se ha establecido este artículo, el llamado “cumplimiento íntegro de las penas”<sup>30</sup>, ejemplo claro de triunfo de la filosofía retribucionista sobre la resocializadora y mensaje político evidentemente rentable para algunos intereses.

Dicho art. 78 no es más que un ejemplo significativo de aquella utilización distorsionada del Derecho penal de la que hablábamos. De su utilización como un instrumento de política interior en vez de como sistema garantizador de la libertad del individuo y en contra del principio de subsidiariedad, donde el legislativo, aprovechándose de una fuerte presión de la opinión pública previamente manipulada por ciertos grupos ultraconservadores —que cuando no tienen nada mejor que aportar doctrinalmente reabren la polémica sobre la inseguridad ciudadana y el cumplimiento “íntegro” de las penas—, busca sacar una ganancia política por el camino más fácil: el de satisfacción de los sentimientos vindicativos naturales en una sociedad asustada<sup>31</sup>. Una lacra de nuestro sistema penal que, desde luego, en nada ayuda a solventar la problemática sobre las penas de prisión excesivamente largas y su capacidad para banalizar completamente cualquier pretensión resocializadora.

Ni que decir tiene que la situación en Chile no se ve, ni mucho menos, mejorada en este aspecto. Para empezar, admite la prisión perpetua a través de la figura del presidio perpetuo calificado —que, como vimos, fue la “moneda de cambio” utilizada para sacar la pena de muerte del CP—. De este modo la describe el art. 32 bis, introducido por la Ley 19734 (D.O. 5 de junio de 2001):

(30) El nuevo código penal, presionado por las exigencias preventivo-generales, incluye esta disposición que impide que los condenados a penas de larga duración puedan obtener los beneficios que permitan acortarla. Para ello toman la pena concreta que debería aplicarse —por ej. 100 años por 6 asesinatos—, y no la que saldría de considerar el límite de 20 años y sus excepciones de 25, 30 y 40 años (art. 76.1) a la hora de calcular los beneficios penitenciarios. De este modo la libertad condicional —que exige para su concesión el cumplimiento efectivo de las ¾ partes de la condena— se aplicaría una vez cumplidos los 75 años y medio. O lo que es lo mismo, dado que no se pueden cumplir más de 40 años en prisión, el sujeto correspondiente saldría efectivamente a los 40 años (si ésta es la pena máxima atendida las reglas del art. 76.1) sin haber podido disfrutar de los beneficios penitenciarios que la ley le reconoce. Este es un tema, a nuestro juicio, de evidente inconstitucionalidad porque consideramos que la finalidad resocializadora del art. 25.2 de nuestra Constitución no tiene excepciones.

(31) Porque el legislador, en el deseo de no atentar contra el principio de igualdad y al mismo tiempo de enmascarar de “legalidad” la situación, ha limitado la aplicación de tal artículo a los culpables de determinadas modalidades delictivas generadoras de especial desasosiego e indignación en nuestra sociedad, tales como el terrorismo o el tráfico de drogas. Sin embargo, la realidad es que se ponen obstáculos para aplicar los beneficios penitenciarios precisamente donde más falta hace y sin, en contrapartida, arreglar nada al tratarse de un procedimiento difuso que se presta a toda discrecionalidad. Y porque, de cualquier forma, “es deplorable que los dirigentes políticos aprovechen este tipo de situaciones para obtener beneficios electorales, o que los medios de comunicación intenten captar audiencia, porque inevitablemente en estos casos la consecuencia directa de estas actuaciones es alimentar la alarma social y, por tanto, la necesidad de vindicta pública”.



Art. 32 bis: "La imposición del presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se rige por las siguientes reglas:

1.º No se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, debiendo en todo caso darse cumplimiento a las demás normas y requisitos que regulen su otorgamiento y revocación;

2.º El condenado no podrá ser favorecido con ninguno de los beneficios que contemple el reglamento de establecimientos penitenciarios, o cualquier otro cuerpo legal o reglamentario, que importe su puesta en libertad, aun en forma transitoria. Sin perjuicio de ello, podrá autorizarse su salida, con las medidas de seguridad que se quieran, cuando su cónyuge o alguno de sus padres o hijos se encontrare en inminente riesgo de muerte o hubiere fallecido;

3.º No se favorecerá al condenado por las leyes que concedan amnistía ni indultos generales, salvo que se le hagan expresamente aplicables. Asimismo, sólo procederá a su respecto el indulto particular por razones de Estado o por el padecimiento de un estado de salud grave e irreparable, debidamente acreditado, que importe inminente riesgo de muerte o inutilidad física de tal magnitud que le impida valerse por sí mismo. En todo caso, el beneficio del indulto deberá ser concedido de conformidad a las normas legales que lo regulen".

De su lado, esta pena viene prevista, salvo error u omisión, para 5 delitos, a saber: arts. 106 (conspiración contra la seguridad exterior del Estado), 141 (secuestro con homicidio, violación o lesiones graves), 372 bis (violación con homicidio), 390 (parricidio), y 433.1º (robo con violencia o intimidación y con resultado muerte, violación o lesiones graves). Sin olvidar la previsión del art. 91, segundo inciso, que en caso de comisión de un nuevo delito cuando se está cumpliendo una condena o quebrantando ésta, literalmente dice:

"... Cuando en el caso de este artículo el nuevo crimen debiere penarse con presidio o reclusión perpetuos y el delincuente se hallare cumpliendo alguna de estas penas, podrá imponérsele la de *presidio perpetuo calificado*..."

Una previsión que, sin duda, amplía sobremanera el "abanico" de delitos que pueden castigarse con prisión perpetua, pues alcanzaría a todos aquellos delitos castigados en primera instancia con una pena de presidio o reclusión perpetuos que se "repitieran" durante el cumplimiento o quebrantamiento de dichas penas.

Si bien la pena de presidio perpetuo se prevé tan "sólo" en 12 delitos y la de reclusión perpetua en ninguno.

Se trata, sea como fuere, de una pena inadmisibles en un estado social y democrático de Derecho como el chileno. Un estado que debe girar sobre la función resocializadora de la pena que con figuras como ésta se hace completamente inviable.

En cualquier caso, y en lo que al resto de penas privativas de libertad se refiere, la situación tampoco es mucho mejor. Según el artículo 56 las penas temporales mayores (presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores) en su grado máximo tienen una duración de 15 años y un día a 20 años. Tal posibilidad se prevé en aproximadamente 30 delitos. Pero no todo acaba aquí, pues habrá que tener en cuenta todas las "excepciones", y que desgraciadamente amplían sobremanera las posibilidades de superar este límite:

- En caso de concurrir en el hecho dos o más agravantes y ninguna atenuante, según el art. 68, inciso cuarto, CP "se podrá imponer la inmediatamente superior en grado máximo de los designados por la ley". Pero, ¿qué ocurre si no hubiese pena superior en la escala gradual respectiva? La respuesta nos la da el art. 77, segundo inciso, diciendo que "se impondrá el *presidio perpetuo*" y, si se tratase de la escala número 1 prevista en el art. 59<sup>32</sup>, "se impondrá el *presidio perpetuo calificado*".

Es más, este artículo incluso prevé la conversión de la inhabilitación en cárcel diciendo literalmente: "Cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas o especiales perpetuas a grados superiores, se agravarán con la reclusión menor en su grado medio".

- De igual forma, en caso de concurso de delitos, el art. 74 CP dispone:

"Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá *todas las condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otras penas de las comprendidas en la escala gradual número 1*".

Luego, a falta de establecer límites máximos, es de entender que cabría de igual modo la prisión perpetua en caso de concurso de delitos.

En definitiva, nos encontramos ante un indudable abuso en el uso de la prisión, que además se ve empeorado por el hecho de que en muchos delitos

(32) Los grados que componen esta escala son:

- 1º Presidio perpetuo calificado.
- 2º Presidio o reclusión perpetuos.
- 3º Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos.
- 4º Presidio o reclusión mayores en sus grados medios.
- 5º Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos.
- 6º Presidio o reclusión menores en sus grados máximos.
- 7º Presidio o reclusión menores en sus grados medios.
- 8º Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos.
- 9º Prisión en su grado máximo.
- 10º Prisión en su grado medio.
- 11º Prisión en su grado mínimo.

exista un inadmisibles margen de arbitrio judicial a la hora de individualizar la pena. Y como ejemplos válgame los supuestos, ciertamente llamativos, en que se permite al juez elegir entre relegación, presidio o multa (arts. 399, 471, 490, 491 y 492), y todos los casos en que se permite poner una pena privativa de libertad en cualquiera de sus grados.

Pues eso supone poder optar entre cinco años y día a veinte años cuando la pena sea de presidio o reclusión mayor (arts. 274, 293, 365 bis, 376 y 476, en el primer caso, y arts. 246, en el segundo); y entre sesenta y un días y cinco años cuando la pena sea de presidio o reclusión menor (arts. 111, 112, 185, 197, 269 ter, 277, 293, 335, 353, 388, 456 bis A y 466, en el primer caso, y arts. 156, 161 A, 259, 265, 329, 359 y 492, en el segundo).

En todo caso, a efectos de concretar el tiempo que efectivamente se va a cumplir en prisión, habrá que estar igualmente a lo que dispongan las leyes penitenciarias respecto a redención de penas y libertad condicional. La primera posibilidad no existe en el ordenamiento jurídico chileno, al igual que ocurre en el español. Lo que motivó su desaparición del CP español, es que no había oportunidades laborales, educativas, deportivas, etc, para todos los internos; de modo que todos lo que lo deseaban no podían verse beneficiados por esta figura. Lo cual, que duda cabe, conllevaba una aplicación desigualitaria del beneficio y, en consecuencia, conllevó a que se tachara de inconstitucional y aceleró su desaparición con el CP de 1995.

En el CP chileno, incluso, declara en su art. 32 que el trabajo es obligatorio en la pena de presidio. Un trabajo cuyo producto será destinado: 1º A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen. 2º A proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención, si lo merecen. 3º A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos proveniente del delito. 4º. A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal (art. 88 CP).

Respecto de las penas de reclusión y prisión, el trabajo tiene carácter potestativo salvo que los condenados a ellas carecieran de los medios necesarios para indemnizar al establecimiento los gastos que ocasionen o hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito, en cuyo caso "están sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia" (art. 89 CP).

Respecto de la segunda figura, esto es, la libertad condicional, es de destacar la, en comparación, extensa regulación que se le concede a esta figura en la legislación chilena. Para empezar el art. 2º del Decreto nº 542, de 5 de febrero de 1943, que crea el Patronato Nacional de Reos, indica como una de las obligaciones esenciales del mismo:

"Velar porque el beneficio de la libertad condicional sea otorgado sólo a aquellos reclusos que realmente lo merecen".

De su parte, las normas que regulan pormenorizadamente esta figura son: el Decreto Ley nº 321, de 10 de octubre de 1925, *que establece la libertad condicional para los penados* y el Decreto supremo nº 2442, de 30 de octubre de 1926, *que fija el texto del reglamento de la ley de libertad condicional* (que refunda en un solo texto tanto al DL 321 como a las reformas posteriores del mismo, lo que nos hace suponer que es el único texto a tener en consideración). En base a ellos, se considera una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, que por su conducta y comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, haya demostrado que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social (art. 2º DS nº 2442). Son requisitos a cumplir para poder disfrutar del beneficio (art. 4º DS nº 2442):

"1. Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva, con excepción de los condenados por delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación o sodomía con resultado de muerte, infanticidio y elaboración o tráfico de estupefacientes, a quienes se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva;

2. Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple la condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno;

3. Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena; y

4. Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir".

Es más, la libertad condicional puede incluso llegar a acortar la pena, pues según señala el art. 38º del mismo D.S.:

"Cuando un reo en libertad condicional haya cumplido la mitad de esta pena, obteniendo invariablemente las mejores clasificaciones por su conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio, podrá solicitar del Supremo Gobierno, por intermedio del Tribunal de Conducta respectivo, que le indulte el tiempo que le falte".

En todo caso, para que la libertad condicional sea posible, es, además, necesario que el condenado cumpla las prescripciones establecidas en el art 31º (DS nº 2442):

"1º A no salir, sin la autorización debida, del lugar que se les hay fijado como residencia;

2. A asistir a una escuela o establecimiento de instrucción y a desempeñar el trabajo que se les haya designado, sin que puedan faltar ningún día, ni llegar atrasados

o salir antes de la hora, salvo por enfermedad o por alguna causa poderosa que deberán justificar ante el respectivo Tribunal de Conducta;

3. A presentarse una vez cada semana, el día domingo antes de las doce meridiano, a la Policía que corresponda y a mostrar al oficial de guardia los certificados a que se refiere el n° 4° del art. 32 de este Reglamento, pudiendo la Dirección General de Policía disponer en los casos que estime conveniente que esta obligación la cumplan ante el respectivo Tribunal de Conducta. El mismo día deberán presentarse al Tribunal de Conducta del cual dependan y entregarán dichos certificados a la persona que designe el mismo Tribunal. Deberán también justificar ante este Tribunal sus inasistencias al trabajo o a la escuela y los atrasos y salidas anticipadas. Los reos que trabajen por su cuenta obtendrán el certificado de trabajo del Jefe de la Compañía o Destacamento de Gendarmes que forme parte del Tribunal de Conducta respectivo; y

4° A obedecer todas las órdenes que les dé el Tribunal de conducta que les corresponda”.

Se revocará el beneficio en los siguientes casos (art. 35° D. S.):

1° Haber sido condenado por ebriedad o por cualquier delito;

2° Haberse ausentado sin autorización del lugar que se le haya fijado como residencia;

3° No haberse presentado, sin causa justificada, durante dos semanas consecutivas a la Jefatura de policía que le corresponda;

4° Haber faltado tres días en un mes, a la escuela donde asiste o a la ocupación que tenga, a no ser que justifique sus inasistencias en la forma ordenada en este Reglamento; y

5° Haber enterado tres notas de mala conducta en la escuela o donde trabaje, calificadas por el Tribunal de Conducta respectivo”.

En estos casos, y según el art. 37° D.S.:

“Cuando se haya revocado la libertad condicional a algún reo que no esté procesado, será detenido por la Policía a fin de hacerlo ingresar en el establecimiento carcelario que exista en el lugar mas próximo de su detención, de donde será trasladado por el Cuerpo de Gendarmería de Prisiones al penal que se le haya designado para cumplir el tiempo que le faltare de su condena. Para tener derecho a salir nuevamente en libertad condicional, deberá cumplir la mitad del tiempo que le corresponde estar de nuevo privado de libertad y reunir los requisitos que se exigen en este Reglamento, siempre que no haya sido condenado nuevamente por algún delito, pues en este caso será considerado como reincidente y se aplicará, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 23 de este Reglamento.

El Jefe del establecimiento penal respectivo comunicará oportunamente al Ministerio de Justicia si han ingresado o no a cumplir el resto de sus condenas los reos a quienes se les haya revocado la libertad condicional”.

Finalmente, tienen un tratamiento especial en cuanto a la libertad condicional se refiere:

- Los condenados a presidio perpetuo, que sólo podrán aspirar a la misma cumplidos 20 años privados de libertad —se incluye también a los reos condenados a penas de duración perpetua que deban cumplir, también, una o más penas temporales— (art. 15° D.S.)

- Los condenados a más de veinte años, que deberán cumplir 10 en prisión (art. 15° D.S.).
- Los condenados por delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación o sodomía con resultado de muerte, infanticidio y elaboración o tráfico de estupefacientes, que podrán obtener la libertad condicional cuando hayan cumplido los dos tercios de la pena (art. 15° D.S.).
- Los condenados a presidio perpetuo calificado que no podrán aspirar a la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva (art. 32 bis CP).

En definitiva, el CP chileno, que sucede con el español, ha desoído todas las recomendaciones criminológicas que apuestan por una pena máxima de 15 años. Si el sobrepasar esta cifra causa cierto “desencanto”, poco se puede añadir respecto de los casos en que se admiten hasta penas perpetuas. Si éstas no son penas perpetuas, inhumanas, degradantes y contrarias a la dignidad humana —y por ello prohibidas, paradójicamente, en las correspondientes constituciones—, desde luego se le asemejan demasiado.

La constitución española en su art. 15 prohíbe las penas degradantes. De igual modo, el art. 1° de la Constitución chilena reconoce la dignidad humana de todas las personas y considera cometido del Estado el estar “...al servicio de la persona humana promoviendo el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...”.

De cualquier modo, y al igual que hiciésemos respecto de España, cabe hacer referencia al acogimiento, si bien indirecto, del sistema progresivo en la legislación penitenciaria chilena al regularse con tanto lujo de detalles la libertad condicional, que desde aquí entendemos como cuarto grado penitenciario. Es de lamentar, en todo caso, y como ya adelantamos, la inexistencia de una legislación penitenciaria moderna y con previsión de diferentes fases en el período de tratamiento penitenciario que vayan acercando progresivamente al reo a la vida en libertad. Y más cuando el Decreto Ley n° 409 sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad de 1932 prevé en su art. 1° que:

“Toda persona que haya cumplido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de cinco, si ha sido condenado dos o más veces, a que Decreto Supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinquirado para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado...”.

Una previsión resocializadora ideal que, sin embargo, —y si es que aún sigue en vigor, cosa que no tenemos nada clara— para nada casa con la exagerada represión del CP chileno y la falta de instalaciones y personal adecuados previos a la puesta en libertad. Aspectos ambos que hacen inviable cualquier posible resocialización una vez cumplida la condena.

### 3. Límites mínimos. El problema de las penas cortas privativas de libertad o *penas-shock*

En el extremo opuesto de la problemática se encuentran las penas breves privativas de libertad, que al contrario de lo que pudiera parecer presentan innumerables problemas. Estas penas en un porcentaje demasiado elevado de los casos lo único que hacen es producir más perjuicios que beneficios, ya que —como en su momento afirmaba Von LISZT— “ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen”.

Todo empecinamiento en su permanencia no tiene una explicación diferente a la retribucionista, puesto que son penas previstas para delitos cuyo desvalor social no demanda ya el recurso a una reacción tan extrema. Se está abriendo ante nosotros, en definitiva, no sólo la posibilidad sino más bien la exigencia de reconsiderar su función, pues suponen el simple y llano encierro de una persona sin finalidad preventivo-especial alguna pero que, al mismo tiempo, abren el camino a que los condenados ingresen en la vida criminal, que en esos momentos se le presenta como única alternativa al tener que portar por el resto de sus días el estigma social de “haber estado en la cárcel”, que les complicará, aún más si cabe, su existencia. Lo que hacen, por tanto, más que prevenir los futuros delitos a cometer por ese delincuente es fomentarlos, aparte de colapsar y sobrecargar inútilmente el aparato estatal de ejecución de las penas. Luego el abogar por su desaparición ya no es una simple cuestión de indulgencia, sino de eficacia.

Lo más irónico del caso es, sin embargo, que en la actualidad la tónica imperante es la de resistencia a su desaparición ante el vertiginoso incremento de la criminalidad imprudente. Están resurgiendo de sus propias cenizas, si bien transformadas en penas muy cortas que dosificadas en breves períodos de tiempo de dos o tres días han adoptado el nombre de penas de arresto de fin de semana. Es la filosofía de la pena-shock que copiada de algunas experiencias norteamericanas se propone en Europa y América Latina, apoyada en la crisis de la ideología del tratamiento y el resurgimiento del neoclasicismo jurídico-penal. Una filosofía punitiva cuya lógica se asienta en el convencimiento de que una muestra de prisión es necesaria para convencer al delincuente de la gravedad de su delito, y para mostrar a la opinión pública que en un modo o en el otro se ha impuesto una pena.

El actual CP español, que en su redacción inicial —del año 1995— rechazaba las penas cortas privativas de libertad y, por ello, fijaba la duración mínima de internamiento en prisión en los 6 meses, ha protagonizado un enorme “paso atrás” con la previsión de un nuevo límite mínimo en los 3 meses (art. 36 CP); y ello por mucho que prevea la obligación de sustituir la pena, o en su caso suspenderla, cuando en aplicación de las reglas de determinación de la pena se llegase a una pena inferior a dicho límite (art. 71.2 del C.P.). Es, por tanto, evidente que los legisladores españoles hacen continuo caso omiso de las tendencias más modernas de la doctrina penal. Unas orientaciones que no sólo critican la previsión de penas cortas privativas de libertad por su excesiva brevedad para alcanzar cualquier objetivo resocializador, sino también por tratarse de sanciones demasiado graves para delitos de gravedad ínfima.

En lo que a Chile se refiere, tampoco en este aspecto, y de nuevo, se ve bien librado, pues la situación de las penas cortas privativas de libertad es ciertamente caótica en líneas generales. En su art. 25 el CP chileno establece que la pena de prisión tiene una duración de uno a sesenta días (si bien sólo se prevé en dos delitos: arts. 295 bis y 494 bis). Pero el problema no acaba aquí, puesto también se pueden considerar penas cortas privativas de libertad el presidio y reclusión menores en su grado mínimo, que tiene una duración de sesenta y un días a quinientos cuarenta días (e incluso en su grado medio: de quinientos cuarenta y un días a tres años), con lo que se puede afirmar que son muchos los delitos que en Chile se castigan con penas cortas privativas de libertad, por no hablar de todas las posibilidades que la parte general del código penal ofrece para llegar a ellas a través de la técnica de la pena inferior en grado (atenuantes, delito frustrado, cómplices, tentativa, encubridores, etc.) a penas cortas privativas de libertad sin límite mínimo alguno prefijado por la ley, y que desde aquí reclamamos.

Evidentemente habría que empezar por aquí antes de hablar de alternatividad. Sería imprescindible comenzar por eliminar de ambos códigos penales cualquier posibilidad de hacer cumplir una pena privativa de libertad inferior a los 6 meses, puesto que si no se empieza por este sector todo discurso sobre la necesidad de buscarle alternativas a las penas cortas privativas de libertad ciertamente se convertiría en una predica en el desierto. Porque poco o nada cabría hacer, en definitiva, respecto de las penas inferiores a los 2 o 3 años —que son sobre las que centramos nuestro análisis— si se sigue admitiendo el que una persona sufra la prisión por una serie de días, semanas o de unos pocos meses. Algo que, no debemos olvidar, igualmente sucederá si no se supera el grave problema de prisión preventiva que se vive en ambos países, puesto que a través de su cumplimiento es que se están dando las mayores situaciones de privación de libertad breve. Si no se da de forma previa una solución adecuada a ambos extremos desde luego no nos queda más que hacer.

## b) El arresto de fin de semana vs la pena de localización permanente

Una vez desaparecidas las penas cortas privativas de libertad, irónicamente, es la figura del arresto de fin de semana la llamada a cubrir el espacio que resta hasta la pena larga de prisión. Y decimos irónicamente porque ésta también es una pena privativa de libertad, por mucho que suponga una variación a la concepción tradicional de ésta al ejecutarse exclusivamente durante los fines de semana. Su fundamento parece claro: evitar la prisión en delitos pocos graves donde una reclusión continuada aparece como desproporcionada. Se persigue, en definitiva, el provocar en el condenado una especie de "efecto shock", y sin alterar gravemente sus actividades normales. Sin embargo, y pese a lo "breve" y "dosificada" que pueda llegar a ser, no deja de aparecer como una pena privativa de libertad y por ello portar una serie de perjuicios.

En lo que a España se refiere, esta pena, acogida hasta ahora por el CP de 1995, nunca disfrutó de un gran respaldo por parte del legislador, pues estaba prevista como principal en un escaso número de delitos y, cuando así era, generalmente se le otorgaba al juzgador la posibilidad de optar entre ésta y la pena de multa. Una elección que en la mayoría de los casos se daba en favor de esta última, tanto por el recelo que siempre provoca una nueva pena como por las grandes dudas que siempre giraron sobre el modo de ejecución —aparte de porque si no se pagaba la multa se seguía previendo el arresto como responsabilidad subsidiaria—. Todo ello, unido al hecho de que el arresto fin de semana fue regulado con una imprecisión tal que suscitó numerosas críticas por parte de los jueces —a lo que en nada ayudó su caótico desarrollo reglamentario—, ha constituido quizás la razón de su actual desaparición de nuestro texto punitivo y su sustitución, según los casos, por la pena de prisión de corta duración, por el trabajo en beneficio de la comunidad y por la nueva pena de localización permanente.

En el CP chileno, de su parte, esta figura no se prevé en su catálogo de penas y, al respecto nos gustaría mucho poder decir que debe a una tendencia política criminal moderna que ha descubierto su inadecuación en la lucha contra las penas cortas privativas de libertad. Sin embargo para nada es así, sino que la explicación está en su triste y arcaico modelo punitivo, coherente con un Derecho penal concebido para otro lugar y época.

## c) La responsabilidad subsidiaria por impago de multa

Si bien es cierto que la controversia sobre cual es la naturaleza jurídica de lo que se ha dado en llamar arresto sustitutorio es un tema aún de acalorada discusión en la doctrina, no es menos cierto que su contenido material es idéntico al de cualquier otra pena privativa de libertad que se aplica como consecuencia

a la realización de un delito o falta previamente cometido. Es en puridad una pena privativa de libertad que reúne todas y cada una de sus características. Cosa distinta es la posición que al respecto hayan tomado los códigos que nos ocupan, calificándola o no como pena privativa de libertad, y cubriéndola o no, en consecuencia, con todas las garantías que a ésta le son inherentes.

En este sentido el código penal español ha terminado, de una vez por todas, con las dudas que siempre se han alzado sobre la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria al calificarla como pena privativa de libertad en su art. 35. Un logro sin lugar a dudas nada desdeñable, dadas la garantías de que dicha denominación disfruta a lo largo de todo el Ordenamiento jurídico. En cualquier caso, el art. 53 prevé la posibilidad de que su cumplimiento se lleve a cabo mediante localización permanente, cuando se trate de faltas, y de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se trate de delitos. Posibilidades ambas que "suavizan" la presencia de una sanción tan reprochable como es el arresto sustitutorio.

En lo que al CP chileno se refiere, el art. 49 prevé literalmente que:

"Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de substitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

Una previsión ciertamente grave cuando, salvo error u omisión, en el CP chileno, son 12 los delitos castigados con multa únicamente, 19 los que acompaña a la inhabilitación, 1 donde se permite elegir entre ésta y aquélla, 20 en los que se permite elegir entre la multa y la prisión y 100 en los que acompaña a la prisión. Lo único que "suaviza" en cierto modo todo este panorama es la previsión del art. 49, inciso segundo que dice que:

"Queda exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave".

Pero no nos llevemos a engaño, eso ni mucho menos significa ningún discurso resocializador y alternativo del CP pues, como advertíamos, solo sólo 12 los delitos que se castigan únicamente con multa. En los demás supuestos suele acompañar a la prisión, luego no cabe hablar de evitación de la cárcel pues el sujeto ya está en ella....

## 2. Incompatibilidad entre la previsión de la pena privativa de libertad como pena dominante en los correspondientes códigos penales y la orientación político-criminal hacia la resocialización de las respectivas constituciones. Predisposición jurídico-penal hacia la alternatividad en España y Chile

En España la orientación político-criminal hacia la resocialización viene constitucionalmente fijada en dos preceptos concretos: el art. 9.2 y, más concisamente, en el art. 25.2. Una orientación preventivo-especial que, sin embargo, sólo en una pequeña parte se ve ciertamente satisfecha en el actual CP, con actuaciones tales como: la supresión de viejas denominaciones y clases de penas privativas de libertad —unificadas ahora, como hemos visto, en el art. 35—; la supresión de las penas de prisión inferiores a tres meses (art. 36); la sustitución de éstas por la nueva multa y los trabajos en beneficio de la comunidad (arts. 88.1 y 2); el mantenimiento de la condena condicional (arts. 80 y ss.); y, por supuesto, el mantenimiento de la Ley General Penitenciaria y todo su Reglamento —que, del mismo modo, en su art. 1 refleja una orientación preventivo especial—<sup>33</sup>.

Al objetivo resocializador, en consecuencia, le falta todavía mucho para ser realizable en nuestro Ordenamiento jurídico penal, y, es evidente, seguirá siendo así mientras la pena privativa de libertad siga siendo la pena por antonomasia con que se sancione todo delito —sea prisión, sea localización permanente o sea por incumplimiento de pago en la pena de multa—. Las penas largas privativas de libertad continúan suscitando la polémica porque cada vez son más largas —superando en muchos casos los 15 años recomendados—, y las cortas porque, además de ser cada vez más cortas, siguen siendo demasiadas las posibilidades de llegar a ellas, con los consiguientes efectos desocializadores. Y es que el problema es, sobre todo, uno: el problema no es sino la cárcel en sí misma. Un problema que en escasa medida ayuda a evitar el CP español si, como ha venido haciendo hasta ahora, generalmente pune cada trasgresión cometida con la prisión, o sancionándola con otra medida no privativa de libertad son altas las probabilidades de acabar yendo a la cárcel —nos referimos al arresto sustitutorio por impago de multa—; y todo ello por no hablar de la continua inclusión de conductas en el CP y el imparable endurecimiento de las correspondientes penas privativas de libertad. La solución, sin embargo, y sobre ello no cabe duda, comienza, precisa y paradójicamente, por ir acabando poco a poco con la prisión. Por reducir progresivamente el uso de la cárcel como pena.

(33) Art. 1 LGP: "Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados".

Esta situación, por no variar, también se recrudece cuando el punto de referencia se traslada para situarse en Chile. Su constitución, tal y como veíamos, no hace una alusión directa a la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad, si bien esta cabría sonsacarse de la conformación del Estado como social y democrático de Derecho; una finalidad resocializadora, en cualquier caso, que poco o nada tiene que ver con la teoría y praxis penales. El CP chileno adolece de una inflación legislativa inconmesurable y que a lo único que ha portado es a un natural aumento de la impunidad, y por lo tanto al aniquilamiento de la función moral del Derecho penal<sup>34</sup>. Porque la hipertrofia penal trae como inevitable consecuencia la insensibilidad de los ciudadanos a los efectos de la pena, por lo que ésta se desvalora y pierde efectividad. En el CP de Chile, por ejemplo, los delitos recogidos en los arts. 180-192 ("De la falsificación de sellos, punzones, matrices, marcas, papel sellado, timbres, estampillas, etc.") se castigan con penas inusitadas (hasta con presidio mayor) o aún se prevén conductas tan fuera de lugar y tiempo como el duelo (arts. 404 y ss.), la piratería (art. 434), algunas de las conductas prohibidas en el apartado "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres" (arts. 373 y 374), los dueños de casas de apuestas o azar (art. 277 CP), la atenuante de honor (art. 11.3.a), etc. Esto es, se hace muy patente el carácter defensivo del texto punitivo chileno, pues lo que privilegia en general son únicamente los intereses del Estado.

Sino válgannos dos ejemplos: mientras el cohecho se castiga con pena de suspensión y multa (art. 248), la rotura de sellos del estado se puede llegar a castigar hasta con reclusión menor en su grado máximo (art. 271 CP)

En definitiva, el Derecho penal chileno cuando actúa lo hace con una inusitada severidad en las puniciones, como pretendiendo resolver todos los problemas en la cabeza del oportuno chivo expiatorio. La pena "mater", sin lugar a dudas, sigue siendo la privativa de libertad en sus más diversas formas y nomenclaturas —léase presidio, reclusión, prisión, relegación, etc.—, y su duración en la mayoría de los casos sobrepasa los límites, tanto por arriba como por abajo, ya no sólo de lo resocializador sino también de lo racional. Las penas largas son fantasmagóricas, y evidentemente inhumanas e inocuidadoras, y las penas cortas son tan comunes y tan ridículas que, indefectiblemente, portan a una rápida e imparable infección criminal.

Pero el gran problema también aquí, y de forma mucho más áspera si cabe, sigue siendo la cárcel. En las cárceles chilenas puede conseguir de todo menos resocialización y su CP, irónicamente, está primordialmente dirigido a enviar gente a vivir entre sus muros. Urge, por tanto, cambiar esto, porque ciertamente apremia la necesidad de ir evitando progresivamente la prisión como pena.

(34) Los órganos de justicia se ven agobiados por el trabajo; la policía es insuficiente y no puede atender el número de llamados de los ciudadanos, los que pierden la escasa fe que aún les quedaba; los tribunales, saturados, van haciéndose más y más lentos, cual paquidermo viejo y moribundo; las cárceles preventivas son centros de promiscuidad y corrupción, y las penitenciarias se ven imposibilitadas de cumplir cualquier función de tratamiento individualizado.

## VIII. LAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

### 1. Bases teóricas de la alternatividad

Ya que no se le puede pedir al sistema penal la erradicación de la injusticia social o la modificación de las estructuras económicas o culturales que generan desigualdad y marginación —que ciertamente sería lo deseable—, al menos se le debe exigir que no colabore a su reproducción. Deberá, por ello, excluir, o al menos reducir al mínimo, la previsión de sanciones que como la privativa de libertad ayudan a consolidar esta marginación.

La traducción lógica de todo esto es la actual tendencia hacia una reducción progresiva del uso de la prisión, como principal tarea de un Derecho penal mínimo que contribuya a disminuir la violencia en la sociedad sin contribuir por su lado a más violencias. La búsqueda de alternativas a la prisión se enmarca, por tanto, no ya en el seno de la crisis de la pena privativa de libertad, sino del Derecho penal mismo, cuya legitimidad intrínseca es continuamente cuestionada —sobre todo a partir de los desalentadores resultados del “modelo médico” de tratamiento inherentes a los ensayos de consecución de finalidades preventivo-especiales—.

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 soluciones. 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 pena.

Se reivindica, ahora más que nunca, y en definitiva, la tantas veces aclamada, pero poco puesta en práctica, *ultima ratio* del Derecho penal, que obliga a acudir preferentemente a otros medios de control social, formal o informal, a la hora de mantener la delincuencia dentro de los límites tolerables. Porque ésta y no otra es, en definitiva, la materialización de una simple exigencia de economía social que optará siempre por la intervención menos lesiva o limitativa de los derechos individuales, y puesto que “el Derecho penal es el último recurso de una sana Política Social”.

El primer paso hacia tal loable objetivo está, sin lugar a dudas, en la sucesiva despenalización (o descriminalización) de comportamientos, como rasgo común del movimiento internacional de reforma de Derecho penal o como elemento integrante de una programática política criminal alternativa crítica con el clásico

Derecho penal liberal. En un saludable “proceso de retirada” del Derecho penal frente a la actual tendencia a la inflación punitiva —*huida al Derecho penal*— como fórmula para salir al paso de situaciones de emergencia y de los nuevos problemas surgidos.

Y es que la política criminal es el acercamiento a la realidad, la potenciación de lo funcional para la sociedad. La política llevada a cabo para luchar contra la criminalidad ajustada a una realidad social que es cambiante y que, por ello, al mismo tiempo que está llamada a incluir los nuevos intereses a proteger, debe excluir, en consecuencia, los que han dejado de considerarse socialmente “perturbadores”. Porque de lo que se trata es de acercar esa política criminal a la pretensión básica de convertir al Derecho penal en *última ratio*. Porque ésta y no otra es la invocación del Derecho penal mínimo que actúa bajo el lema “menos delito y menos cárcel”.

Y es que despenalizar también significa desnaturalizar la sanción penal a través de propuestas alternativas, al mismo tiempo tan eficaces como menos onerosas para el Estado. 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 pena de cárcel no es sino vaciar las prisiones y disminuir la superpoblación carcelaria. La sanción penal, y especialmente la que implica una privación de libertad, por tener consecuencias dañosas tanto para el condenado, como para su grupo familiar, como para la sociedad en sí misma, debe aparecer, por tanto, como *extrema ratio*. 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.

Se persigue, en pocas palabras, la paulatina minimización del uso de la pena privativa de libertad, como pena reina a imponer a todos los casos, 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 este sentido, se están impulsando, a considerable velocidad, los institutos de excarcelación, la condena condicional, la libertad condicional, la “*probation*” y demás medidas similares. Incluso se puede visualizar a corto plazo la composición en detrimento de la inquisición, la participación de la víctima como protagonista del proceso; la legalización del principio de oportunidad para que pueda inducirse más racionalmente la selectividad con que opera el sistema penal —permitiendo así la persecución y sanción de los delitos que causan un verdadero daño social y que por ello tienen prioridad en su jurisdiccionalidad—; y toda una gama de soluciones alternativas para resolver los conflictos, que aunque asentados culturalmente, habían sido relegados y hasta reprimidos por la justicia imperante.

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 convierte, de este modo, en el leit-motiv de toda 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 figuras.

## 2. Las propuestas alternativas. La nonintervention

Se trata de todas aquellas vías utilizadas en aras a no intervenir penalmente ante la comisión de un hecho delictivo. A renunciar a toda imposición de pena por estimarse que ésta no es necesaria ni a efectos de prevención general ni a efectos de prevención especial. Al respecto, son dos las grandes modalidades manejadas a nivel internacional: *el principio de oportunidad y la dispensa de pena*.

### a) El principio de oportunidad

Renuncia a toda intervención penal, en caso de delitos de escasa o mediana gravedad, sustituyéndola por posibilidades de restitución como la logoterapia, terapia de grupo, indemnización, cura de deshabitación, búsqueda de vivienda y trabajo, etc. Es una especie de anticipación procesal de los sustitutivos procesales.

Mientras en la versión norteamericana —o *principio de oportunidad libre*— el fiscal dispone de una enorme capacidad negociadora, puesto que no debe someterse a los supuestos taxativos enunciados por la ley para decidir o no iniciar el procedimiento; en la otra versión —la conocida como *principio de oportunidad reglada*—, el fiscal encargado de la acusación a la hora de decidir sobre la oportunidad o no de continuar adelante con el proceso penal debe sujetarse a lo dispuesto al respecto por la ley, dado que ésta es la encargada de establecer claramente en que supuestos puede aplicarse esta medida de renuncia.

El Código de proceso penal chileno recoge el principio de oportunidad en el art. 170. En él el Ministerio Fiscal tiene amplias posibilidades para acogerse a este principio y no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada siempre que “se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público” o “que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un

funcionario público en el ejercicio de sus funciones”. La decisión del Ministerio Fiscal, en todo caso, y obviamente, debe ser motivada y podrá ser rechazada por el Juez.

### b) La dispensa de pena.

La esencia es prácticamente la misma, y consiste en la no sanción de un delito cuando su autor ya se haya visto suficientemente castigado por las consecuencias del mismo, o *poena naturalis* —como, por ejemplo, en los delitos imprudentes en los que el perjudicado ha sido el propio procesado o su familia—, de manera que toda aplicación de pena adicional superaría los límites de la proporcionalidad. Su no penalización viene por tanto justificada desde las dos perspectivas preventivas: desde la especial, porque no existe el peligro de reincidencia, y ese sujeto no está necesitado de resocialización; y, desde la general, porque las consecuencias del hecho ya han sido suficientemente intimidantes. En cualquier caso, si se llegase a pronunciar condena, ésta no se inscribe en el registro y, por lo tanto, el reo carece de antecedentes.

En lo que al derecho español se refiere, no acoge esta figura a pesar de, como veremos, su gran utilidad a efectos de no intervención penal en los delitos de poca entidad. La única figura anexa a ésta es la del perdón del ofendido, recogida en el art. 130.5º para los casos acordados en la ley, antes de que se haya dictado sentencia y oyendo previamente al ofendido por el delito. En Chile, de igual modo, no se prevé el mecanismo de la *poena naturales*, pero el perdón del ofendido viene previsto en el art. 19 CP (y también se enumera entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal en el art. 93.6º CP), para los delitos de acción privada al señalar literalmente:

“El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado”.

En lo que respecta a la opinión que estas figuras nos merecen, de acuerdo con HASSEMER, no cabe duda de que allí donde desde el punto de vista preventivo especial puede sustituirse la pena privativa de libertad debe regir la *Nonintervention*. Sin embargo, el camino no es nada fácil porque, para empezar, es difícil saber si la alternativa a la pena de prisión siempre es menos molesta y gravosa para el condenado —una medida de ayuda consistente en un tratamiento psiquiátrico puede hacer más daño al condenado que la ejecución de la pena privativa de libertad—. El proceso formalizado que siempre implica la intervención penal no se puede abandonar así como así, pues pueden peligrar gravemente tanto el principio de legalidad como el de seguridad jurídica por lo que, al respecto —con RUIZ VADILLO—, creemos es preferible decantarse por fórmulas intermedias sometidas a determinados controles y cautelas que le doten de mayor eficacia.



La renuncia a la intervención penal en casos de poca importancia, en los que la pena resulte innecesaria, es, desde luego, una opción realista y beneficiosa pero una aplicación efectiva de la misma siempre implica: de un lado, una cuasi-perfección en conocimientos criminológicos y, del otro, exige una administración de justicia especialmente sensible y habituada a un ejercicio de la discrecionalidad responsable. Por todo ello no es difícil de prever que se trate de una solución inaplicable a corto plazo, y sobre todo en legislaciones asentadas sobre un sistema jurídico-penal romano-germánico caracterizado por los escasos márgenes que de arbitrariedad concede al juez —sistema base, por otro lado, tanto del sistema penal español como de su homólogo chileno—.

De cualquier modo, y desde la perspectiva que aquí nos ocupa —esto es, la de la alternatividad a la prisión—, es evidente el hecho de que nos situamos ante medidas escasamente efectivas por preverse para delitos de poca severidad. O lo que es lo mismo, su contribución a la finalidad última de reducir el uso de la cárcel es apenas apreciable —por no decir nula—, dado que los delitos a los que son aplicables son de tan mínima gravedad que, por lo general, no son sancionados con penas privativas de libertad; y, recordemos, no cabe hablarse de sanciones alternativas sino en casos en los que se habrían iniciado procedimientos penales de no haber existido éstas.

### 3. La suspensión condicional de la condena. La libertad vigilada

- a) Su regulación en el CP Chileno. Problemas para alzarse como una verdadera alternativa

El modelo mixto, o de suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba, es la fórmula predominante en el Derecho continental-europeo y desde ahí en buena parte de los sistemas penales latinoamericanos, y no como medida autónoma (como aún persiste en el Derecho inglés) sino como medida sustitutiva de la pena.

En ordenamiento jurídico chileno se conoce como remisión condicional de la pena, y sorprendentemente no viene recogida en el CP, sino en una ley destinada al efecto. Esto es, la Ley nº 18.216, que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas de libertad o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala (Diario Oficial de 14 de mayo de 1983) y en su correspondiente Reglamento de la Ley nº 18.216 (Diario oficial de 18 de enero de 1984). La figura en concreto se regula en los arts. 3 a 6 de dicha Ley y arts. 2 a 7 del Reglamento. Se prevé para los delitos que no lleguen a los 3 años, y es también preciso que el reo no haya sido anteriormente condenado por crimen o simple delito, que los antecedentes del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá

a delinquir y que, en definitiva, todo ello haga innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena (art. 3º Ley nº 18.216). El beneficiado por la medida quedará sometido a vigilancia por un plazo no inferior al de la duración de la pena, con un mínimo de un año y un máximo de tres, y estará sometido a las siguientes condiciones (art. 4º Ley):

1. Residir en lugar determinado, que podrá ser propuesto por el condenado. Un lugar que podrá ser cambiado en casos especiales, según calificación efectuada por la sección de tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile.
2. Sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, quien recabará anualmente un certificado de antecedentes prontuarios. El cómo debe llevarse este control viene establecido en el art. 5.b) del Reglamento de la Ley nº 18.216, y que literalmente dice:

“Para este efecto, el beneficiado debe presentarse a dicha sección en el término fijado por el tribunal, y deberá seguir concurriendo una vez al mes cuando ella lo determine, o de estampar su impresión dactilopulgar derecha si no sabe o no puede firmar, tanto en el Libro como en el Registro Cronológico de la Remisión condicional de la Pena. El Libro deberá llevarse timbrado y debidamente foliado por la misma Sección”.

3. Ejercer, en el plazo y modalidades que determine la sección de tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia, y no posee calidad de estudiante; y
4. Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales.

Si el condenado quebrantare, dentro del periodo de observación, alguna de las condiciones impuestas se revocará la remisión condicional de la condena, disponiendo el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna (art. 6º). De igual modo, si durante el periodo de prueba el condenado cometiere un nuevo crimen o simple delito la medida se entenderá directamente revocada (art. 26 Ley), y como consecuencia de ello deberá cumplir el total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración (art. 27 Ley). Cumplida adecuadamente la medida se tendrá a su vez por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta (art. 28 Ley).

En definitiva, en la legislación chilena la suspensión más que una alternativa a la pena privativa de libertad se presenta en realidad como una renuncia a ella, y sin embargo no es dable entenderla como una medida que simplemente se limite a suavizar la afluencia de la prisión. En el actual momento legislativo, se presenta como un instituto en vías de transformarse, y marcadamente caracterizado por la búsqueda de una posición más duradera que se desarrolle paralelamente a la evolución del entero sistema sancionatorio. Se debe comenzar, en consecuencia, por concebirla como una oportunidad que se le ofrece al individuo, para que demuestre su capacidad de mantenerse al margen del delito sin necesidad de sufrir los efectos de la prisión, e ir superando de forma gradual toda la serie de debilidades, en muchos casos verdaderos límites, de que aún se resiente. *Debilidades* que cabría enumerar del siguiente modo:

- La estrechez legislativa en los márgenes de operatividad y la rigidez de requisitos. Su escasa contribución a la reducción del uso de la cárcel.

Tal y como ocurre en el CP chileno, habitualmente son delitos de escasa gravedad, que por lo general ni tan siquiera deberían ser castigados con prisión, los que pueden ser suspendidos. Penas de hasta 3 años, a lo que hay que unírsele requisitos como que el reo no haya sido anteriormente condenado por crimen o simple delito, que los antecedentes del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir y que, en definitiva, todo ello haga innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena. Exigencias añadidas que no sólo no ayudan sino que más bien dificultan la proliferación de la figura de la suspensión como alternativa a la cárcel. Porque, y por ejemplo, ¿qué tiene que ver el comportamiento anterior al delito del condenado?

- La desvirtualización de su sentido como "alternativa":
- El automatismo judicial en su concesión.

El tema se recrudece ante la constatación en la praxis de que en todos los casos en que sí es legalmente posible la suspensión, ésta se concede casi automáticamente, lo que, en consecuencia, desvirtúa su sentido. Hoy en día, tanto el Juez como el condenado la interpretan mal y la llegan a percibir como un acto de gracia —ante la escasa gravedad y la precariedad de recursos del condenado—, evitando con ello la ejecución y quitándose de este modo el problema de encima, lo que evidentemente despoja a la figura de toda eficacia intimidativa.

- Carencia de los conocimientos criminológicos indispensables por parte del juzgador.

Los Tribunales, lógicamente, son los encargados de ir marcando con su jurisprudencia el alcance, tanto de la propia suspensión como de los criterios que delimitan

la conveniencia de su aplicación. Para ello, deben contar con una formación criminológica suficiente, que le aporte una información rigurosa de las necesidades resocializadoras del sujeto. Sin esa formación, la solución judicial finalmente se alcanza valorando las circunstancias desde sus propios prejuicios y fobias; y que es precisamente lo que está ocurriendo.

- El confucionismo legislativo respecto de las condiciones a imponer.

Es tónica general en el derecho comparado la vaguedad y amplitud de los términos con que son demarcadas las áreas de responsabilidad a que debe sujetarse el condenado. En tal sentido, la legislación chilena (art. 6º Ley nº 18.216) revoca el beneficio si se incumple alguna de las condiciones impuestas, y ¿qué ocurre, por ejemplo, si el condenado no encuentra el trabajo que está obligado a ejercer según el apartado 3º? ¿Por qué se debe imponer en todo caso esta condición si quizás no tiene nada que ver con el delito? ¿O por qué se le debe obligar a residir en un determinado lugar? ¿Y si no tiene los medios para cambiar de residencia? ¿Esta pena no es, al fin y al cabo, una especie de relegación?, etc.

- La tergiversación de las prioridades. La preferente función de control, con la consiguiente expansión de la red de control social —o *efecto net-widening*—.

Al lado del patente confucionismo en los términos en que son descritas las diversas condiciones a imponer, es tónica también general en el Derecho comparado el que en la praxis, finalmente, se haga prevalecer la función de control —residencia en un determinado lugar, someterse al control de la autoridad, etc.—, sobre la de asistencia —como podría ser ayudar al condenado a superar las causas que lo llevaron a delinquir—, lo que conllevará una expansión de la red de control. Esto es, la población controlada aumenta, porque la práctica revela como el servicio social asume alternativamente funciones de control y de asistencia, prevaleciendo sobre todo la primera. Un mayor seguimiento y control del suspendido, lo que sin duda es un claro esclarecimiento del sistema.

- La práctica inexistencia de infraestructuras. La escasez de inversiones.

Sea como fuere, si algo se evidencia de todo lo anterior es la necesidad de una infraestructura de "servicios sociales" en estrecha relación tanto con el órgano judicial como con la propia comunidad social a través de los entes locales. Una perspectiva de descentralización de las tareas de resocialización que facilite una práctica del control más genuinamente asistencial y menos limitada a la vigilancia. El problema es la escasez de recursos con los que se cuenta para traer a la praxis esa infraestructura ideal que se concibe en la teoría. Es necesario, por tanto, comenzar por llevar a cabo las inversiones adecuadas, si aún continuamos queriendo recorrer el camino de la alternatividad a través, entre otras, de la figura de la suspensión.

- La sombra de la prisión tras la revocación.

Finalmente, uno de los puntos más criticables, y al mismo tiempo más incoherentes desde cualquier perspectiva que de la suspensión como alternativa a la prisión se tenga, es,

precisamente, el hecho de que su revocación se sancione con la cárcel. El incumplimiento de la conducta puede llevar al cese de la suspensión, y con ello el regreso a la prisión, y, lo que es peor, ya no sólo por la comisión de un nuevo delito sino también por el no cumplimiento de las obligaciones impuestas. Este es, sin lugar a dudas, el más severo reproche que cabe hacerse, si bien no debemos dejar de destacar la posibilidad que otorga la legislación chilena de convertir la inicial prisión en reclusión nocturna (art. 6º Ley nº 18.216), que a pesar de tratarse de otra pena privativa de libertad, no deja de tener un carácter más suave y con ello menos desocializador que el encarcelamiento continuado.

#### b) Las posibles soluciones

Las posibles soluciones por parte de todos los implicados en el proceso serían:

##### 1. El momento del legislador. Propuestas de *lege ferenda*

- Conversión de la suspensión en una verdadera alternativa de la prisión. Un "lavado de cara" que le infunda la seriedad de que carece.

Se debe comenzar por enriquecer la regulación de la suspensión, transformándola de medida indulgencial en verdadera sanción. En este sentido, habría que mejorar la redacción del sistema de variables a tener en cuenta, en aras a conceder o no la suspensión, para así evitar el confusiónismo, y con ello los extremos, que llevaría siempre, o bien a conceder mecánicamente la suspensión sin respetar condición alguna o bien a no hacerlo nunca. La agravación de la pena del segundo delito es en todo caso, difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre.

- Ampliación de los márgenes legislativos.

El comienzo, para hacer de esta figura una importante alternativa a la pena privativa de libertad, se encuentra, lógicamente, en una ampliación oportuna del número de delitos a los que puede ser aplicada en lugar de la cárcel, sino queremos que se convierta en una medida de "elegidos"; que, finalmente, y de forma contraria a lo que predica, deje al marginado doblemente marginado. En todo caso, si lo que en verdad se quiere es acabar algún día con el uso de la cárcel como pena, deberá comenzarse por irla sustituyendo con otras medidas en los delitos en que en principio se castigan con ella, y no en aquellos otros que de entrada no se penan con prisión —una anotación aplicable a cualquiera que sea la vía alternativa que se utilice—.

- Eliminación de la reincidencia y la satisfacción de las responsabilidades civiles como requisitos objetivos.

La reincidencia, en todo caso, no debe establecerse legalmente como obstáculo, formal y automático, para la suspensión, si bien puede caber como un factor más dentro de la valoración global, que de las circunstancias personales debe hacer el Juez, para optar o no por la suspensión. Porque con la suspensión lo que se está juzgando, no es si ese sujeto ha caído anteriormente

en manos de la Justicia, sino si la condena del concreto delito que se está calificando puede ser condicionalmente suspendida, y dadas las características tanto del delito como del autor, pero sólo respecto de ese hecho. El exigir que la persona no haya sido condenada con anterioridad implica que aquél, que efectivamente lo fue alguna vez, sufra una *capitis diminutio* que no podrá borrar jamás, lo cual se traduce en una verdadera clasificación de las personas —semejante a la que otrora llevaran a cabo las marcas físicas— que no es tolerable en aras al principio de igualdad.

Respecto al requisito de la satisfacción previa de las responsabilidades civiles, choca frontalmente con la inmediatez en el pronunciamiento de la resolución que habrá de decidir sobre la concesión o no de la suspensión. En gran parte de los casos, el abono de tal responsabilidad requerirá de entramadas averiguaciones respecto de la insolvencia o no del condenado, y, en su caso, del ejercicio de la vía de apremio sobre sus bienes, lo que sin lugar a dudas obstaculizará la decisión. Es, por tanto, un requisito sobrante en la formulación, porque el delito, al fin y al cabo, constituye un acto que, ante todo y sobre todo, afecta al orden social y, en consecuencia, la satisfacción de las responsabilidades civiles que con aquél se hayan originado es un asunto independiente de la mayor o menor peligrosidad criminal del sujeto. Aparte de que lo único que puede provocar son situaciones de eminente desigualdad ante la suspensión entre los solventes y aquellos que no lo son.

- Previsión taxativa de las posibles condiciones a imponer. Asistencia versus control.

El legislador, en base al principio de legalidad, y buscando evitar toda dosis posible de inseguridad jurídica —sin por otro lado restarle discrecionalidad al Juez—, deberá establecer de forma separada los supuestos en que no procede la interposición de condición alguna, los que su imposición es facultativa para el tribunal y los que necesariamente requieren alguna. Deberá fijar taxativamente las condiciones que hayan de operar en cuanto tales, así como las que, teniendo prioritariamente un carácter asistencial, pueden ser impuestas en su caso como condiciones específicas, quedando abiertas las modalidades de asistencia y ayuda a ofrecer a los sujetos. De cualquier forma, si el objetivo fundamental de esta institución es el de evitar en lo posible la reincidencia en el delito, sin que para ello sea necesario ejecutar una pena de prisión, la "prueba" habrá de estructurarse orientándola a esa meta preferente, de acuerdo con las características del caso concreto. La solución, para ello, quizás esté en que el legislador invierta imaginación y dinero para que mejore el sistema de tareas y obligaciones a cumplir por el condenado durante el período de prueba. El requisito de no volver a ser condenado en sentencia firme por hechos cometidos durante el plazo de suspensión se debería interpretar, en todo caso, aparte de que la condena sea siempre por un delito y no por una falta, que no baste la mera imputación o el procesamiento de un nuevo delito, si es que se quiere ser respetuoso con el principio de presunción de inocencia. De igual modo, es incoherente, por no decir absurda, la inclusión de los delitos imprudentes, si se hace una interpretación amplia del término "no delinca", en vez de la teológica restrictiva que desde aquí recomendamos.

- La previsión de otras medidas alternativas en caso de revocación.

El acudir nuevamente a la prisión en caso de revocación de la suspensión —sobre todo cuando ésta es debida al incumplimiento de las condiciones impuestas— es absolutamente desproporcionado, y más aún cuando no se parte del abono del tiempo efectivamente cumplido

en suspensión. En este sentido, la revocación es a la suspensión condicional como el arresto sustitutorio es a la pena de multa, pero con la diferencia de que en el primer caso se trata de un elemento irremplazable, porque la pena suspendida no es, en esencia, una alternativa a la pena privativa de libertad sino una renuncia a ella. Entre la suspensión y la cárcel hay un gran elenco de medidas alternativas que pueden ser utilizadas en caso de que la primera falle y a fin de evitar el uso de la segunda. Un régimen intermedio por el que decantarse sin, por otro lado, elevar a delito autónomo la inobservancia de las prescripciones. Cuando se incumplan las condiciones impuestas con la suspensión cabría acudir a posibilidades tales como el aumento del plazo de prueba, el trabajo en beneficio de la comunidad, etc. Porque las sanciones ulteriores lo que deberían es utilizarse de forma constante y rápida más que ser de una gravedad superior a la necesaria para la obtención de su objetivo. Algo que también es perfectamente trasladable a los casos de revocación con causa en la comisión de un nuevo delito. Ante tales situaciones lo recomendable también sería una postura abierta que permitiera, cuando el delito no superara por su gravedad los márgenes de suspensión, abrir otro periodo de prueba, acumulado al anterior, con condiciones más estrictas. Porque creemos que, también en los supuestos de comisión de un nuevo delito, sería preciso dejar margen al arbitrio judicial. Un margen suficiente como para valorar si la naturaleza o escasa entidad de la gravedad del nuevo delito permite prescindir de tal revocación.

## 2. La parte del Juez. Cambios en la forma de juzgar

- Necesidad de un otorgamiento reflexivo de la figura. El fin del automatismo.

Estrechamente relacionado con ese "lavado de cara" legislativo de la suspensión, y al que antes hacíamos referencia, nos encontramos con la necesidad de evitar el automatismo en lo que a su otorgamiento judicial se refiere. El tribunal debe imponer esta pena en el convencimiento de que es la más adecuada y conveniente atendidas las circunstancias. Debe partir de la consideración de que la aplicación de la pena de prisión no es necesaria y que, por el contrario, basta con la advertencia que supone la suspensión condicional. Porque a la suspensión condicional sólo se le pueden devolver sus funciones preventivo generales y especiales si se le convierte de medida clemencial en pena alternativa. O lo que es lo mismo, si, de un lado, se refuerza su aspecto de pena, a través de la imposición de cargas satisfactorias y de prescripciones precisas, y, del otro, su aspecto asistencial y resocializador respecto a los sujetos necesitados de asistencia social.

- Anteposición de las funciones asistenciales sobre las de puro control.

El juez penalista, de una parte, tiene que cumplir una función de control y, de otra, una función individual de ayuda. En su decisión debe combinar ambas, puesto que mientras en su dimensión asistencial esta institución debe conceder al reo la posibilidad de dominar o de comprender los problemas personales y sociales ligados a su desviación, en su función de control el servicio de probation, tradicionalmente entregado al tribunal y a la Administración, tiene la tarea de supervisar la integración social y personal del sujeto en la comunidad. La preferencia, en cualquier caso, debe inclinarse por el lado de aquellas condiciones que sirven básicamente

de ayuda en detrimento de aquellas otras que comporten formas de vigilancia burocratizadas, tanto por la escasa confianza en ellas depositadas como por su posible efecto contrario a la resocialización. De igual manera se debe evitar, en la medida de lo posible, que la prueba se configure de una manera uniforme y rígida, condicionando todo su desarrollo a la decisión adoptada en un principio. La flexibilidad en la ejecución de la suspensión es absolutamente necesaria. Debemos, por tanto, y porque así nos ha enseñado la experiencia, huir de falsos paternalismos que finalmente deriven en intromisiones en la vida privada del condenado. Si bien la suspensión, de eso no cabe duda, siempre significa un incremento del control, éste debe ser siempre racionalizado —por el evidente peligro de aumento de control social que conlleva—. Porque, tal y como ha ocurrido en demasiadas ocasiones, el incremento de control, que siempre supone una pena sustitutiva o una suspensiva, de ser un simple complemento de la prestación de asistencia puede convertirse en una inaceptable intromisión en la esfera privada personal y familiar y eso es algo frontalmente opuesto a toda pretensión de alternatividad que se precie.

## 3. La labor de la Administración y de la sociedad. Infraestructura material y humana

Si lo que se pretende con la suspensión, como alternativa a la cárcel, es que se reduzca de forma notable el uso de ésta, y, sin embargo, resulta evidente que un número elevado de personas no son beneficiadas con ella precisamente por estimarse que éstos, por sus propias fuerzas, difícilmente son capaces de apartarse de la vía delictiva, hemos llegado a un enclave esencial: el de la ineludible previsión de ayuda al condenado en el cumplimiento de las condiciones impuestas. Al respecto, es obligada la existencia de un funcionario encargado de ayudarlo durante ese periodo de prueba cuando así es aconsejable para apartarlo de la comisión de futuros delitos. De un órgano similar al *Probation-Officer*, encargado del seguimiento de los sujetos con condenas suspendidas dado que los tribunales no pueden desempeñar esa función. Un órgano que, de momento, no existe en Chile, por lo que su creación es urgente y necesaria, si no queremos que el contenido de sus correspondientes normas suspensivas no quede en letra muerta.

Cierto es que la materialización de una infraestructura de semejante calibre necesita de una fuerte desembolso económico, pero, si se llega a la conclusión de que esta institución está en clara alineación al objetivo de resolver conflictos sociales del modo más humano y eficaz, habría que instar de los poderes públicos su implantación, dotación y aplicación, por mucho que tenga que hacerse una inversión mayor. Si, finalmente, todo esto tampoco convence y sale a relucir la escasez de presupuesto público y demás cuestiones económicas, lo mejor es acudir a los datos, y, desde la óptica de los costes, el mayor gasto en personal que supone esta figura se compensa mediante una mayor eficiencia de cara a evitar la revocación o bien a ahorrar los costes de la prisión. La escasez de recursos tanto económicos como técnicos y humanos no es, de cualquier forma, disculpa suficiente para seguir evitando el que la suspensión se erija como eficaz sustituto de las penas privativas de libertad. Al respecto, hay que tener el valor de trabajar con voluntarios. Porque la suspensión es, no podemos olvidarlo, una de las medidas más efectivas para conseguir la verdadera resocialización del delincuente y de la propia víctima, y que, por ello, estamos compelidos a potenciar sea como fuere.

- La libertad vigilada

Esta institución, a medio camino entre la suspensión y la sustitución de la pena, viene también prevista en la Ley nº 18.216 chilena (arts.14 y a 23) y en su correspondiente Reglamento (arts. 16 a 38). Tal y como se deduce de la esta normativa, esta figura consiste en "someter al condenado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientaciones permanentes de un delegado" (art. 14 Ley). Podrá decretarse cuando se den los siguientes requisitos (art. 15 Reglamento):

1. Si la pena privativa o restrictiva de libertad es superior a dos años y no excede de cinco.
2. Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
3. Si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

El plazo de tratamiento y observación no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de tres años y un máximo de seis. Pudiéndose prorrogar, a petición del delegado hasta por seis meses siempre que no se exceda el plazo máximo de los seis años. El delegado de igual modo podrá proponer la reducción del plazo siempre que no sea inferior al mínimo de los tres años, o que se egrese al condenado del sistema, cuando éste haya cumplido el periodo mínimo de la observación (art. 16 Ley). Al conceder el beneficio, el tribunal impondrá las siguientes condiciones (art. 17 Ley):

1. Residir en un lugar determinado, que puede ser elegido por el condenado, pero que en todo caso deberá corresponder a una ciudad en la que haya un delegado de libertad vigilada. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales.
2. Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado durante el periodo fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquél imparta respecto a la educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre o cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad.
3. Ejercer, en el plazo modalidad que determine el delegado, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia, y no es estudiante.

4. Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, salvo situación justificada.
5. Reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito. Si no lo hubiera realizado antes de que se dicte el fallo, el tribunal lo regulará fijando un plazo que no superará el que estará sometido a observación y posibilitando el pago por cuotas. De igual modo, el juez podrá ordenar que el beneficiado sea sometido a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que aparezcan necesarios.

El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado facultará al tribunal para revocar el beneficio, disponiendo el cumplimiento de la inicial pena privativa o restrictiva de libertad o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna (art. 19 Ley). Finalmente, si durante el periodo de observación el condenado cometiere un nuevo crimen o simple delito la medida se considerará directamente revocada (art. 26 Ley) y como consecuencia de ello deberá cumplir el total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración (art. 27 Ley). Cumplida adecuadamente la medida se tendrá a su vez por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta (art. 28 Ley).

Lo cierto es que esta figura no se diferencia prácticamente de la remisión condicional salvo por la ampliación del plazo para su aplicación (en la suspensión son penas de hasta tres años, y aquí de entre 2 y cinco años) y por la existencia del delegado de libertad vigilada (regulado en los arts.20 a 23 de la Ley y 23 a 38 del Reglamento), una especie de Probation-officer cuya efectividad es la clave del éxito o fracaso de la figura. Por lo demás, se pueden dar casi por reproducidas todas las críticas hechas a la remisión condicional.

#### 4. La sustitución de la pena

No debemos confundir las penas sustitutivas con las penas alternativas. Mientras que las últimas en realidad son penas originarias —y por ello el Juez debe imponerlas desde el primer momento y de forma directa—, en el caso de las penas sustitutivas el Juez deberá imponer necesariamente la pena originaria establecida, y sólo en un segundo momento podrá adoptar o no la decisión de aplicar la pena sustitutiva en su lugar, con arreglo a los módulos de conversión legalmente establecidos. Las penas sustitutivas no son independientes de la pena de prisión, porque, si bien la sustituyen, la sombra de ésta permanece detrás de una posible revocación; luego, simplemente ocupan su puesto. Cosa muy distinta es abogar por la conversión de las penas sustitutivas en penas principales, que de este modo pierden su carácter sustitutivo convirtiéndose

en “verdaderas alternativas”. En auténticas penas que al ser no privativas de libertad, y estar oportunamente respaldadas por una política legislativa y judicial adecuada, reducirían indefectiblemente el uso de la cárcel, objetivo último de este trabajo.

El fundamento de su previsión está, en todo caso, y al igual que sucediese con la suspensión, en la evitación de los efectos perniciosos inherentes a la cárcel. Al igual que en aquella, el Juez también se pronuncia sobre la culpabilidad del sujeto e impone y fija la pena que corresponda. La ejecución de ésta, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurría con la suspensión, se lleva a cabo, si bien materializada en otra pena distinta a la impuesta en la sentencia. Una sanción diferente, pero sanción en cualquier caso, y que por ello debe tender a realizar los principios constitucionales. Debe respetar, en consecuencia, los mismos límites y garantías que la pena de prisión, y por extensión los límites del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. O lo que es lo mismo, los límites que responden a un Derecho penal mínimo y garantista.

El que la concreta pena adoptada como sustituta se manifieste como idónea o no para alcanzar el objetivo último de reducción progresiva del uso de la pena privativa de libertad, que es lo que aquí se está valorando, ese es un tema distinto. Un tema que tratamos a continuación, y de forma específica en cada una de las figuras que bajo el esquema de la sustitución se vienen utilizando a nivel internacional. Pasemos, pues, a su análisis.

#### b) Los arrestos fin de semana y la reclusión nocturna

Nos situamos frente a una pena que se ejecuta con el acudimiento del condenado a un centro penitenciario donde pasará el fin de semana privado de libertad. Su fundamento no cabe decir que esté, precisamente, en la opción por la renuncia a las penas cortas privativas de libertad, porque de entrada el arresto de fin de semana es una pena corta privativa de libertad. Tampoco, y de otra parte, tiene sentido afirmar que está en la voluntad de evitar la prisión en delitos poco graves, porque el arresto también implica un ingreso en prisión. Luego, esta figura, si bien permite el mantenimiento de las relaciones con el mundo externo, no evita los riesgos conexos a la detención. Su fundamento es ciertamente más modesto: lo que se pretende es evitar una faceta de la ejecución de esas penas cortas privativas de libertad; esto es, su continuidad temporal por los efectos de aislamiento, estigmatización y desocialización que, en definitiva, siempre lleva inherentes.

El arresto de fin de semana es una pena que disfruta de poca “fama” en los códigos penales aquí objeto de estudio. Para empezar, el legislador español

parece haber escuchado, por fin, todas las recomendaciones de la doctrina al respecto, y ha optado por eliminar la figura del arresto de fin de semana de nuestro catálogo de penas. Todo ello tras una experiencia nefasta de 8 años<sup>35</sup>, sobre todo en lo referente a lo inadecuado de las circunstancias de su ejecución<sup>36</sup>. Un problema, el de su ejecución, que se ha convertido en el principal Talón de Aquiles de esta figura, y que quizás explique el porqué sólo se hace mención a ella en muy contados textos latinoamericanos.

En lo que a la legislación chilena, en concreto, se refiere. En ella no hay lugar para el arresto de fin de semana, si bien se prevé como pena sustitutiva de la prisión una figura que viene a tener prácticamente la misma significación: el arresto nocturno, definido como “el encierro en establecimientos especiales desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente” (art. 7º Ley nº 18.216), si bien en circunstancias especiales se podrá autorizar que permanezca en el centro desde las 18:30 y las 7:30 horas del día siguiente (art. 8º Reglamento). Se consideran establecimientos especiales, para estos efectos, “los centros o anexos abiertos y las dependencias destinadas a penados beneficiados con salidas diarias o dominicales” (art. 8º Reglamento)<sup>37</sup>.

Salvo en los casos especiales previstos en el art. 10º de la Ley, donde se posibilita el cumplimiento en el propio domicilio o en la comuna donde resida el condenado o en el ámbito territorial que se fije; o incluso la suspensión de la medida hasta que finalicen las circunstancias especiales (art. 11 Reglamento).

Para que se pueda hacer la sustitución, en todo caso, es necesario que (art. 8º Ley nº 18.126):

1. Que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta no exceda los 3 años.

(35) Los órganos de justicia se ven agobiados por el trabajo; la policía es insuficiente y no puede atender el número de llamados de los ciudadanos, los que pierden la escasa fe que aún les quedaba; los tribunales, saturados, van haciéndose más y más lentos, cual paquidermo viejo y moribundo; las cárceles preventivas son centros de promiscuidad y corrupción, y las penitenciarías se ven imposibilitadas de cumplir cualquier función de tratamiento individualizado.

(36) En nuestro país nunca existieron los establecimientos adecuados para llevar a cabo su cumplimiento, por lo que esta pena, cumplida en centros penitenciarios ya existentes y sin la asistencia de especialistas, no podía alcanzar fin preventivo-especial alguno, por limitarse, únicamente, a inocular al condenado a través de su encierro —con el dato añadido de que nuestras prisiones difícilmente se podían adaptar a la continua salida y entrada de condenados—. Por otro lado, el cumplimiento en depósitos municipales tampoco parecía ser lo conveniente, por encontrarse en su mayoría en condiciones deplorables. La única alternativa habría sido, por tanto, la de construir establecimientos dedicados específicamente a la ejecución de esta pena, con toda la previsión presupuestaria que eso conllevaba, y que nunca llegó a hacerse.

(37) Estos establecimientos llevarán un Libro de Reclusión Nocturna, timbrado y debidamente follado, en el cual el funcionario de guarda anotará el nombre y hora de entrada y salida de los beneficiados, y en el que éstos deberán firmar. En dicho Libro también se hará constancia de todas las conductas del beneficiado y de las sentencias judiciales que afecten al cumplimiento de la medida de reclusión nocturna (art. 8º Reglamento).

2. Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o lo haya sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no exceda de dos años, o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite.
3. Y siempre que los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos.

El cómputo será de una noche de reclusión por cada día de privación o restricción de libertad impuesto (art. 9º Ley). Y los condenados a reclusión nocturna tienen, en todo caso, la obligación de satisfacer la indemnización civil, costas o multas fijadas en la sentencia, salvo que haya impedimento justificado para hacerlo (art. 12 Ley). Finalmente, en caso de quebrantamiento grave y reiterado y sin causa justificada de la medida, el tribunal procederá a revocarla, disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido (art. 11 Ley). Se considera quebrantamiento grave la no presentación del condenado al respectivo establecimiento para el cumplimiento de la medida. Constituyen quebrantamiento reiterado todas las conductas que tiendan a perturbar su cumplimiento o que signifiquen su cumplimiento parcial, tales como incurrir en atrasos en las horas de entrada y salida, o presentarse en manifiesto estado de ebriedad en dos o más oportunidades (art. 12 Reglamento). En todo caso, se revocará directamente la medida cuando el condenado durante su cumplimiento comete un nuevo crimen o simple delito (art. 26 Ley). Revocada la medida el condenado deberá cumplir el resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida (art. 27 Ley). Cumplida adecuadamente la medida se informará al tribunal (art. 14 Reglamento), y se tendrá a su vez por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta (art. 28 Ley).

La opinión que nos merece esta figura es bastante buena, salvo por el hecho de que se cumpla en centros penitenciarios donde el contagio criminal es más que evidente, y por mucho que el condenado sólo se acuda a dormir —a sabiendas de que las celdas no son individuales, sino grandes pabellones en los que las personas están hacinadas—. Si es de destacar, y esta vez en sentido muy positivo, el que se de la posibilidad de su aplicación en reincidentes, aunque sea limitada a aquéllos que cometieron un delito castigado con pena privativa o restrictiva de libertad inferior a 2 años, o aquellos sancionados más veces pero sin superar tal tope. Las dudas en todo caso comienzan a la hora de comprobar su aplicación práctica y, en especial, la interpretación que los tribunales hacen de “la conducta anterior al delito”, o “los móviles determinantes del delito”, para optar o no por la aplicación de esta figura. Sería, por tanto, de desear la fijación de criterios mucho más objetivos y, en consecuencia, menos dables a interpretaciones subjetivas, asentadas en posibles prejuicios y fobias.

c) La pena de localización permanente (el arresto domiciliario)

Desde una óptica preventiva se trata de una pena muy útil para delincuentes ocasionales o primarios, y entre sus ventajas está, ante todo, la de evitar el temido contagio criminal y la sobresaturación de las instituciones penitenciarias, que de este modo se verían liberadas del peso de una población numerosa y fluctuante. De otra parte, al conservar un adecuado carácter aflictivo no perdería eficacia desde el plano de la intimidación, dado que la pena que le va detrás es la amenaza de la cárcel. En definitiva, el arresto domiciliario se manifiesta como una auténtica “alternativa” a la cárcel. Al ahorrar al condenado todo contacto, aunque sea mínimo, con la realidad carcelaria, revela más una naturaleza de medida “sustitutiva” que meramente atenuatoria de la detención. Es por ello una pena que se debe favorecer, pero que sin embargo no se prevé en el CP de Chile, por lo que desde aquí abogamos por su inclusión.

En España se prevé desde la reforma del CP operada por LO 15/2003, y que sustituye al malogrado arresto de fin de semana tanto como pena principal para muchas faltas que como forma de cumplimiento del arresto sustitutorio derivado también de la comisión de una falta. Su regulación es una realidad desde la aprobación del R.D. 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de las penas privativas de libertad. Si bien nos llama poderosamente la definición como “pena privativa de libertad que obliga al condenado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el juez en sentencia”. ¿A qué lugar se refiere? ¿Puede ser la cárcel? Porque de ser posible ya no hablaríamos de alternativa de la cárcel ni de evitación del contagio criminal que siempre se produce en ella.

En lo que a Chile se refiere, sólo se prevé, y como ya mínimamente adelantamos, como posible forma de sustitución de la medida de reclusión nocturna en caso de embarazo, puerperio, enfermedad, invalidez, condenados mayores de setenta años o de la concurrencia de circunstancias extraordinarias que impidieren su cumplimiento o lo hicieren extremadamente grave (art. 10º Ley). Si bien el art. 11 del Reglamento no hace alusión a tal posibilidad limitándose a hablar de suspensión de la medida hasta que tales circunstancias excepcionales desaparezcan.

d) La pena de multa. El arresto sustitutorio

El menoscabo patrimonial experimentado por el penado con la multa, es el medio a través del que se busca imponer un mal idóneo con vistas a intervenir en su voluntad, de igual modo que la libertad del sujeto lo es para las penas privativas de libertad. Porque no cabe duda que la privación de una determinada cantidad de ingresos durante un período relativamente largo representa, en sociedades tan consumistas como las actuales, un sufrimiento comparable al de la privación de libertad. Porque, hoy por hoy, sólo el dinero nos permite disfrutar de una cierta calidad de vida y, en consecuencia, es lógico que su pérdida tenga

una eficacia intimidatoria tan o más importante que la prisión —sin que dañe, eso sí, las relaciones sociales del condenado de modo tan sustancial como ésta—. La pena pecuniaria sintoniza, en definitiva, con una sociedad de bienestar que, como la actual, y para bien o para mal, privilegia en la personalidad humana los valores del homo. La satisfacción de exigencias preventivo-generales a través de ella es, por tanto, indudable en los ámbitos de criminalidad propios de personas socialmente integradas.

La pena de multa está especialmente indicada para la reafirmación del Ordenamiento jurídico frente a personas no necesitadas de resocialización, que cometen infracciones que se sitúan en la zona de la criminalidad leve y media, y con respecto a las cuales la pena de prisión se muestra inadecuada para cumplir esos fines. Una pena mucho más humanitaria —por no privar al condenado de sus contactos y relaciones familiares sociales y laborales—, que en caso de error judicial se repara fácilmente, y que, en todo caso, no sólo supone un ahorro para el Estado sino también una importante fuente de ingresos. El Estado, no cabe olvidarlo, se ahorrará todos los gastos que supone la disposición de una estructura organizativa adecuada, causa a su vez de la mayor parte de los fracasos en que redundan los sustitutivos penales. Es lógico, por tanto, que la multa sea una alternativa cada vez más utilizada en los códigos penales de todo el mundo. La opción preferida en la actualidad a la hora de sustituir a la pena privativa de libertad en el ámbito de los delitos de poca o mediana gravedad. Porque para este tipo de delincuencia se estima desproporcionada una pena tan estigmatizante como lo es la prisión —y con más motivo en tiempos que, como los actuales, están marcados por la sobrepoblación carcelaria.

En vistas a tan favorable panorama, el legislador, desde principios de los años veinte, ha dirigido gran parte de sus esfuerzos a convertir a la multa en un instrumento que, aparte de ofrecer mayor eficacia, permita una mayor consideración de la persona concreta del condenado y, por ende, una mayor Justicia. Para ello, ha incrementado las cuantías, sustituido con ella la pena privativa de libertad de corta duración, ha tenido en cuenta las circunstancias económicas del condenado, el pago a plazos, etc., consiguiendo, en definitiva, que la evolución de la política penal actual vea en la pena de multa el gran sustitutivo de la privación de libertad; de la misma forma que ésta lo fue, en su momento, para la pena de muerte y las penas corporales. Sin embargo, no todo el espectáculo es de color rosa, sino que aún existen, y a pesar de todos los esfuerzos, ciertas trabas que dificultan su loable propósito de convertirse en verdadera alternativa de la prisión. Unas dificultades que previamente estamos llamados a superar si deseamos, como así es, que la multa no decaiga en su propósito de ir sustituyendo progresivamente a la cárcel.

1. Problemas con que tropieza en su propósito. Cuestiones primordiales a resolver
  - La adaptación de la cuantía al patrimonio del condenado. El sistema de días-multa.

Para conseguir tal igualdad de trato en la respuesta punitiva, el sistema de días-multa lo que hace es determinar la pena de forma obligatoria en dos actos totalmente independientes entre sí. En el primero, el Juez, según el grado de culpabilidad e injusto, fija el número de los días-multa como castigo de la infracción realizada, y, en el segundo, señala el importe a pagar por cada día-multa, que lo multiplica por los días a los que ha sido condenado constituyendo el resultado el total a pagar; todo ello regido por la concreta capacidad financiera del individuo —con la posibilidad de que en una tercera fase, no obligatoria, el Juez conceda facilidades para el pago—. Una fórmula ésta con la que se consigue, a un tiempo, reflejar en la pena tanto la culpabilidad del autor como la gravedad del hecho provocado por éste, representando, además, una igualdad de sacrificio. Para ello, en la segunda fase, la más importante a efectos de igualdad, el objetivo buscado debe ser doble: que la multa no suponga una afección a las necesidades básicas del infractor y que prive de un porcentaje igual de renta a las diversas personas.

En todo caso, junto a la gran dosis de justicia que supone este sistema, al adaptar la pena a la situación económica del condenado, y la transparencia que lleva inherente, al dividirse su determinación en dos fases, cabe también hablar de: un mayor efecto preventivo especial —puesto que la posible repercusión psicológica que la multa cause al culpable será tanto mayor cuando más proporcionada se encuentre a sus haberes—, y de una disminución de las dificultades de exacción de la multa —dado que la aproximación de la pena de multa a la realidad del condenado permite ciertas esperanzas sobre las posibilidades de un cumplimiento más real—. Sin embargo, y a pesar de que todo esto es muy cierto, aún queda algo en el tintero. Aún queda un grave problema que el sistema de días-multa no puede resolver, ¿Qué hacemos con aquellos que, a pesar de todos los cálculos, son penados a pagar una cantidad a la que no pueden hacer frente? ¿Qué sucede cuando, a pesar de todos los esfuerzos, nos encontremos ante una persona cuya renta no supera lo necesario para satisfacer sus propias necesidades? Evidentemente, esto requiere plantearle una alternativa a la propia multa ¿Tal alternativa está, de nuevo, en la cárcel? Si es así, ¿qué hacemos entonces hablando de la multa como una perfecta sustituta de la prisión?



- Casos de impago. El arresto sustitutorio y su oposición con el principio de igualdad ante la ley.

Por mucho que las legislaciones traten de proporcionar la pena a la fortuna, paliando la desigualdad, ésta no llega nunca a desaparecer del todo. Por más que las cuantías traten de ajustarse a las circunstancias económicas del reo y no al delito, la presión punitiva será mayor en un caso que en otro, y la sustitución de la multa por prisión en caso de insolvencia significa, sin más tapujos, una agravación de la pena por motivos de pobreza. Porque lo único cierto es que en el caso de que el condenado a pena de multa no efectúe el pago, normalmente, se le impone una responsabilidad personal subsidiaria consistente en un determinado tiempo de privación de libertad. Un tema objeto de fuerte polémica porque, y evidentemente, lejos de erradicar la pena de prisión, lo único que hace es mantener su inderogabilidad.

La conversión del número de días-multa insatisfechos en días de privación de libertad desvela la cruda realidad de valorar en dinero cada día de cárcel. La sustitución de la multa por una pena de mayor contenido aflictivo, como es la privativa de libertad, cuando ésta no fue la pena señalada por el legislador para ese caso, no tiene razón de ser ni en la culpabilidad, ni en la antijuridicidad del hecho —o naturaleza del bien jurídico protegido—, sino en una condición o circunstancia personal del acusado: su insolvencia o incapacidad de hacer frente a la deuda. Es, por ello, una sanción desproporcionada, discriminatoria, y, en consecuencia, inconstitucionalidad por su contrariedad con el principio de igualdad.

Entra la prisión y la multa existen una serie de sanciones intermedias que primariamente habría que utilizar: perdonar el pago, cuando la no satisfacción de la multa se deba a causas ajenas a la voluntad del condenado; embargar su salario o bienes hasta un cierto límite; imponer una pena de trabajo en beneficio de la comunidad; la prohibición de acudir a determinados lugares; la amonestación, si se trata de un delincuente primario; un arresto domiciliario; una libertad controlada; etc. Porque lo lógico, de cualquier forma, si al final hay que imponer una media subsidiaria, es que la severidad de la sanción sustitutiva en ningún caso sea mayor que la de la sanción sustituida, por lo que habría que dejar fuera de toda posibilidad tanto a la prisión como al arresto fin de semana, al suponer su imposición una vulneración del principio de igualdad; pues, finalmente, lo único cierto es que se impone una sanción más grave a las personas de más bajo nivel económico. Y porque no sólo pesan aquí razones de constitucionalidad o no, sino también de política criminal, en tanto que el arresto sustitutorio —para nosotros ya sea prisión o arresto de fin de semana— supone, en definitiva, una pena corta privativa de libertad que es, justamente, lo que en un principio se ha querido evitar sustituyéndola con la multa.

## 2. Multa y alternatividad. Posibilidades reales en nuestros países.

A nuestro juicio, es ciertamente poca la alternatividad que cabe esperar de la multa en los países aquí objeto de análisis. Para que la pena de multa reemplace de forma efectiva a la prisión, debe estar prevista como pena principal, y única, en la mayor parte de los tipos penales, y sin embargo para nada es esto así. Su uso es muy reducido en comparación con las penas privativas de libertad, puesto que éstas son la regla mientras que aquella sólo constituye la excepción, aún en aquellos países donde el sistema de cuantificación es el de días-multa. ....

El promedio en Latinoamérica es que apenas el 8% de los delitos son sancionados con multa, en tanto que el 84% lo son con penas privativas de libertad. En el CP de Chile, en concreto, tan sólo 12 delitos se castigan únicamente con multa. Un texto penal que, además, no acoge el sistema de días-multa, sino que la multa se fija en unidades tributarias mensuales, estando señalados los límites de treinta unidades tributarias mensuales para los crímenes; veinte para los simples delitos; y cuatro para las faltas. Si bien se deja una puerta abierta con la expresión "sin perjuicio de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior" (art. 25 CP). Por "unidad tributaria mensual" se debe entender una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito y que se deberá pagar en pesos, en el valor que tenga la misma unidad en el momento de su pago.

De cualquier modo, resulta que la fórmula de uso más utilizada es la de multa conjunta a una pena privativa de libertad —bien sea prisión, bien sea arresto fin de semana, relegación, etc.—, lo cual es reflejo tanto de la falta de voluntad del legislador por sustituir la pena privativa de libertad como de la utilización "real" de la pena de multa: una forma de agravar aún más las conductas. Por no hablar de las absurdas veces en que se permite elegir entre la multa y la prisión, pues desde cualquier perspectiva de que se parta, si se estima que el delito concreto está suficientemente castigado con una pena de multa, no tiene sentido alguno ofrecerle al juez la posibilidad de adoptar la prisión.

La fórmula de prisión + multa es acogida en el CP chileno para más de 100 delitos. La posibilidad de elegir entre prisión o multa se da en más de 20 delitos, por no hablar de casos extremos como el del art. 265 donde, para el desacato leve, se señala la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa ¡¡o simplemente esta última!!

La ampliación del rigor con la previsión también de la multa no tiene, por tanto, sentido, y lo único que puede hacer —como efectivamente hace— es conducir a una aplicación discriminatoria según sea la capacidad económica del condenado. Aparte de que tal doble previsión es un claro atentado al principio de legalidad. La explicación a todo radica en que, si bien se ha vivido una fuerte tendencia reformista, está ha estado más encaminada a la búsqueda de mejores sistemas de cuantificación de la multa, ante los procesos inflacionarios, que a utilizarla como sustitutiva de la prisión. Porque es evidente que nuestros códigos penales, al

contrario de lo que si hacen algunos textos penales de nuestro entorno legislativo-continental —tales como el alemán y el austriaco—, no caminan en la dirección de que la multa acabe replegando a la pena de prisión como reacción penal.

En su papel de sustituta, la pena de multa cuenta con un estrecho margen y con el problema del arresto sustitutorio que siempre le va detrás, y que lejos de contribuir a erradicar el uso de la prisión mantiene su inderogabilidad, posibilitándose las penas cortas privativas de libertad cuando por incumplimiento —bien del pago, bien del arresto de fin de semana, bien del trabajo en beneficio de la comunidad— se regresa a prisión, y una vez descontadas las oportunas cuotas efectivamente pagadas o la parte cumplida en arresto de fin de semana o trabajo en beneficio de la comunidad.

El CP chileno no prevé la sustitución de ninguna pena privativa de libertad por multa. Esto es, no ve la posibilidad de cambiar días de cárcel por dinero, pero sí ve, sin embargo, e irónicamente, la posibilidad de cambiar el dinero no pagado por días de prisión (art. 49 CP), lo que nos da una muestra clara y fehaciente del carácter represivo y fundamentalmente carcelario del CP chileno. Urge, en consecuencia, una modificación del sistema de sanciones en este sentido, buscando una mayor y mejor aplicación de la pena de multa, como la mejor alternativa a la prisión.

e) El trabajo en beneficio de la comunidad.

Esta pena consiste en que el individuo sacrifique en beneficio de la comunidad su tiempo libre. Es decir, esta sanción no tiene como objeto la prestación de un trabajo, sino la pérdida del tiempo libre de que pueda disponer el condenado. El sujeto concreto no recibe ningún tipo de sueldo, luego no se busca una satisfacción económica sino que es la propia actividad la que tiene el efecto rehabilitador buscado, para despertar en el individuo la responsabilidad social al tiempo que repara a la sociedad. Se apoya, por tanto, en el convencimiento de que no es posible ninguna resocialización si al sujeto no se le integra también en el sistema productivo.

Su ventajosidad radica, sobre todo, en su compatibilidad con el ejercicio de los derechos civiles y laborales del condenado. Consiste en la obligación de desempeñar una determinada actividad durante un período concreto. Una realización positiva, y no mera privación o restricción de derechos del modo en que ocurre con la mayoría de las penas tradicionales. El sujeto puede continuar su vida normal sin que la sanción pierda su carácter de pena, puesto que materializa su aflicción en la pérdida del tiempo libre y su valor pedagógico en la reconversión de este último en una actividad de gran significación social. Y es que, como sabemos, toda sanción penal debe tener cierta trascendencia social para poder alcanzar los objetivos de prevención general a perseguir con

toda pena, y el hecho de que tendencia actual consista en un intento de hacer menos oneroso el cumplimiento de las sanciones penales no implica dejar vacío de contenido el citado principio. Su fundamentación preventiva es, en consecuencia, tanto general como especial. Esto es, se trata de una especie de "terapia ambiental", que será más eficaz cuantas mayores sean las posibilidades de asociar al condenado a organizaciones de voluntarios que ya desarrollen servicios en favor de la comunidad.

1. Dificultades a salvar.

Son obstáculos a batir, para su correcto funcionamiento:

- El inexcusable consentimiento del condenado. La diferencia con los trabajos forzados.

La eficacia final de esta figura depende de la valoración positiva que del trabajo haga el condenado, es por ello que debe ser inicial y responsablemente aceptado por éste. Necesario consentimiento que, sin embargo, y de forma inexcusable, le roba al trabajo en beneficio de la comunidad su posible carácter de pena principal, relegándolo a ser una perpetua sustituta de otra pena, ya sea detentiva ya sea de otro tipo.

- La infraestructura. La necesaria coordinación judicial con la Administración y los cuerpos asistenciales.

Nos situamos ante una pena que comporta una considerable complejidad al requerir de una eficaz coordinación con la Administración, como único ente capaz de proveer de puestos de trabajo. Sin tal previsión las posibilidades de éxito de esta pena como alternativa a la prisión serán realmente escasas, por no decir nulas. Para su buen funcionamiento es evidente que se necesita una infraestructura adecuada y una oferta suficiente de puestos de trabajo. Los Jueces deberán estar bien informados, tanto de esa disponibilidad como de las relaciones personales del inculcado, a la hora de tomar una decisión. Debe existir, en consecuencia, una perfecta relación entre la Administración y el Poder judicial, puesto que la carencia de información suficiente a lo único que llevaría es a que se equivocase su finalidad con la consiguiente situación de confusión.

- Tras el trabajo apropiado:
- Las dificultades inherentes a la búsqueda de trabajo en tiempos de graves problemas de desempleo.

No es, desde luego, una crítica gratuita la que se basa en la dificultad de que el trabajo pueda convertirse en una forma de pena en unos momentos en que se considera cada vez más como un privilegio. De un lado, habida cuenta de la crisis laboral que se está viviendo, los trabajos a realizar no pueden significar la ocupación de colocaciones para gente en paro, por lo que la colaboración de los sindicatos se alza como absolutamente necesaria. Y, de otro, al tratarse de un trabajo no remunerado, hay que ser especialmente cuidadoso en la selección de las actividades a desarrollar buscando el evitar explotaciones injustas y abusos. Todo ello, unido a la generalizada carencia de las necesarias especializaciones en los delincuentes, dificulta, aún

más si cabe, la focalización del trabajo adecuado.

El terreno apropiado parece el de las asociaciones con fines benéficos y sociales, que cuentan con pocos ingresos y tienen serias dificultades de mantenimiento. Generalmente, son trabajos manuales como el mantenimiento y limpieza de calles, plazas y jardines, pero también pueden consistir en servicios a club de jóvenes, asistencia a minusválidos, a enfermos o a ancianos. En resumen, todas aquellas actividades que, normalmente, no se llevarían a cabo sino a través del voluntariado. Pues todas ellas tienen en común el hecho de que no satisfacen intereses privados, o de un colectivo determinado, sino que, al menos potencialmente, pueden beneficiar a todos los ciudadanos. Las opciones, pese a las dificultades iniciales, son inmensas, y dependen de la agilidad y habilidad del funcionario encargado de seleccionarlas, adaptándolas a las características de la persona en concreto.

#### - Asistencia y control del cumplimiento.

El sistema presupone, como hemos visto, aparte de la existencia de tareas adecuadas y significativas, la existencia de un sistema de control; la disposición de una plantilla para la supervisión; y la necesidad de contar con ayuda voluntaria dispuesta a comprometerse con esta clase de actividad. Es, en consecuencia, absolutamente necesaria una previa estructuración de los órganos del trabajo social y su correspondiente apoyo a través de instituciones de carácter socio-pedagógico y psicológico. La intervención penal que, al fin y al cabo, siempre supone el trabajo en beneficio de la comunidad, debe incluir un nivel de ayuda a la persona que permita limitar sus efectos más nocivos. Esta sanción generalmente va dirigida a personas con múltiples problemas personales y sociales, quienes ahora se ven, además, en la obligación de cumplir una sanción penal. La intervención, precisamente por esto, deberá centrarse en ayudar a la persona a solucionar tales problemas, intentando evitar que esta modalidad punitiva empeore la situación. Esta es una ayuda que aparte de justificarse en sí misma como limitación del castigo, resulta también efectiva de cara a conseguir mejores niveles de cumplimiento. A ello, lógicamente, debe contribuir la colectividad como grupo humano.

#### - La concienciación ciudadana.

Evidentemente, nos situamos ante una institución que hunde profundas raíces en la vida social del país, y que, por ello, requiere de una fuerte capa social de personas activas y comprometidas. El éxito en la aplicación de esta medida depende, esencialmente, del interés que despierte en la comunidad, puesto que un grave obstáculo con el que, indefectiblemente, tropieza siempre es el de la escasez de entidades dispuestas a ofrecer trabajo a los condenados por un delito. Una traba traducida en la negativa a dar una oportunidad de colaborar en trabajos de ayuda, por los recelos o prejuicios —por otro lado comprensiblemente humanos— que existen comúnmente frente a los delincuentes. Se hace necesaria, por todo ello, y sin lugar a dudas, una campaña previa de información pública, sobre el interés del sistema de los trabajos en beneficio de la comunidad y los detalles de su ejecución, a fin de evitar el rechazo, y no sólo de los centros que puedan ofrecer trabajos, sino también de las organizaciones sindicales y del público en general.

#### - Consecuencias del incumplimiento ¿vuelta a prisión?

Si bien las conocidas como sanciones de apoyo están pensadas para estimular de alguna forma al cumplimiento de la concreta sanción, aquéllas, tal y como hemos dicho casi hasta la saciedad, no deben poseer una severidad superior a la de ésta. Se debe, en consecuencia, evitar también el uso de la prisión como sanción de apoyo al trabajo en beneficio de la comunidad, dado que, como ocurría con la pena de multa, entre ambas sanciones hay otras que pueden cumplir la misma función siendo menos gravosas. Entre otras, estarían el arresto domiciliario y la libertad vigilada, y sólo en caso de incumplimiento de éstas cabría hablar de prisión, pero, nuevamente, como *ultima ratio*.

#### 2. Su viabilidad en España y Chile.

En lo que respecta a la importancia de su papel como verdadera alternativa a la pena privativa de libertad, esto es, cuando aparece como principal y ocupa el lugar de ésta en el correspondiente tipo delictivo, no se sabrá sino acudiendo a la correspondiente parte especial, donde se conocerá la real confianza que el legislador le tiene a esta pena.

Esta figura únicamente viene prevista como pena principal, aplicable tanto para delitos como para faltas, en el CP español (arts. 33), pero analizando la parte especial lo que comprobamos es que sólo la acoge para algunas faltas, que normalmente no se castigarían o, mejor dicho, no se debieran castigar con prisión. En el CP de Chile, de su parte, ni siquiera aparece enumerada su catálogo de penas.

En su papel como sustituta, ni que decir tiene que, desde aquí, y de entrada, se aconseja la más pronta incorporación de esta figura, en aquellos textos penales que aún no la prevén, junto a la oportuna reglamentación de su ejecución.

En España aparece como sustitutoria de la pena de prisión de hasta 2 años (art. 88.2). Un margen ciertamente estrecho y que se complica aún más, con el hecho de que sea necesario el consentimiento del condenado, lo que sin duda le resta eficacia, puesto que una vez puestas en conocimiento del sujeto las condiciones del trabajo si éste lo rechaza la solución inevitable es la del cumplimiento de la pena inicialmente impuesta. Un consentimiento, por otro lado, que nosotros juzgamos siempre necesario para evitar cualquier clasificación de esta pena como trabajo forzado. En lo que a Chile, de su parte, se refiere, el trabajo no se prevé sino como una de las condiciones a cumplir el beneficiado por la medida de remisión condicional de la pena o por la libertad vigilada. Esto es, el trabajo no tiene carácter alternativo alguno a la prisión, sino que más bien es visto como una muestra de buena conducta, como un aporte de confianza en el reo, que por ello merece ver remitida condicionalmente su pena o no ingresar en prisión a cambio de ser sometido a vigilancia.

Sea como fuere, el hecho de que el incumplimiento remita directamente a la prisión sigue posibilitando la existencia de penas cortas privativas de libertad, puesto que se prevé el descuento del tiempo efectivamente pasado cumpliendo

el trabajo en beneficio de la comunidad. Por último, aunque no por ello dando por acabado este punto, cabe destacar la deficiente regulación de su ejecución en todos los casos.

En España, tras casi 10 años en vigor del Código Penal de 1995, y la consecuencia aparición de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, por fin contamos con un desarrollo, un poco más digno, de las circunstancias de ejecución de esta pena. Se trata del R.D. 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de las penas privativas de libertad. Un desarrollo reglamentario que busca colmar las carencias de la deficiente regulación habida al respecto hasta el momento —en un único artículo del CP, el 49—. Si bien las horas de trabajo impuestas pueden llegar a ser excesivas (hasta 8 horas que impiden al condenado compatibilizar esta pena con su propio trabajo), el contenido de las condiciones del trabajo es bueno y, lo que es más importante, por fin se prevé ayuda a la persona que lo cumple. Una ayuda, la prestada por los servicios sociales penitenciarios, tendente a facilitar el cumplimiento y con la consiguiente evitación de que el quebrantamiento de la medida acentúe sus problemas de marginación social. Veamos que nos dice la práctica diaria, si bien el elevado nivel de desempleo que actualmente se vive, supone un verdadero obstáculo al objetivo último de que el trabajo en beneficio de la comunidad pueda suplir, de una manera más o menos apreciable, a la pena privativa de libertad. Los esfuerzos para salvar tanta barrera deben, en consecuencia, y por su propia racionalidad, ser serios con la consiguiente mayor atención por parte de la Administración. El fin, desde luego, merece todos los medios.

#### f) Las penas privativas de derechos

En sociedades como las actuales, la capacidad de obrar, el acceso a la función pública, el ejercicio de una profesión o de una actividad artesanal o comercial, y hasta el uso del permiso de conducir, son condiciones elementales de trabajo y de supervivencia. Su privación, sobre todo cuando ésta es definitiva, resulta en gran parte de los casos más gravosa que la misma pena privativa de libertad, pudiendo también pecar de desigualdad por estar prevista sólo para ciertas clases de profesionales. Las penas privativas de derechos deben, por ello, estar sujetas al principio de jurisdiccionalidad de manera que sean infligidas por el Juez no de forma automática sino con conocimientos de causa; es decir, sobre la base de su exacta comprensión y connotación del hecho. Lo que hace evidentemente necesario, de otro lado, el que se eleven a la categoría de penas principales, de manera que puedan ser impuestas de forma exclusiva sólo para aquellos supuestos en que sean absolutamente necesarias, pudiendo extenderse en todo caso a todas las clases sociales y siempre y cuando su aplicación en concreto no contraste con el fin último de reinserción social del condenado.

Estas penas, sin duda, se encuentran en las mejores condiciones para sustituir a la prisión en el tratamiento penal de ciertas conductas de gravedad intermedia

y baja. En determinados casos, la amenaza de una prohibición de realizar ciertas conductas puede tener un apreciable efecto preventivo-general, y cuando se lleve a cabo de forma rigurosa también un indudable efecto de prevención especial ligado a la “incapacidad” de cumplir una actividad que en el pasado ha demostrado, respecto del sujeto, una ocasión de delito, facilitándole de este modo su reinserción. Su previsión, en consecuencia, se justificaría más sobre el plano de la proporción cualitativa entre el ilícito y la sanción que sobre el de alternativas a la prisión, de cuyos efectos realmente no representa un sustitutivo. En el sentido expuesto, son penas susceptibles de aparecer como principales en casos de:

- *Delitos de peligro o mero riesgo*, siempre que el peligro sancionado tenga su origen en una conducta inapropiada en el ejercicio del derecho que se priva. Una conclusión también extensible a los casos en que dicho peligro haya provocado daños a las personas, o a las cosas, que puedan calificarse de imprudentes. Al respecto, que mayor efecto preventivo —tanto especial como general— que el conseguido a través de la prohibición a ejercer el derecho de que se trate y sobre el cual hay un dato cierto: el de constituyó el medio para poner en situación de riesgo el concreto bien, o en su caso llevar a la producción imprudente del correspondiente daño.
- De igual modo, parece adecuada la sanción con la *privación del ejercicio de un determinado derecho* cuando se constata que dicha pena resulta suficiente para castigar ciertas conductas en que la calidad profesional, o el oficio desempeñado, resulta jurídicamente relevante para la comisión del delito, y siempre que el daño generado por éste sea de poca o mediana gravedad. Porque, al fin y al cabo, el daño generado con sus actuaciones podría ser reparado por la vía civil y no necesitan de una especial sanción penal, pues, o bien no son intencionales por ser meramente imprudentes o, cuando lo son, son de poca o mediana intensidad y sólo pueden realizarse abusando del derecho o posición de que se priva. Privación que, de este modo, se convierte en sanción adecuada para estimarse principal y única.
- Cabría también hablar de *privaciones de derechos a celebrar ciertos actos o contratos* —en especial entre el Estado y sus organismos—, vinculando tales privaciones a delitos como el de cohecho activo y todos los que cabe englobar bajo el término corrupción. El efecto preventivo es sin lugar a dudas mayor por el ánimo de lucro que, al fin y al cabo, es lo que a estas personas motiva.

- Y, por último, estaría la posibilidad de establecer *penas privativas de derechos a la Seguridad Social en casos de fraude dirigidos a la obtención de tales derechos*. Aquí, y de nuevo, el efecto preventivo es ciertamente evidente, y sobre todo por lo proporcionado o "adecuado" de la sanción con respecto a la conducta delictiva.

En favor de la alternatividad, sus ventajas como posibles sustitutas de las penas de prisión cabría situarlas en: la ampliación que del margen de actuación supone el hecho de que, al igual que la multa, no obligan a entrar en consideraciones sobre la personalidad o la peligrosidad del ofensor ni sobre sus posibilidades de rehabilitación. El que su ejecución carezca del carácter intrusivo característico de las alternativas a la prisión, cuyo objeto es conseguir la resocialización del infractor —como por ejemplo la suspensión y el trabajo en beneficio de la comunidad, cuyo cumplimiento debe ser especialmente vigilado o supervisado—. Y el que no necesiten de una actitud activa por parte del ofensor, que en caso de no darse podría llevar a una revocación de la alternatividad, y con la amenaza de la vuelta a prisión que esto siempre supone. Porque a diferencia de las otras medidas, que necesitan de la garantía de la prisión para su cumplimiento, las privativas de derechos sólo necesitan de la eficacia de los correspondientes registros para que su cumplimiento se lleve a cabo. Luego son penas, en definitiva, que cuando se imponen como principales pueden resultar útiles y coherentes, ya que el tiempo es el más indicado para demostrar que en su seno se puede encontrar un importante y progresivo abanico de sustituciones de las penas privativas de libertad.

Si bien algunas de las penas privativas de derechos —llamadas también inhabilitación, suspensión o interdicción— se pueden imponer, a tenor de nuestros códigos penales (español, chileno), tanto como penas principales que como accesorias, no está, en general, y sin embargo, prevista su función de sustitutiva de la prisión —con la salvedades oportunas que tratamos a continuación—. En cualquier caso, la mayoría de las veces que se imponen como penas principales poseen un carácter puramente adicional, y si están previstas como pena única y exclusiva no es, generalmente, como novedad, sino como traspaso de disposiciones ya existentes en el código penal anterior, arrastrando de este modo una normativa completamente obsoleta y confusa. En este sentido, el CP chileno, por ejemplo, castiga sólo 9 delitos con pena exclusivamente privativa de derechos, tratándose de conductas delictivas, por lo general, circunscritas a la función pública (arrogación de funciones judiciales, arts. 152 y 154, usurpación de atribuciones, arts. 221 y 222; malversación de caudales públicos, arts. 234, 236 y 237; resistencia y desobediencia, arts. 252 y 258) lo que denota, una vez más, el carácter defensista del Estado y sus instituciones. En otras 19 ocasiones acompaña a la multa, en otra se permite elegir entre ambas (art. 246) y siempre acompaña como accesoria a las penas privativas o restrictivas de libertad (presidio, reclusión, relegación, extrañamiento y prisión) y sea cual fuere el grado impuesto (mayor, medio o mínimo): arts. 27 a 30 CP chileno.

A todo esto, y por si fuera poco —que no lo es—, cabría añadir el hecho de que algunas de ellas se configuren, al mismo tiempo, como totalmente desocializadoras —y por ello

inconstitucionales— aparte de degradantes e inhumanas. Sirvanos de ejemplo la expulsión del territorio nacional (art. 89 CP español) o extrañamiento (art. 34 CP chileno), el destierro (art. 36 CP chileno), o la posibilidad o la inhabilitación para el ejercicio del sufragio activo (art. 42 CP chileno).

En definitiva, cuando hablamos de penas privativas de derechos nos situamos ante sanciones que, no cabe olvidarlo, cuando actúan como penas accesorias pueden conllevar graves peligros, pero que sin embargo tienen grandes posibilidades como penas principales, porque sus objeciones no son, ni mucho menos, insuperables. De una parte, su aflictividad puede atemperarse con una doble limitación: una limitación en el tiempo y una limitación en las conductas criminales, funcionalmente conexas a las concretas actividades profesionales a que cabe aplicarse; y, de otra, su carácter discriminatorio sería atenuado con la previsión de una serie de medidas alternativas, que también sustraigan de las penas detentivas a los delitos cometidos por otras clases o grupos sociales. En cualquier caso, toda razón de oportunidad y cualquier sospecha de ilegitimidad constitucional de la normativa vigente, en relación con el principio de que las penas deben tender a la reeducación del condenado, debe traducirse en una revisión de su mecanismo, de modo que éstas no sean aplicables cuando se pueda dar un empeoramiento del nivel de socialización del sujeto.

La condición para su aplicación debe estar, de cualquier modo, en el nexo de condicionamiento habido entre la actividad desarrollada por el sujeto —y que será el contenido de la medida alternativa— y la comisión del delito. Porque sólo siguiendo tales límites y condiciones estas sanciones serían finalmente miradas con favor, puesto que al mismo tiempo que su componente aflictivo garantizaría la eficacia intimidatoria, subsistirían los efectos positivos preventivo-especiales en virtud de su componente neutralizadora —para realizar la actividad que lo llevó a delinquir, se entiende—, y, lo que es más importante, ¡prescindiendo de la cárcel!

## IX. CONCLUSIONES VALORATIVAS. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Por todo lo visto, es ciertamente evidente el hecho de que un detallado elenco de alternativas a la prisión brilla por su ausencia tanto en el CP español como en el chileno. Un problema lógicamente agudizado en el segundo, por encontrarse en vigor desde hace ya demasiado, por limitarse a reproducir modelos europeos claramente represivos, y sin lugar a dudas ya desfasados, pues fue "esculpido" para hacer frente a unas directrices tanto políticas como socio-económicas que poco o nada tienen que ver con la actual realidad chilena. Para solventar tal situación, serían pasos a dar (propuestas de lege ferenda) los siguientes:

## 1. Nueva ordenación del sistema de sanciones por parte del legislativo

- a) Primer paso indiscutible: una previa y rotunda política, tanto despenalizadora como social, que evite el recurso a la maquinaria punitiva del Estado.

La alternativa a la cárcel se sitúa, en primer término, en una despenalización de todas aquellas conductas que bajo el sentir social no son penalmente relevantes — delitos de bagatela o, incluso, todas las faltas en el modo en que ha hecho el código penal panameño—. Porque, y partiendo lógicamente de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, no es admisible ninguna intervención punitiva que no esté justificada por la trascendencia que, para los demás, tiene la conducta que se quiere regular, y por la afección que a la esfera de la libertad ajena supone. La conducta debe, por consiguiente, poseer una importancia fundamental, puesto que el Derecho penal en una concepción de Estado que ésta no está compelido a ocuparse en respaldar mandatos, valores o intereses que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social.

Nos referimos, en resumidas cuentas, al proceso de retirada del Derecho penal, del que hablamos en su momento, como invocación del Derecho penal mínimo que responde al lema de "menos delito y menos cárcel". A la materialización efectiva, ya desde la letra de la ley, de esa ultima ratio del Derecho penal, de la que tanto se habla pero tampoco se hace uso, reservándose la pena de prisión única y exclusivamente para aquellos delitos graves, y frente a los cuáles aún no se dispone de otro medio de lucha. Sólo en ellos, hoy por hoy, parece justificado el acudimiento a la cárcel como pena, pero también, y por supuesto, con reticencias: las que parten de considerar a la prisión como un medio, en todo caso desocializador, y, por ello, necesariamente sujeto a límites. ....

- b) La reducción legal del uso de la prisión, con la eliminación de las penas de prisión breves y el acortamiento posible en las largas. La previsión de un elenco suficiente de medidas sustitutivas.

El Derecho penal mundial, que duda cabe, está enfermo de prisión, y esto se materializa de forma muy especial en el CP chileno. Sin embargo, dados los efectos claramente negativos que ésta tiene sobre todas las personas en general, y especialmente sobre los responsables de delitos de pequeña y mediana gravedad (en su caso sancionadas con penas cortas privativas de libertad), lleva a reclamar una reducción importantísima de su utilización. En este sentido, y en lo que al tema de las penas cortas privativas de libertad se refiere, el indudable punto de partida se situaría en su supresión general del código penal concreto, siendo sustituidas por otras penas pero no por los sustitutivos que aquí tratamos —que como ya hemos dicho sólo son mecanismos indirectos—.

Pero la discusión —como ya sabemos— no acaba aquí. La reducción de la población reclusa, no sólo se consigue evitando la entrada en la cárcel del mayor número posible de personas, sino también reduciendo los períodos de internamiento en la medida de lo posible y dando una solución efectiva al problema de la prisión preventiva. En este sentido, hablamos de la libertad condicional, la parole, la libertad bajo fianza, la libertad juratoria, la libertad vigilada, la prisión abierta, la colonia penal, el arresto nocturno, etc., y cualesquiera otra formas de evitar el pasar una parte del tiempo en prisión. Porque limitar su severidad es, ciertamente, instrumento necesario para cualquier política reduccionista que se precie, pues el carácter desocializador intrínseco a su propia esencia así nos lo exige, ¿o no se derivaba de él, precisamente, todo el entramado de la alternatividad?

Es urgente, por tanto, comenzar por crear nuevas sanciones que desplacen las penas cortas y eviten las de larga duración —acortando éstas todo lo posible—. Si, a pesar de todo, éstas subsisten, deben preverse legislativamente tanto las medidas sustitutivas como los casos generales de su aplicación. Un arsenal lo suficientemente amplio, si lo que se desea realmente es que no siga imperando la prisión, y para lo cual el legislador debe conocer los medios materiales y humanos con los que cuenta y las posibilidades reales de sustitución.

- c) Su conversión en verdaderas alternativas mediante su elevación a penas principales. Los límites al ius puniendi.

Las sanciones sustitutivas solo serán verdaderas penas desde el momento en que dispongan de un preciso contenido sancionatorio y una cierta "autonomía", lógica y normativa respecto al modelo detentivo. Estas penas, una vez insertadas en el catálogo de penas principales en la parte general del correspondiente código penal, dejan de ser penas sustitutivas para ser penas alternativas. Debe tratarse, en todo caso, de verdaderas medidas alternativas y funcionar como tales, o sea, ser utilizadas en lugar de la privación de libertad. Para ello, es obligado comenzar por la revisión de la parte especial del código penal concreto y conminar cada delito con las penas más adecuadas, a efectos de que el Juez pueda elegir la más conveniente al caso concreto.

Las alternativas a la prisión son, en todo caso, y no debemos nunca olvidarlo, sanciones que contienen graves restricciones y elementos coactivos, y que, por ello, deben estar sujetas a determinados controles. A determinados principios rectores que nos den la certeza de su efectivo anclaje como sustitutivos reales y no meramente formales, o enmascaradores, del instituto carcelario. Porque los problemas que conciernen a estas penas son comunes a los que rodean a las otras penas, sean criminales o no, y derivan, esencialmente, de la necesidad de respetar los conocidos principios de legalidad, jurisdiccionales, y aquel organizativo de actuabilidad o funcionalidad, así como la coordinación de todos.. Les son de

aplicación, pues, todos los principios político criminales de un Estado de Derecho, tales como el principio de humanidad, libertad, presunción de inocencia, igualdad, al igual que todos los derivados del Estado social; esto es, los principios de culpabilidad y proporcionalidad..

- d) La fijación de criterios-guía de los que partirá el Juez al hacer uso de su discrecionalidad.

El Juez, como consecuencia aparejada a todo el entramado inherente a las penas alternativas que aquí se están tratando, y como efecto de la correspondiente ampliación del listado de penas, se ve obligado a individualizar la sanción dentro de márgenes mucho más grandes, sin dejar, claro está, de respetar el principio de legalidad. Hasta aquí perfecto, sin embargo, el problema está en que la actual tendencia a la extensión —a veces con desmesura— de su discrecionalidad no se está viendo, por lo general, acompañada por el desglose oportuno de referentes válidos y significativos en los que orientarse.

Hasta ahora el legislador se ha limitado a transferir, de un modo casi sistemático, funciones sobre la espalda del Juez extrañándose así mismo. Renunciando a madurar, en materias delictivas y conflictuales, líneas coherentes y seguras de política criminal, sin las cuales a lo único a que cabría llegarse es a la aplicación, por parte del juzgador, de valoraciones de incierta consistencia y de dudable fundamento, y no de penas en concreto. Luego, el legislador también está llamado a dar una cobertura legal a esta necesidad. Esto es, está compelido a fijar legalmente una serie de criterios que orienten la actuación del juzgador, de forma que se le facilite, e incluso se le dirija, en el camino hacia la reducción del uso de la cárcel como pena. Una simplificación notabilísima de los trámites a seguir para la sustitución; requisito con especial significación para ciertas regiones latinoamericanas donde los jueces no son letrados.

- e) Acabar con la equivalencia: quebrantamiento de la pena sustitutoria = vuelta a prisión.

Evidentemente, y por mucho que se haga un esfuerzo de adaptación de la alternativa a las características del penado, siempre hay un riesgo de incumplimiento voluntario, y para evitarlo se recurre, general y equivocadamente, a la prisión como sanción de garantía. Sin embargo, si nuestro objetivo es, como hemos repetido en innumerables ocasiones a lo largo de esta elaboración, que la institución de la alternatividad funcione, y la prisión deje, aunque sea poco a poco, de ser la protagonista, hay que dejar, de una vez por todas, de acudir a ella cada vez que se quiera dar seriedad a una medida —bien sea sustitutiva, bien sea suspensiva—; cada vez que se quebrante el cumplimiento de alguna de éstas.

La prisión, como hemos visto a lo largo de toda la elaboración —y en cada figura alternativa en concreto, a las cuáles nos remitimos—, no sólo se puede, sino que se debe, evitar con la previsión legal de pasos sancionatorios intermedios, tales como el aumento de la duración de los plazos de las medidas alternativas, la sustitución de la medida no cumplida por otra, recurrir a un sistema exclusivamente civil de garantía de las multas, etc., hasta llegar a la aplicación de la pena de prisión como verdadera ultima ratio. Porque éste es el único camino viable para acabar algún día con la cárcel, y por ello, el único legítimo en un sistema orientado político-criminalmente hacia la alternatividad.

- g) Legislar en materia de ejecución de penas, tanto privativas como no privativas de libertad

Si, ciertamente, es importante que los códigos penales prevean en el seno de sus preceptos toda una serie de posibles alternativas, no lo es menos el que existan las correspondientes leyes que desarrollen su ejecución una vez que son impuestas. Es necesario legislar en materia de ejecución de penas, y ya no sólo de la pena de prisión, sino de todo el arsenal punitivo —multa, trabajo en beneficio de la comunidad, arresto de fin de semana, inhabilitaciones, etc.—. Porque nada se consigue con imponer determinadas penas si a la hora de su cumplimiento no se prevén todos los puntos ejecutivos necesarios. Porque esto, o bien lleva al desencanto, y la correspondiente no imposición por parte de los jueces; o bien porta al abuso, con la consiguiente infracción de derechos fundamentales. La legislación en materia de ejecución de penas es, por tanto, otra de las responsabilidades inexcusables del legislador. Su labor es, sin lugar a dudas, tan esencial como determinante en el proceso de relegación a un segundo plano de la pena detentiva, pero con ella no basta. La alternatividad es un edificio en el que tienen que trabajar muchas personas. Del mismo modo en que de poco sirven los inmejorables planos de un arquitecto sin unos albañiles decididos a materializarlos; de poca utilidad serían las magníficas leyes de un legislador sin unos jueces comprometidos con ellas. Unos juzgadores vinculados aún más con su sentido que con su letra. Unos jueces, en definitiva, con igual o mayor voluntad minimalista de la que se pueda despojar de los tipos legales; puesto que sin ellos la ley no pasaría de ser letra muerta.

## 2. Un ineludible cambio en el hacer de Jueces y Tribunales

- a) Principio de legalidad y discrecionalidad judicial. Una orientación hacia las consecuencias del delito.

Toda la labor legislativa hasta ahora estudiada tiene, lógicamente, como consecuencia una importante ampliación del arbitrio judicial, respecto de los límites que tradicionalmente se le han impuesto. La decisión es, ciertamente,

mucho más comprometida, motivo por el cual debe ser mucho más responsable. La discrecionalidad del juez ahora no se reduce a decidir sobre la cantidad de pena a imponer —partiendo siempre de la pena concreta con que se sanciona el concreto delito en su respectivo precepto—, sino que va más allá: llega a decidir sobre la clase de pena a imponer. Una decisión ésta que, por tanto, debe estar apoyada en una consideración estricta del sujeto concreto en su particular situación social y personal. O lo que es lo mismo, la medición judicial de la pena debe también dirigirse hacia las consecuencias que, se prevé, pueda tener la pena en el caso particular de que se trate. Porque, sin duda, el éxito de todas las instituciones hasta ahora estudiadas depende, sobre todo, de la atracción que los órganos judiciales experimenten hacia su ejercicio; sin que esto signifique, no obstante, un debilitamiento de la legalidad.

- b) Del rígido legalismo a la interpretación de la ley. La necesaria formación criminológica del Poder Judicial.

Es ciertamente inevitable comenzar por este punto. Para que la sustitución o suspensión deseable se lleve a cabo, hay que empezar por confiar en el Poder Judicial; por devolver a los jueces la confianza que se le ha retirado desde la Ilustración. La imagen de la función jurisdiccional debe, en consecuencia, cambiar. Debe abandonarse una perspectiva estrictamente legalista para ceder ante las necesidades de flexibilidad, dada la evidente incapacidad de las normas abstractas para medir con el mismo rasero todas las situaciones. Porque ahora de lo que se trata es de proporcionar soluciones a problemas relativos al comportamiento humano, y, por ello, la labor de los juzgadores nunca podrá ser aséptica, sino que, por el contrario, deberá estar fuertemente marcada por las directrices de las ciencias del comportamiento. Sin embargo, las cosas en la realidad están siendo muy diferentes. Hoy por hoy, los jueces siguen instruidos casi exclusivamente de forma jurídica, con escasos, o nulos, conocimientos de las ciencias del hombre, y, en consecuencia, cuando deben evaluar variables como "la capacidad de delinquir" o la "peligrosidad" del reo, están compelidos a pronunciarse sobre algo para lo que no están "profesionalmente" preparados.

Se hace, en este sentido, necesaria una formación más integral de los jueces y magistrados, con unos conocimientos criminológicos mínimos. Esto es, los jueces están necesitados de las aportaciones previas de otras disciplinas. De las directrices de ciencias humanas como la Psicología, Pedagogía, Sociología, Criminología, etc.; las cuales deberían jugar un papel decisivo en la elección judicial para tener más garantías en el acierto, tanto en la decisión primera como en la valoración de los informes durante el plazo de prueba o al final del mismo. La Administración, y más señaladamente el Ministerio de Justicia del concreto Estado, debe, por tanto, y al igual que hace a otros niveles, formar personal con una válida y específica preparación en estos sectores, si lo que de verdad quiere es una orientación hacia las consecuencias de la consiguiente decisión judicial.

- c) La individualización de la alternativa. La huída del automatismo en su concesión.

Las alternativas, a diferencia de la pena de prisión, tienen su cumplimiento subordinado a una actitud activa por parte del ofensor, que en caso de no darse podría llevar a una revocación de la alternativa. Para evitarlo, se debe comenzar por considerar las características individuales del ofensor, puesto que éste es el único modo de que las alternativas efectivamente reduzcan el índice de personas encarceladas. Los jueces, por todo ello, deberán saber juzgar a cada hombre en toda su ambigüedad, en toda su íntima individualidad, de las que el delito no es sino un síntoma o una manifestación externa. Se deben, en consecuencia, evitar los automatismos porque, como ha ocurrido con la condena condicional, sólo crean la imagen equivocada de que determinadas infracciones gozan sistemáticamente de práctica impunidad, lo que, decididamente, desnaturaliza sus fines y esteriliza la institución.

Gran responsabilidad, en eso no hay duda, la que les ha caído a los Jueces. Sin embargo, del mismo modo que ocurría con los legisladores respecto de éstos, a éstos les sucede respecto de la Administración. Sin una Administración comprometida a ponerse manos a la obra, para materializar los buenos propósitos alternativos de unos Jueces modernos, liberales y criminológicamente formados, las sentencias con el sello de la alternatividad no pasaran de ser una muestra de buenas intenciones. Y es que de poco sirve, en definitiva, la suspensión o sustitución de una condena privativa de libertad si se carece de la infraestructura necesaria para llevarla a cabo. Si se carece de la asistencia y, en su caso, control necesarios para su puesta en marcha, el siguiente momento es la recaída en el delito y, con él, la esfumación del sueño.

### 3. La labor de la Administración: la construcción de una infraestructura adecuada

- a) Control y asistencia en el cumplimiento. La coordinación de funciones.

En la práctica generalidad de los casos de alternatividad se necesita de un control de su cumplimiento; un control distinto, y mucho más complejo, que el que comporta una ejecución penal en institución cerrada. Un control que hace necesario instituir formas ambulantes de vigilancia, en el sentido de la asistencia en libertad vigilada o de servicios sociales equivalentes de la Justicia, y, por ello, acreedor de la correspondiente infraestructura. Se trataría, en definitiva, de dar forma a las exigencias del Estado social consagrado en las correspondientes cartas fundamentales. De la efectiva asunción por el Estado de las obligaciones promocionales y asistenciales, que la Constitución impone a los poderes públicos



como tarea urgente y prioritaria, y más aún en épocas de crisis de empleo en las que se agudizan las diferencias de oportunidades de acceso a la participación en el sistema social. El cumplimiento de unas obligaciones constitucionales que evitarían el que, finalmente, y de nuevo, se beneficiasen de las alternativas únicamente aquellas personas que cuentan con apoyos y medios suficientes en su entorno. Luego, necesario equilibrio entre los aspectos de control, o vigilancia, y los de asistencia, o ayuda. Esto es, introducción de un seguimiento de la pena fundamentalmente asistencial, y con un carácter de ayuda más que de vigilancia.

Existen, en todo caso, figuras que, como la del Juez de Vigilancia y la Comisión de Asistencia Social, si bien con una existencia precaria, pueden, una vez desarrolladas según las previsiones legales, ofrecer al menos una primera estructura del necesario probation officer. Figura ésta cuya complejidad, a su vez, sería salvable desde el momento en que las oficinas judiciales dispusieran de los medios elementales de comunicación con la Administración. Pues sólo así se conocerían, en todo momento, las características de las plazas de trabajo posibles, con lo que el rechazo a los puestos de trabajo al menos contaría con todas las garantías necesarias. Luego, también debe existir, y en consecuencia, una previsión de coordinación con las instancias asistenciales, desde el mismo momento de la detención de la persona hasta la finalización del cumplimiento de la pena que se le pudiera corresponder. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, en la realidad no todo es tan fácil. Todas estas bellas propuestas teóricas cuestan dinero, mucho dinero.

- b) La urgente dotación presupuestaria al respecto. La remoción de los obstáculos económicos existentes.

La previsión de la infraestructura de control y asistencia adecuada exige una política presupuestaria, en la que el gasto social se verá incrementado considerablemente por los costes del personal asistencial y administrativo del sistema, y, sin embargo, el contexto social actual, con una marcada política de restricción del gasto social, y unos gobiernos enfrentados a un desarrollo de la economía donde el trabajo —factor fundamental en un programa de resocialización— ha devenido un bien escaso, no parece el más indicado ¿Abandonar? No, ni mucho menos. No se debe caer en la desesperación y dejar de lado, por una aparente imposibilidad, tal encomiable meta. Estamos todos, y en primer lugar la Administración del Estado, compelidos a remover todos los obstáculos económicos necesarios para llevar a cabo una política de control y, sobre todo, de asistencia realmente eficaz. Para ello, se deberá contar, sin lugar a dudas, con la colaboración de las entidades locales, provinciales y regionales correspondientes, por ser éstas las únicas en condiciones de hacer lo que para el Estado sería muy difícil, por no decir imposible. Además, el coste económico,

que el progresivo vaciamiento de las cárceles pueda representar, es ciertamente rentable desde el punto de vista del gasto comunitario, y, todo ello, sin olvidar la trascendencia social positiva que esta evolución produciría.

En cualquier caso, el tema —como para todos es obvio— continúa sin cancelarse. Y más cuando se cae en la evidencia de que con todos los pasos anteriores no está, ni mucho menos, realizado todo el recorrido. Falta algo muy esencial, que por mucho que lo coloquemos en último lugar no es por ello lo menos importante. Más bien lo estimamos un paso previo a los aludidos hasta ahora: el ineludible apoyo, en toda esta construcción, de la colectividad como grupo humano.

#### 4. El turno de la sociedad. Un necesario cambio de mentalidad

- a) El convencimiento colectivo de la necesidad de buscarle “soluciones” a la cárcel.

Actualmente, no hay duda que en la opinión de la colectividad la sanción penal continua, fundamentalmente, identificándose con la privación de la libertad personal, como retribución del mal por el mal. Se considera que los delincuentes son una especie de seres “extraños”, que dada su actuación delictiva no merecen formar parte de la sociedad; una sociedad que, a su vez, pretende, ante todo, salvaguardar la seguridad colectiva estimando a la pena como “justo” castigo del mal causado. Aquí radica, sin lugar a dudas, el primer paso del camino, pues es ésta una mentalidad que urge cambiar si en verdad se desea llevar a cabo un programa serio de alternatividad.

Si no queremos construir en el aire, debe concurrir, lógica y necesariamente, la opinión favorable de la sociedad; y para obtenerla, un primer y esencial paso es demostrar que los sustitutivos a la prisión no son medidas indulgenciales o perdones. Que no son “regalos” hechos a los “malos” por parte de un aparato punitivo especialmente “blando”. Y es que, para que la sociedad comience a ver la importancia de su participación, debe saber, previamente, que se encuentra ante verdaderas penas. Debe saber que las medidas alternativas participan de la misma naturaleza de la pena detentiva, porque, si bien no son nunca completamente privativas de libertad personal, implican, de todos modos, un imprescindible coeficiente de afflictividad. Y esto es siempre así, por mucho que muestren para con el condenado unas condiciones de mayor favor que las inherentes a la situación de detención. Para ello, es imprescindible comenzar porque los dirigentes políticos y los medios de comunicación se comprometan a ofrecer una información tan completa como imparcial, lejana de toda tentación electoral o de audiencia que a lo único que portan es a incrementar una irracional alarma social.

b) Su imprescindible participación en el juego de la alternatividad.

Es imprescindible, en consecuencia, y de nuevo, comenzar por mentalizar a la opinión pública de que el problema penitenciario, y en consecuencia el de los liberados, es un problema de todos que exige soluciones rápidas. Quizás, y al respecto, 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. Para ello, deberían utilizarse todos los medios a nuestro alcance; medios como la TV, la radio, la prensa, organizar ciclos de conferencias, seminario, etc. Porque 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.

A la seguridad ciudadana debe, por tanto, aparecer primariamente ligada una profunda democratización del Estado, para que cada vez sean más todos los hombres, y no sólo algunos, los que tengan capacidad para resolver el problema. O lo que es lo mismo, que todas las personas humanas, hombres y mujeres, sean protagonistas directos e inmediatos de la historia.

## SUMARIO

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	
Importancia del estudio de las consecuencias jurídicas del delito.	
La inexcusable correspondencia entre función de la pena y función del propio Derecho penal.....	7
II. LA PENA Y SUS TEORÍAS .....	8
1. Definición de sanción penal .....	8
2. Teorías de la pena .....	8
3. Conclusiones: una postura justificacionista en necesaria coherencia con el modelo de Estado de que se parta .....	16
III. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO .....	17
1. Derecho penal y modelo de Estado Constitucional. La deslegitimación del Derecho penal Latinoamericano.....	17
2. Derecho penal y Estado social y democrático de Derecho. Hacia un Derecho penal mínimo por el camino de la resocialización.....	25
IV. PRÁCTICA VS TEORÍA. LA CRISIS ACTUAL DEL DERECHO PENAL.....	26
V. EL MODERNO SISTEMA DE PENAS.....	28
1. La interminable lucha contra la pena de muerte.....	28
2. El "reinado" de las penas privativas de libertad y la actual búsqueda de alternativas .....	29
3. Las escasas posibilidades "legales" de la multa como sustituta de la prisión .....	30
4. La tímida y peligrosa incorporación de las penas privativas de derechos. Su escasa aportación al programa alternativo .....	31
5. Valoración crítica.....	32
VI. DISCURSO RESOCIALIZADOR Y PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	33
1. Crisis del ideal resocializador y crisis de la cárcel. Especial referencia a Latinoamérica.....	33
2. Conclusiones valorativas .....	44

Pág.

	Pág.
VII. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS Y LA URGENTE NECESIDAD DE BUSCARLE ALTERNATIVAS .....	46
1. La pena privativa de libertad modernamente concebida .....	46
2. Incompatibilidad entre la previsión de la pena privativa de libertad como pena dominante en los correspondientes códigos penales y la orientación político-criminal hacia la resocialización de las respectivas constituciones. Predisposición jurídico-penal hacia la alternatividad en España y Chile.....	60
VIII. LAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD .....	62
1. Bases teóricas de la alternatividad .....	62
2. Las propuestas alternativas. La nointervención.....	64
3. La suspensión condicional de la condena. La libertad vigilada .....	66
4. La sustitución de la pena .....	75
IX. CONCLUSIONES VALORATIVAS. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA .....	91
1. Nueva ordenación del sistema de sanciones por parte del legislativo.....	92
2. Un ineludible cambio en el hacer de Jueces y Tribunales .....	95
3. La labor de la Administración: la construcción de una infraestructura adecuada .....	97
4. El turno de la sociedad. Un necesario cambio de mentalidad .....	99

## LA VALIDEZ DEL SISTEMA PENAL ACTUAL FRENTE A LOS RETOS DE LA NUEVA SOCIEDAD

**NIEVES SANZ MULAS**  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca (España)

*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

### 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 qué ocurre con los juristas? ¿Dónde está su, por lógica, necesaria aportación en la batalla contra la criminalidad?

El jurista —estamos de acuerdo con ZÚÑIGA—<sup>1</sup> 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 penales”<sup>2</sup>.

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

(2) *Ibidem*.

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"<sup>3</sup>. O lo que es lo mismo, acabar con la actual "apropiación política del discurso jurídico"<sup>4</sup>.

## 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. No existen, por tanto, tipologías abstractas de criminalidades, sino personas que por determinadas circunstancias sociales realizan comportamientos que en ese momento son considerados delictivos. Esto es, la definición del delito es el resultado de una sistemática negociación entre las demandas sociales, siempre más dinámicas que las ofertas institucionales, y la normalización de dichas demandas por parte del Estado<sup>5</sup>.

En este sentido, y ciñéndonos a las sociedades occidentales postindustrializadas, o postmodernas, entre las que cabe integrarse la nuestra, 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, esto es, 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, cabe aducir su indudable influencia en la demanda 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"<sup>6</sup>.

(3) *Ibidem*.

(4) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", en CPC, n° 55, 1995, p. 357.

(5) SAN JUAN, C., "Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes", en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n° 13, diciembre 1999, p. 19.

(6) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Política criminal, op. cit., p. 254.

Raro es el día que nos despertemos sin noticias "vinculadas" a la criminalidad; es más, ninguna crisis, por muy remota que se encuentre en el espacio, no es ajena<sup>7</sup>. Pero 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.<sup>8</sup>

Conflictos todos ellos que, al no ser asumidos ni por los poderes políticos ni por las fuerzas sociales, llegan *prima ratio* al sistema penal, exigiéndosele 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 consenso, que tiene claro efectos nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general.

Porque lo que, finalmente, se está fomentando no es sino 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 —concordamos con DÍEZ RIPOLLÉS—, "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"<sup>9</sup>.

### 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 ha acarreado importantes consecuencias en lo que a los conflictos sociales y la forma de abordarlos se refiere. La revolución científica y técnica, como tendremos ocasión de comprobar, constituye tanto factor de progreso como motivo acuciante de nuevas desigualdades en la sociedad internacional. Aporta todo un arsenal de expectativas que pueden servir tanto para liberar al hombre de sus servidumbres frente a la naturaleza, como para imponerle nuevas y mucho más sofisticadas técnicas de dominación frente a sus semejantes<sup>10</sup>.

(7) MESA, R., La nueva sociedad internacional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 111.

(8) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Política criminal, op. cit., p. 255.

(9) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", en Claves de razón práctica, n° 85, 1998, p. 50.

(10) MESA, R., La nueva sociedad internacional, op. cit., pp. 117 y ss.

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 técnicos<sup>11</sup>: 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<sup>12</sup>, la industria química, la informática, las telecomunicaciones, el tráfico rodado, la producción masiva de alimentos, etc. Lo que, sin embargo, no quiere decir que la nuestra sea una era más peligrosa, ni más arriesgada, que la de las generaciones anteriores, simplemente es que el balance de riesgos y peligros ha cambiado<sup>13</sup>.

Vivimos en un mundo donde los peligros creados por nosotros mismos son tan amenazadores, o más, que los que proceden del exterior. Ciertamente, algunos son verdaderamente catastróficos, como el riesgo ecológico mundial, la proliferación nuclear o el colapso de la economía mundial; otros, en cambio, nos afectan más a título individual, por estar relacionados con la dieta, la medicina, etc.<sup>14</sup>. Pero la consecuencia es una: 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. Lógico, pues, que hoy se hable de "Sociedad del riesgo", de "Derecho penal del riesgo", con importantes repercusiones para la Política Criminal<sup>15</sup>.

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 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. Un riesgo al que suele seguirle con frecuencia, y nuevamente, la caída en actuaciones puramente simbólicas<sup>16</sup>.

Pero no todo queda aquí, las nuevas tecnologías, sobre todo, han incidido en la configuración del ámbito de la delincuencia no intencional<sup>17</sup>. Esto es —escribe

(11) SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 22.

(12) Piénsese, como ejemplo, en toda la controversia suscitada sobre los alimentos modificados genéticamente. Ya crecen cultivos modificados de este modo en 35 millones de hectáreas de tierra en el mundo —un área 1,5 veces mayor que Gran Bretaña—. La mayoría se siembra en Norteamérica y China. Los cultivos incluyen soja, maíz, algodón y patatas. Si partimos de que la tecnología genética es esencialmente nueva, es lógica la preocupación por el riesgo que este tipo de cultivos pueda suponer para la salud a medio o largo plazo.

(13) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2001, p. 47.

(14) *Ibidem*.

(15) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 258.

(16) Díez Ripollés, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", op. cit., p. 53.

(17) 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. Vid. *Infra*, apartado III.2.B).

SILVA— las consecuencias lesivas del "fallo técnico" aparecen como un problema central de este modelo<sup>18</sup>. 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 responsabilidad<sup>19</sup>.

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?<sup>20</sup>.

La respuesta es labor del Derecho administrativo, como encargado de delimitar, normativizar y reglamentar todos estos sectores de riesgos socialmente relevantes. Lo cual tiene una importante repercusión políticocriminal: 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—<sup>21</sup> se deben centrar los esfuerzos y la reflexión.

### 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 urbanístico 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 —jerárquicas— funcionan con una serie de principios como los de obediencia, confianza, etc., con el correspondiente contexto de riesgo para

(18) SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 22.

(19) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 259.

(20) *Ibidem*.

(21) Díez Ripollés, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", op. cit., p. 53.

bienes jurídicos<sup>22</sup>. Esto es, la sociedad actual, de igual modo que se presenta mucho más compleja en su estructuración, se muestra mucho más delicada en su funcionamiento<sup>23</sup>.

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— la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión, que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica<sup>24</sup>. 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 responsabilidades<sup>25</sup>.

#### 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, recíprocamente. 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 socialmente<sup>26</sup>. Esto es, y en palabras literales de GIDDENS, "para bien o para mal lo único cierto es que nos vemos propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos"<sup>27</sup>. Es más, cabría, incluso, aducir varias razones que tornan irreversible la globalidad<sup>28</sup>: el ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder de las empresas multinacionales; la revolución en el terreno de la información y la tecnología de la comunicación; la exigencia de respetar los derechos humanos, en cuanto éstos son considerados como el principio de la democracia; la política mundial, cada vez más postinternacional y policéntrica; el problema de la pobreza global; la crisis del principio tradicional de soberanía; una nueva concepción de la estatalidad.

(22) 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. Y estos son unos aspectos de la globalización —nos recuerda GIDDENS— al menos tan importantes como los que se producen en el mercado global. Vid., en GIDDENS, A., Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., p. 16.

(23) MESA, R., La nueva sociedad internacional, op. cit., p. 122.

(24) SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del Derecho penal, op. cit., p. 23.

(25) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Política criminal, op. cit., p. 263.

(26) *Ibidem*, p. 264.

(27) GIDDENS, A., Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., p. 19.

(28) GURRUTXAGA ABAD, A., "Los nuevos retos de los Derechos Humanos", en Eguzkillore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología, n° extraordinario 12, 1998, p. 233.

La globalización, que duda cabe, está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma muy profunda. Está dirigida por Occidente, lleva la fuerte impronta del poder político y económico estadounidense y —aquí comienza el problema— es altamente desigual en sus consecuencias<sup>29</sup>. Porque la globalización es un fenómeno, 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 tipo<sup>30</sup>.

La criminalidad de la globalización es, por tanto, 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 gobernantes<sup>31</sup>. 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 delito<sup>32</sup>.

#### 5. Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos

La nuestra también cabe ser definida como la sociedad de la inseguridad<sup>33</sup>. 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. Esto es, a las dependencias tradicionales hay que sumar ahora la subordinación

(29) Al respecto, GIDDENS escribe: "La globalización, razonan algunos, crea un mundo de ganadores y perdedores, unos pocos en el camino rápido hacia la prosperidad, la mayoría condenada a una vida de miseria y desesperación. Las estadísticas al respecto son angustiosas. La porción de renta global de la quinta parte más pobre de la población mundial se ha reducido del 2,3 % al 1,4% entre 1989 y 1998. La proporción que se lleva la quinta parte más rica, en cambio, ha aumentado. En el África subsahariana 20 países tienen menor renta per cápita en términos reales que a finales de los años sesenta. En muchos países poco desarrollados las normas de seguridad y medio ambiente son escasas o prácticamente inexistentes. Algunas empresas transnacionales venden mercancías que son restringidas o prohibidas en los países industriales —medicinas de poca calidad, pesticidas destructivos o cigarrillos con un alto contenido en nicotina y alquitrán—. En lugar de una aldea global, alguien podría decir, esto parece más el saqueo global". Vid., en GIDDENS, A., Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., pp. 27 y ss.

(30) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Política criminal, op. cit., p. 265.

(31) SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del Derecho penal, op. cit., p. 70.

(32) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Política criminal, op. cit., p. 265.

(33) SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del Derecho penal, op. cit., pp. 27 y ss.

tecnológica, probablemente más grave que las anteriores por la sutileza con que actúa y la asepsia con que es presentada su utilización. Porque, que duda cabe —y coincidimos con MESA—<sup>34</sup>, en que el conocimiento sólo es liberador cuando se encuentra a la libre y entera disposición de todos. El saber en manos de unos pocos siempre será la característica definitiva en la articulación de un mecanismo de poder y de dominación.

De igual modo, a través de los medios de comunicación, donde lo lejano y lo cercano muchas veces pierden sus contornos, y donde la reiteración y actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan como verdaderos agentes multiplicadores de los ilícitos y las catástrofes<sup>35</sup>, se provocan percepciones inexactas<sup>36</sup> que generan verdaderas situaciones de inseguridad<sup>37</sup>. 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 realidad<sup>38</sup>. 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. Vivimos, por tanto, en una sociedad del miedo. Y ese miedo puede llegar a ser tanto o más dañino para la sociedad que el mismo delito, puesto que genera conductas en los ciudadanos que pueden poner en peligro la seguridad de la población<sup>39</sup>, además de contribuir a un determinado consenso que continuamente legitime discursos basados en la Ley y el Orden, con el correspondiente peligro para la convivencia democrática.

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,

(34) MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, op. cit., p. 143.

(35) A nadie se le escapa, por ejemplo, la "influencia" que en la conciencia social ejerce la proliferación de los programas caracterizados como "reality shows" en muchos medios de comunicación.

(36) Llegando así más a una inseguridad "creada" que real. Porque deberíamos preguntarnos hasta qué punto esa sensación de Inseguridad está en función del aumento de la criminalidad o más bien se trata de una "construcción ideológica", una realidad más o menos inventada o cuanto menos "redibujada" convenientemente, en función de otros factores como la experiencia vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación, la insatisfacción ante el sistema penal, etc. En resumidas cuentas, una perspectiva distorsionada de la realidad social construida a partir de indicadores estadísticos de criminalidad y resortes emotivos de algunos medios de comunicación de masas. Vid., en GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar"; op. cit., p. 358.

(37) En palabras de GARAPÓN: "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.

(38) Por ejemplo, la criminalidad de las minorías étnicas —sean extranjeros, o inmigrantes o gitanos— está a la orden del día en el discurso político. A fin de probar que los extranjeros delinquen más que los nacionales, los políticos con tendencia nacionalista o aun xenófoba (y ahora son numerosos!) comparan los delitos cometidos por los nacionales con los cometidos por los miembros de la minoría aludida. El resultado es muy distinto si —como lo han mostrado investigaciones criminológicas— la criminalidad de miembros de un minoría es puesta en relación con la de un grupo de nacionales del mismo grado de desventaja social: la tasa de criminalidad es más o menos igual, y la teoría según la cual estas minorías cometen más delitos que los otros, es descalificada como lo que es: un mito fundado en un prejuicio. Vid., en BARTSCH, H.-J., "Política criminal contemporánea perspectivas europeas", en Eguzkillore. Cuaderno Vasco de Instituto de Criminología, n° 9, diciembre 1995, pp. 12 y 13.

(39) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar"; op. cit., p. 359.

y 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, etc.<sup>40</sup>.

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 que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial<sup>41</sup>. 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 peligro<sup>42</sup>.

En resumidas cuentas, todos los fenómenos aducidos no parecen sino conducir a un cambio global en la representación de la criminalidad de signo claramente defensorista<sup>43</sup>. 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. EL DERECHO PENAL Y LA NUEVA SOCIEDAD. TENDENCIAS ACTUALES

#### 1. Delineamientos generales en España

Seguramente —nos advierte SILVA—<sup>44</sup> 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 1995<sup>45</sup>.

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

(41) SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 40 y 41.

(42) *Ibidem*, pp. 31 y ss.

(43) *Ibidem*, p. 43.

(44) *Ibidem*, p. 15.

(45) 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".

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 de manifiesto con las continuas reformas que, desde su nacimiento, nuestro texto punitivo viene experimentando<sup>46</sup>, y que en las que ahora estamos "sufriendo" ha encontrado su clara "piedra de toque"<sup>47</sup>.

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 penal"<sup>48</sup>.

Pero, por supuesto, todo tiene un precio, y algunas de las consecuencias inmediatas de esta política criminal, basada en tipificar todo aquello que la

(46) 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 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.

(47) Nos referimos a las reformas llevadas a cabo por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la el CP; y la LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ y del CP en relación con el terrorismo. Reformas que han supuesto la modificación de casi 1/3 parte de nuestro texto punitivo (aproximadamente unos 200 artículos). Esto es, el catalogado en su momento como "Código penal de la democracia" se ha transformado en lo que el propio gobierno del PP denominó "Código penal de la seguridad". Una "remodelación" de nuestro texto punitivo caracterizada por una importante, e inadmisiblemente, agravación de las penas —llegando hasta los 40 años de prisión y, por si esto fuera poco, previendo su cumplimiento íntegro—, un incremento de las conductas delictivas y unas medidas de seguridad claramente xenófobas hacia los inmigrantes delincuentes. Una reforma, en definitiva, "hija" del oportunismo electoralista y de la necesidad del gobierno de desviar la atención popular de un tema que, clertamente, ponía en entredicho su gestión: el del desastre ecológico, sin precedentes en España, ocasionado por el petrolero griego "Prestige" sobre las costas gallegas, asturianas y vascas.

(48) SÁEZ VALCÁRCEL, JPD, nº 26, julio, 1994, p. 4.

sociedad pide sin un juicio de maduración lógico y previo, son, como nos advierte DÍEZ RIPOLLÉS<sup>49</sup>: la creación de delitos de casi imposible aplicación por un juez o tribunal respetuoso de las garantías penales<sup>50</sup>; la formulación de tipos delictivos superfluos o redundantes, con aparente ignorancia de lo ya existente<sup>51</sup>, motivados por no más de una docena de conductas lesivas concentradas en el tiempo pero suscitadoras de una transitoria inquietud social<sup>52</sup>; y, finalmente, pero no por ello menos importante, la producción de efectos contrarios a los deseados con relación a la protección de bienes jurídicos<sup>53</sup>. ¿Nos pasará lo mismo con la macro-reforma que actualmente estamos sufriendo? Mucho nos tememos que sí, pues esa "maduración" de la que habla este autor no ha sido, precisamente, la nota definitoria de la misma.

## 2. Actuales líneas de preocupación. La delincuencia de la globalización

El mundo en el que nos encontramos hoy no se parece mucho al que vivió BECCARIA. Tampoco lo vivimos de la misma manera. En lugar de estar cada vez más bajo nuestro control, parece fuera de él. Es más, y de acuerdo nuevamente con GIDDENS, algunas de las tendencias que se suponían harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y la tecnología, tienen a menudo el efecto contrario. La globalización introduce otras formas de riesgo e incertidumbre, especialmente las relativas a la economía electrónica globalizada<sup>54</sup>. En definitiva, cabe aseverar que la globalización se muestra como un arma de doble filo, con importantes repercusiones en la criminalidad y, en consecuencia, en la forma de hacerle frente. Esto es, en la política criminal de las sociedades que, nos guste más o menos, estamos obligados a "sufirla".

(49) 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 contendencia 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.

(50) 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.

(51) Como cabe comprobarse, por ejemplo, en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 178 y ss), cuya reforma por LO 11/99 fue ciertamente, y en líneas generales, bastante desafortunada. Una nefasta regulación ni mucho menos mejorada, sino todo lo contrario, con las actuales reformas.

(52) Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito que castiga a los denominados conductores suicidas. O con las medidas de represión adoptadas siempre sistemáticamente tras cruentos —pero también aislados— episodios de delincuencia juvenil.

(53) 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.

(54) GIDDENS, A., Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., pp. 14 y ss.



## a) Los movimientos migratorios. La inmigración ilegal

La era de la globalización mundial trae consigo no sólo el fenómeno de la transnacionalización económica y política, sino también el de la propia transnacionalización humana a través de los flujos migratorios. Porque, desgraciadamente, y así nos lo recuerda LUCAS, globalización no equivale a universalización<sup>55</sup>, y ello ha degenerado en una disparidad extrema en la situación económica de los habitantes de los diversos Estados ubicados al Norte (paradigma de riqueza) y Sur (paradigma de pobreza) del territorio mundial, provocando con ello que los nacionales de los países pobres inicien una progresiva emigración hacia los países más ricos<sup>56</sup>. Y este es un fenómeno que está afectando, incluso, a sociedades y países que habían mantenido, hasta ahora, un grado de homogeneidad y estabilidad muy avanzados.

Esto es, la sociedad europea actual se ha convertido en una especie de meeting-point humano donde pugnan por convivir razas, religiones, lenguas, culturas, costumbres y tradiciones extraordinariamente variadas. Son estos, en consecuencia, unos tiempos de perplejidad que están provocando el cataclismo generalizado de poderosas creencias, valores y convicciones que habían mantenido y acompañado a la humanidad a lo largo de la Era moderna<sup>57</sup>.

Y es que de la mano de la emigración, y desde una perspectiva penal y criminológica, viene un problema de adaptación, desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social, sujetas a problemas como el de la falta de empleo, educación y demás carencias sociales que en sí constituyen un problema de socialización. Porque la idea de conflicto es innata a la idea de diversidad. Las soluciones, en consecuencia, no pueden venir sino de la mano de interpretaciones integradoras. O lo que es lo mismo, de una política criminal de funciones integradoras y no al revés<sup>58</sup>.

Porque, igual que si hay consenso en la comunidad internacional en torno a la conveniencia de reducir el rápido crecimiento de la población, no lo hay naturalmente respecto de la conciencia de suprimir, atenuar o intensificar las migraciones internacionales, ni puede haberlo. De igual modo, y lógicamente, es claro el consenso acerca de la conveniencia de atacar las causas de las migraciones

(55) DE LUCAS, J., "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)", en JPD, n° 32, julio 1998, p. 3.

(56) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n° 13, diciembre 1999, p. 26.

(57) JAUREGUI, G., "¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI", en Eguzkilore. Cuaderno vasco del Instituto de Criminología, n° extraordinario 11, diciembre 1997, p. 236.

(58) PÉREZ ARROYO, M.R., "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el Derecho penal. Minorías étnico-culturales y Derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en CPC, n° 72, 2000, pp. 749 y ss.

involuntarias y de reducir o eliminar la necesidad de recurrir involuntariamente a la migración y, desde luego, de contener y frenar el racismo, el etnocentrismo y la xenofobia que, desgraciadamente, casi siempre florecen en torno a cualsea el movimiento migratorio.

Pero antes de nada, el consenso debe versar en combatir las causas que de manera creciente mueven a millones de personas a demandar asilo y refugio en otros países de y de mejorar la suerte de los contingentes de asilados y refugiados. Un acuerdo que, finalmente, cabe extenderse a la conveniencia de reducir el volumen de las migraciones indocumentadas e ilegales y, desde luego, a incrementar la cooperación entre países receptores y países emisores, entre otros motivos para facilitar la integración de los inmigrantes, especialmente de los establecidos con título reconocido y facilitar el retorno de los que lo desean<sup>59</sup>.

Porque —concordamos completamente con SAN JUAN— realmente no existe un conflicto social entre inmigrantes y no emigrantes, entre mayorías y minorías. El problema puede ser definido, simplemente, y como casi siempre, en términos de lucha de clases. El asunto de razas, etnias, inmigración y xenofobia no es más que oportunista literatura para explicar lo que no es más que un conflicto entre ricos y pobres. Entre Norte y Sur<sup>60</sup>.

## b) La delincuencia organizada

Hay una frase que dice "las grandes fortunas se hacen de las grandes desgracias" y ésta es, a nuestro juicio, una gran verdad. La presencia de los grupos humanos que anhelan la emigración, dada su deplorable situación vivencial en sus países de origen, y la implantación de políticas de control por parte de los países receptores, crean los factores propicios para la instauración progresiva de organizaciones criminales que tienen como finalidad crear redes de tráfico de seres humanos tanto para su explotación laboral como sexual. Es más, y así nos lo trae a la memoria SUBIJANA, el carácter transnacional de estos fenómenos criminales pone de manifiesto la existencia de zonas de inmunidad, dada la sujeción del proceso de criminalización y de enjuiciamiento jurisdiccional a los criterios de territorialidad, en línea con la concepción soberana de los Estados<sup>61</sup>. Y el problema no acaba aquí.

El nivel de comercio mundial es hoy mucho mayor de lo que ha sido jamás, y la mayor diferencia está en el nivel de flujos financieros y de capitales. La enorme escala en la que se mueven las más diversas actividades económicas y culturales

(59) ARANGO, J., "Población y migraciones internacionales", en AA.VV., Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1995, pp. 168.

(60) SAN JUAN, C., "Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes", op. cit., p. 24.

(61) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", op. cit., p. 27.

en las sociedades contemporáneas, traspasa ampliamente los límites nacionales. Y algunas manifestaciones de la criminalidad organizada representan este fenómeno de forma emblemática; manifestaciones tales como los abusos de los circuitos financieros internacionales, o la explotación ilícita de la transmisión telemática de la información (especialmente, a través de Internet)<sup>62</sup>. Porque en la nueva economía electrónica global gestores de fondos, bancos, empresas y millones de inversores individuales, pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado a otro del mundo con el botón del ratón de un ordenador. Y al hacerlo pueden desestabilizar lo que podían parecer economías sólidas como sucedió en Asia<sup>63</sup>. Frente a este fenómeno la respuesta tradicional de los sistemas penales, que duda cabe, muestra una inadecuación estructural. Y este es un punto de inflexión que no nos puede seguir permaneciendo ajeno.

#### c) Criminalidad y nuevas tecnologías

El progreso científico y tecnológico, en todo caso, y estamos de acuerdo con MESA<sup>64</sup>, ni es intrínsecamente bueno, ni tampoco genuinamente perverso. Sin duda, es la manipulación humana, la que adjetiva, positiva o negativamente, unos medios que potencialmente tienen todos los elementos activos tanto para la liberación como para el aniquilamiento. Y no ha sido sino el ser humano quien, como siempre, ha hecho un uso desviado del mismo, afectando negativamente a otros seres humanos.

La parte "mala" de las nuevas tecnologías, son sin duda: los delitos contra la libertad informática (apoderamiento o interceptación de cualquier telecomunicación, incluido el correo electrónico; poderamiento, utilización o modificación de los datos personales; el abuso informático de dichos datos personales, etc.); los delitos informáticos en la esfera patrimonial y económica (delitos de estafa o fraude informático, delitos informáticos en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, en el ámbito de la protección de los secretos de empresa o información empresarial sensible, etc.) y, sobre todo, los realizados a través de Internet (hackers, pornografía infantil, blanqueo de capitales, ciberterrorismo, etc.).

La eclosión de la Red, concordamos con MORALES PRATS<sup>65</sup>, constituye uno de los problemas jurídicos más candentes en el panorama actual. Una realidad que requiere un tratamiento multidisciplinar, pues están implicadas tanto cuestiones técnicas de seguridad de Internet, como las relaciones entre

(62) MILITELLO, V., "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", en AA.VV., Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, Colex, Madrid, 2001, p. 177.

(63) GIDDENS, A., Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., p. 22.

(64) MESA, R., La nueva sociedad internacional, op. cit., p. 143.

(65) MORALES PRATS, F., "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular", en AA.VV., Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, op. cit., pp. 115 y ss.

responsabilidad civil y penal, la problemática jurídica general de la tutela de datos personales y cuestiones relativas a la tutela de la propiedad intelectual e industrial en las redes telemáticas o, por último, cuestiones que afectan a las reglas del tráfico jurídico en el mercado virtual. A todo ello hay que sumarle la indudable dimensión internacional de Internet y sus especiales connotaciones (uso masivo, descentralización, automatismo, etc.). Un elenco de problemas que, sin duda, trasciende a la disciplina estricta del Derecho penal. Un nuevo, y enorme, reto para los juristas.

## IV. LOS NUEVOS RETOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

### 1. La necesaria contención del Derecho penal. El cambio de herramientas

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 frente<sup>66</sup>. Esto es, el derecho positivo actual y las instituciones jurídicas constituidas bajo su égida no consiguen ya dar cuenta de una realidad crecientemente heterogénea, pluralista y policéntrica<sup>67</sup>. Es más, cabe incluso aseverar que en la actualidad no existen teorías explicativas homogéneas de la delincuencia, el delincuente y el castigo, situándonos ante un escepticismo y eclecticismo absolutos<sup>68</sup>.

Es ésta, en definitiva, una lucha entre lo viejo y lo nuevo a la que asiste la Humanidad desde hace algunas décadas. Una lucha en que la que participan los viejos protagonistas de la antigua sociedad internacional y también aquéllos que aspiran a ser sujetos de la sociedad en gestación; una lucha que, en cualquier caso, está dominada y compartida por métodos de actuación obsoletos y por normas de comportamientos nuevas, originales, en el medio internacional<sup>69</sup>.

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 soportar<sup>70</sup>. Esto es, mientras las demás ramas

(66) 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. Esto es, la dogmática penal se enfrenta a claros y, hasta ahora desconocidos, horizontes.

(67) FARIA, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", en JPD, n° 39, noviembre 2000, p. 6.

(68) RUIZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", en CPC, n° 62, 1997, p. 409.

(69) MESA, R., La nueva sociedad internacional, op. cit., p. 113.

(70) "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.

del derecho positivo viven momentos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, en el ámbito del Derecho penal se verifica justamente lo contrario: nos enfrentamos —escribe literalmente FARIA— a la definición de tipos delictivos cada vez más intangibles y abstractos; a la criminalización de variadas actividades y comportamientos en innumerables sectores de la vida social; a la supresión de los límites mínimos y máximos en la imposición de penas privativas de libertad para aumentarlas indiscriminadamente; a la relativización de los principios de legalidad y tipicidad mediante la utilización de reglas con conceptos deliberadamente indeterminados, vagos y ambiguos; a la ampliación extraordinaria de la discrecionalidad de las autoridades policiales, permitiéndoseles con ello invadir esferas de responsabilidad del Poder Judicial; y finalmente, a la reducción de determinadas garantías procesales por medio de la sustitución de procedimientos acusatorios por mecanismos inquisitivos, con el progresivo amortiguamiento del principio de presunción de inocencia y la consecuente inversión de la carga de la prueba, pasándose a considerar culpable a quien no pruebe su inocencia<sup>71</sup>.

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 competencia<sup>72</sup>. Esto es —concordamos con CORTINA—, “existe cierta tendencia en la ciudadanía a creer que los políticos son los encargados de moralizar, como si los ciudadanos, desde los distintos ámbitos de la vida social, no fuéramos los sujetos de nuestra propia historia”<sup>73</sup>. Unos políticos que, además, pasan por alto los resultados de las investigaciones criminológicas —como la influencia del urbanismo, la distribución de la riqueza, la falta de trabajo, la especulación del suelo u otras realidades sociales y económicas contribuyentes a la criminalidad—, y que se limitan a reprimir más y mejor<sup>74</sup>. Esto es, se limitan a hacer de la criminalidad una causa en sí misma<sup>75</sup>.

La moderna política criminal, por consiguiente, 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. Esto es, se sigue recurriendo a la receta de ayer (o anteayer) que las investigaciones de carácter criminológico o penológico ya han demostrado como poco eficaz: criminalizar más y encarcelar también más. Una creciente fe en la prisión ciertamente preocupante<sup>76</sup>. La prisión está todavía, o

(71) FARIA, J.E., “Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo”, op. cit., p. 11.

(72) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Exigencias sociales y política criminal”, op. cit., p. 48.

(73) CORTINA, A., “La Innovación y los valores éticos”, en AA.VV., *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad*, (Vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 58 y ss.

(74) Para ilustrar como los políticos pasan por alto dichos datos, BARTSCH hace referencia a la declaración de un Ministro del Interior de un gran país occidental, que literalmente dijo: “la criminalidad sólo tiene una causa: el delincuente. Entonces tenemos que asegurar que los delincuentes sean suficientemente castigados”. Vid., en BARTSCH, H.J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, op. cit., pp. 145 y 15.

(75) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, op. cit., p. 361.

(76) BARTSCH, H.J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, op. cit., pp. 14.

de nuevo, de moda, y se asiste a un crecimiento de la población penitenciaria sin precedentes<sup>77</sup>. Alguien dijo que las prisiones reflejan el estado de una sociedad; si es así, la situación sin duda es muy grave<sup>78</sup>.

Habrà, por tanto, que comenzar por reducir la población penitenciaria, lo cual no será posible sin una transformación fundamental de la política criminal actual. 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; 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 ciudadanos<sup>79</sup>.

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 penal<sup>80</sup>. 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 valiosa<sup>81</sup>. Es más —estamos completamente de acuerdo con SUBIJANA—, no debemos nunca dejar de mirarlo con cierto recelo, pues muchas veces no es sino el medio empleado por el Estado como “política de transposición lineal al nivel normativo de postulados cimentados en razones de estricta política electoral”<sup>82</sup>.

## 2. Una visión multidisciplinar del problema

Es, sin duda, 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

(77) Las estadísticas ofertadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nos muestra un incremento sin precedentes de la población penitenciaria en nuestro país. Los últimos datos hablan de cifras superiores a los 57.000 internos, con un incremento anual de más de 2000 presos, lo que implicaría la construcción de una macrocárcel más al año.

(78) BARTSCH, H.-J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, op. cit., p. 15.

(79) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 272.

(80) *Ibidem*.

(81) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Exigencias sociales y política criminal”, op. cit., p. 49.

(82) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual”, op. cit., p. 37.

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 riesgos<sup>83</sup>. 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 penal<sup>84</sup>.

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 variables<sup>85</sup>, los factores que lo promueven, y donde en consecuencia la intervención exclusiva y excluyente del Derecho penal se muestra como ilegítima. Porque la solución de los problemas sociales no se encuentra siempre, y no en primer término, en las normas y en la práctica jurídicas<sup>86</sup>. El control racional de la criminalidad más bien requiere el previo desarrollo de una justa y eficaz política social que incida, a tiempo, en los factores que favorecen y configuran el crimen, y busque la instauración de una sociedad más sana. Una sociedad que al enfrentarse a sus conflictos y contradicciones eduque a sus miembros más en el respeto a los bienes jurídicos y la tolerancia de la desviación, que en el castigo, la intransigencia, la agresividad y el egoísmo<sup>87</sup>. O lo que es lo mismo, y ahora en palabras de RUIDIAZ, "más en la razón que en la pasión, en la libertad que en la pena"<sup>88</sup>.

Y es que, de acuerdo una vez más 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"<sup>89</sup>. Porque 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 pasajeros<sup>90</sup>.

(83) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 272 y 273

(84) 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.

(85) 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.

(86) BUENO ARÚS, F., "La discriminación racial y el Código penal español", en Eguzkillore. Cuaderno vasco del Instituto de Criminología, n.º extraordinario 11, 1997, p. 200.

(87) Y que mejor ejemplo al respecto que el de la lucha contra la violencia doméstica. Una política criminal que busque una probada eficacia contra esta lacra social, no puede dejar de lado, entre otras, las pertinentes, y siempre prioritarias, medidas educativas, sociales, económicas, laborales y de igualdad entre los géneros.

(88) RUIDIAZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", op. cit., p. 410.

(89) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 275.

(90) Díez Ripollés, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", op. cit., p. 49.

### 3. El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional

La actual complejidad del fenómeno criminal, en definitiva, 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. Pero aún hay más, el carácter globalizador de las sociedades actuales nos obliga a comprender los problemas en clave internacional. Porque los problemas, por domésticos que parezcan, son de carácter planetario y, por ende, requieren respuestas y soluciones igualmente globales<sup>91</sup>. La necesidad de contrarrestar organizaciones criminales de signo transnacional y de dar una respuesta inmediata a sectores de opinión convulsionados por el impacto derivado del conocimiento, a través de los medios de comunicación, de hechos delictivos de específica gravedad, está generando una legislación, de signo sustantivo y procesal que, cada vez de forma más expansiva, está cuestionando principios generales del Derecho Penal y Procesal<sup>92</sup>.

Asistimos a una transformación paradigmática del Derecho penal. Una transformación alimentada no solo por la expansión en progresión del crimen organizado, del terrorismo, del contrabando, del narcotráfico, de las operaciones de blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, de los demás fraudes financieros y de las emigraciones ilegales, sino también por el carácter cada vez más transnacional de esos delitos, que constituyen sofisticadas redes de transgresión. Y con ello se relativiza uno de los, hasta ahora, más importantes principios dominantes en el Derecho penal: el de territorialidad<sup>93</sup>.

El Estado-nación se está transformando ante nuestros ojos. A las naciones —escribe con razón GUIDDENS— no les queda otra salida que repensar sus identidades "ahora que las formas más antiguas de geopolítica se vuelven obsoletas"<sup>94</sup>. Las naciones afrontan hoy riesgos y peligros en lugar de enemigos, y este es un cambio enorme en su propia naturaleza. Bajo el impacto de la globalización, la soberanía se ha vuelto borrosa. Las naciones y Estados-nación siguen siendo poderosos, pero se están abriendo grandes déficits democráticos entre ellas y las fuerzas globales que afectan a la vida de sus ciudadanos. Y es que los riesgos ecológicos, las fluctuaciones económicas en la economía mundial o el cambio tecnológico global no entienden de fronteras<sup>95</sup>.

(91) MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, op. cit., p. 135.

(92) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", op. cit., p. 37.

(93) FARIA, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", op. cit., p. 10.

(94) GUIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, op. cit., p. 30.

(95) *Ibidem*, p. 92.

Esto es, paulatinamente se está tomando conciencia de que la configuración mundial de los problemas sólo admite soluciones también mundiales<sup>96</sup>. Porque —recordemos— no son sino los desequilibrios mundiales los verdaderos detonantes del libre mercado. De la imposibilidad de seguir 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 “mientras haya personas que compren a otras personas y personas que se vendan por necesidades económicas, existirá este tipo de criminalidad”<sup>97</sup>.

#### 4. La lucha por la Democracia y los Derechos Humanos

Porque la globalización está detrás de la expansión de la democracia. Tenemos, por tanto, que seguir democratizando las instituciones existentes y hacerlo de forma que respondan a las demandas de la era global. Se habla ya sin cortapisas de la necesidad apremiante de un nuevo orden internacional que reivindica bases distintas no sólo en el ámbito económico, sino también en el social, en el político y en el cultural<sup>98</sup>. Hay que recomponer el mundo y para ello hay que ser conscientes de que, como señala TORAINE, la democracia no es sólo un lugar de negociación entre intereses opuestos, un mercado político; es ante todo un espacio público abierto en el que deben combinarse la memoria y el proyecto, la racionalidad instrumental y la herencia cultural<sup>99</sup>.

Y es que estamos como en aquel momento de la humanidad en que se pensó que había que abolir la esclavitud, y debemos comenzar por abolir la pobreza si de verdad queremos construir un orden planetario que se pueda abrir camino en un posible desarrollo<sup>100</sup>. Para ello quizás debamos resucitar el pensamiento de BECCARIA, cubriendo sus lagunas y corrigiendo algunas de sus premisas, de acuerdo con los conocimientos adquiridos desde la experiencia y las transformaciones sociales acontecidas. Probablemente —compartimos con RUIZDÍAZ— en la actualidad resulte difícil compartir aquella confianza en el triunfo

(96) Y el problema del terrorismo internacional es buena prueba de ello. Al respecto, los atentados de Nueva York del 11 de Septiembre de 2001 y de Madrid de 11 de Marzo de 2004, son buenos ejemplos de la necesidad de lucha internacional contra la criminalidad.

(97) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, op. cit., p. 276.

(98) MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, op. cit., p. 131.

(99) TORAINE, A., “¿Qué es la democracia?”, en *Temas de hoy*, Madrid, 1994, p. 363. Vid., en JÁUREGUI, G., “¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI”, op. cit., p. 245.g

(100) RUIZTAGLE, A.M., “La necesidad de la cooperación internacional como instrumentos de desarrollo”, en AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, op. cit., p. 163.

de las ideas sobre la irracionalidad y el despotismo, tras las amargas experiencias históricas y algunas recientes, que muestran dramáticamente la dificultad y complejidad del avance de la humanidad y la fragilidad de las libertades. Pero precisamente es después de esos “súbitos retornos de barbarie que de cuando en cuando estallan en la historia de la civilización” cuando nos damos cuenta que Cesare BECCARIA “no ha comenzado todavía a ser un antiguo” y que su voz resuena con renovada actualidad<sup>101</sup>.

Esto es, la especie humana se enfrenta a uno de los dilemas más acuciantes de su propia existencia. Se trata de elegir entre su autodestrucción o la utilización de los fabulosos conocimientos logrados hasta la fecha en su propio bienestar: desterrar la pobreza, el hambre, la muerte y el subdesarrollo del vocabulario humano cotidiano<sup>102</sup>. “Porque la nueva sociedad internacional pacífica no será posible —escribe literalmente MESA— mientras no haya desaparecido la desigualdad y la injusticia entre los pueblos, en tanto no se suprima la opresión y hasta que cada individuo, cada ser humano, no conquiste sus derechos y sus libertades fundamentales, como hombre y como pueblo; es decir, su propia dignidad humana”<sup>103</sup>. Porque no hay rebelión más justiciera que la de los pobres<sup>104</sup>. De modo que para poner remedio a su violencia es preciso poner remedio a su pobreza o, mejor dicho, a su exclusión social<sup>105</sup>.

Porque ¿dónde han quedado los Derechos Humanos? Su unánime aceptación como condición sine qua non de legitimidad, que hace que ningún Estado pueda permitirse el lujo de aparentar ignorarlos —desde luego, formalmente—, viene acompañando hoy por la pérdida de su capacidad reivindicativa y crítica. Y, sin embargo, no podemos olvidarnos del desafío que plantean los flujos migratorios a su discurso y, por supuesto, a su actual institucionalización<sup>106</sup>. Porque, hoy por hoy, no son sino los inmigrantes quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos<sup>107</sup>. Empecemos por aquí y más tarde nos encomendaremos a otras empresas más “¿cosmopolitas?”. Y empecemos ya, porque, aunque ciertamente nunca seremos capaces de ser los amos de nuestra historia, sí “podemos y debemos encontrar maneras de controlar las riendas de nuestro mundo desbocado”<sup>108</sup>.

(101) RUIZDÍAZ GARCÍA, C., “Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social”, op. cit., pp. 410 y 411.

(102) MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, op. cit., p. 120.

(103) *Ibidem*, pp. 135 y 136.

(104) *Ibidem*, p. 156.

(105) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, op. cit., p. 362.

(106) DE LUCAS, J., “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, op. cit., p. 4.

(107) *Ibidem*, p. 6.

(108) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, op. cit., p. 17.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, Colex, Madrid, 2001.
- AA.VV., Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad, (Vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.
- AA.VV., Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1995.
- BARTSCH, H-J., "Política criminal contemporánea perspectivas europeas", en Eguzkilore. Cuaderno Vasco de Instituto de Criminología, nº 9, diciembre 1995, pp. 9 y ss.
- BUENO ARÚS, F., "La discriminación racial y el Código penal español", en Eguzkilore. Cuaderno vasco del Instituto de Criminología, nº extraordinario 11, diciembre 1997, pp. 193 y ss.
- DE LUCAS, J., "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)", en JPD, nº 32, julio 1998, pp. 3 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", en Claves de razón práctica, nº 85, 1998, pp. 50 y ss.
- FARIA, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", en JPD, nº 39, noviembre 2000, pp. 3 y ss.
- FERRAJOLI, L., Derecho y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.
- GARAPÓN, Juez y democracia, Barcelona, 1997.
- GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", en CPC, nº 55, 1995, pp. 329 y ss.
- GIDDENS, A., Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, Taurus, Madrid, 2001.
- GURRUTXAGA ABAD, A., "Los nuevos retos de los Derechos Humanos", en Eguzkilore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología, nº extraordinario 12, diciembre 1998, pp. 229 y ss.
- JÁUREGUI, G., "¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI", en Eguzkilore. Cuaderno vasco del Instituto de Criminología, nº extraordinario 11, diciembre 1997, pp. 235 y ss.

- MESA, R., La nueva sociedad internacional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- PÉREZ ARROYO, M.R., "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el Derecho penal. Minorías étnico-culturales y Derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en CPC, nº 72, 2000, pp. 743 y ss.
- RUIDIAZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", en CPC, nº 62, 1997, pp. 399 y ss.
- SÁEZ VALCÁRCEL, JPD, nº 26, julio, 1994, pp. 1 y ss.
- SAN JUAN, C., "Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes", en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 13, diciembre 1999, pp. 15 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M., La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 13, diciembre 1999, pp. 25 y ss.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Política criminal, Colex, Madrid, 2001.

## SUMARIO

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN.....	103
II. NOTAS DEFINITORIAS DE LA SOCIEDAD MODERNA.....	104
1. Sociedad de comunicación.....	104
2. Sociedad del riesgo.....	105
3. Sociedad compleja y organizada.....	107
4. Sociedad globalizada y criminalidad transnacional.....	108
5. Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos.....	109
III. EL DERECHO PENAL Y LA NUEVA SOCIEDAD. TENDENCIAS ACTUALES.....	111
1. Delineamientos generales en España.....	111
2. Actuales líneas de preocupación. La delincuencia de la globalización.....	113
IV. LOS NUEVOS RETOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	117
1. La necesaria contención del Derecho penal. El cambio de herramientas.....	117
2. Una visión multidisciplinar del problema.....	119
3. El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional.....	121
4. La lucha por la Democracia y los Derechos Humanos.....	122
V. BIBLIOGRAFÍA.....	124