

LA CÁRCEL PUNITIVA, NATURALEZA HISTÓRICA, CRISIS Y PERSPECTIVA

Gabriel Modesto Rodríguez Pérez de Agreda*

Sumario: I Introducción. II El Concepto de Pena. III Naturaleza social de la Privación de Libertad. IV Crisis actual. V El principio de Derecho Penal Mínimo. VI Solución desde la Privación de Libertad. VII Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Afianzada en el marco del Derecho penal decimonónico, se tiene a la cárcel punitiva como “*el sello, la insignia, la imagen...*” por excelencia de este Derecho penal (ella es la “pena reina”¹, en la casi totalidad de los sistemas de penas) razones, entre otras, por las cuales en ocasiones es tomada, equivocadamente, como *la pena* y no como un *tipo de pena*, extrapoliándose elementos propios y únicos de ella a la pena², generalización metafísica que ha

* Doctor en Ciencia Jurídicas,

Profesor Titular de Derecho Penal en el Departamento de Ciencia Penales y Criminológica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

gabriel@lex.uh.cu / gabort2007@yahoo.es

¹ García Ramírez, Sergio Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXVI Número 107 Mayo-Agosto 2003 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consultado: el 26/06/04 2.30]; de este autor ver además: Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art5.htm> [consultada 30/05/2004 1.00 p.m.], y, El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXII Número 95 Mayo-Agosto 1999 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [consultada: 26/06/04 2.30 p.m.]; Adelantado Gimeno, José De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña. Anuario de Derecho penal y Ciencia penales, Tomo XLVI Fascículo I enero-abril, 1993, p.199

² Este error de generalización ocurre, frecuentemente, cuando se tratan los fines de la pena, atribuyendo como fin de la pena objetivos que sólo puede asumir la privación de libertad como es la *resocialización* ver por ejemplo: Díez Ripollés, José Luís. El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXV Número 103 Enero - Abril 2002 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [consultado: 26/06/04 2.00 p.m.], Cobo del Rosal, Manuel – Vives Antón, Tomás S. Derecho Penal Parte General. Valencia, Editorial Universidad de Valencia. 1984, p 678 y ss; Pérez Manzano, Mercedes Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p 26 y ss.; Mir Puig, Santiago Derecho Penal Parte General Barcelona Editorial Tecfoto, 1996. p 101 y ss. En contra de esta generalización de la *reso-*

llevado, entre otros tanto errores prácticos, por ejemplo: a confundir movimientos que se etiquetan “abolicionistas del Derecho penal” que en realidad sólo promueven la “abolición de la cárcel”³ con movimiento reaccionarios abolicionistas “aparentemente de la pena”, que, encubiertos tras el equívoco, en realidad lo que pretenden es suprimir las garantías conquistadas en la ciencia del Derecho penal⁴.

No se puede confundir la *pena*, con un *tipo de pena*; la primera es una *parte* esencial del *todo* en que el Derecho penal consiste, necesario a toda sociedad dividida en clases, la segunda es absolutamente consustancial a un período histórico en que el Derecho se desarrolla, a una etapa concreta del desarrollo de las sociedades divididas en clases. La cárcel punitiva nació en una fase del desarrollo de las sociedades clasista: específicamente en la Formación Económico Social capitalista a la cual se corresponde; en la actualidad, las condiciones que le dieron origen han cambiado; en esta nueva realidad han aparecido otros *tipo de penas*⁵ que cumplen perfectamente con la noción de pena, sin embargo, no traen o no producen los efectos negativos que genera el medio interno de la cárcel, por otra parte, no necesitan (como equivocadamente se piensa) *como garantía* de su cumplimiento a la cárcel; con lo cual, el uso de la prisión podría reducirse al indispensable, hasta que, llegado el momento desaparezca definitivamente.

En orden lógico del conocimiento, partimos de una visión somera a la pena como concepto; luego veremos el origen histórico de esta forma de castigo, las condiciones que le convirtieron, de simple medida cautelar, a pena por excelencia con que conmina y castiga el Estado moderno; seguidamente veremos el estado actual de crisis, para terminar en las posibles soluciones en el terreno práctico de este tipo de pena.

II. EL CONCEPTO DE PENA

Ya Hegel en su momento dejó delimitado que una cosa es el concepto de Derecho⁶ y otra cosa distinta el objeto o fenómeno que este contiene y refleja; en consecuencia, debemos analizar y dar por sentado que una cosa es la *pena* como concepto y, otra cosa distinta, la forma en que ella toma cuerpo en la realidad como *tipo de pena* (pena de muerte, privación de libertad, multa, etc.)

cialización como fin de la privación de libertad a fin de la pena ver: Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teorías del Garantismo Penal. Madrid, Editorial Trotta, 1995. p. 271; Larrauri, Elena. Las Paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLIV, Fascículo 1, enero-abril 1991 p 54.

³ Ferrajoli, Luigi Op. Cit. paginas 247 a 254, 338 a 345.

⁴ Ibid. p 413 “Es quizá superfluo recordar, después de lo que se ha dicho en los apartados 18.1 y 25, que el proyecto de abolición de la cárcel no tiene nada que ver con el proyecto de abolición de la pena: éste, de hecho, cualesquiera que sean las ilusiones de sus defensores, corresponde a un programa de derecho penal máximo, salvaje y/o disciplinario (...) De aquí se sigue que cualquier campaña por la supresión de la cárcel no puede más que ser distorsionada, malentendida y obstaculizada si se confunde con las orientaciones ideológicas que propugnan la abolición de la pena.”

⁵ Véase, por ejemplo: en el Código Penal cubano actual, los Trabajos Correccional con y sin internamiento y la Limitación de libertad.

⁶ Hegel, G.W.F. Filosofía del Derecho. Ciudad México, Editorial Universidad Autónoma de México, 1985, p. 21 “El objeto de la ciencia filosofía del Derecho es la idea del Derecho, el concepto del Derecho y su realización (...) Todo lo que no es tal realidad postulada por el concepto mismo, es existencia pasajera, accidentalidad externa, opinión, apariencia inesencial...”

En la actualidad, la gran mayoría de los autores en la doctrina penal definen a la pena en el sentido que lo hace Hans-Heinrich Jescheck: “Pena es la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad,…”⁷; sin ánimo de profundizar en este aspecto, al menos debemos precisar algunos aciertos y desaciertos de esta definición.

Primero: sobre la errónea denominación de *mal* ya advertía Hegel en su momento: “En las distintas teorías sobre el castigo, ese carácter superficial de mal se lo presupone como elemento principal”⁸. Entiendo que al denominar a la pena como *un mal* se incurre en un equívoco. Queda claro que la pena es una restricción de bienes al sancionado, pero no necesariamente un mal. Es un error gnoseológico incluir dentro de la definición del objeto o fenómeno, la valoración de su contenido. La pena objetivamente restringe determinados bienes –eso es una cuestión objetiva-, otra cosa distinta –y ya estamos en un plano subjetivo-, es que, además, la *valoremos* como un *mal* o un *bien*. No se puede confundir la *valoración* con el *objeto de la valoración*, como que no se puede confundir *el valor* con la *valoración*. El que un fenómeno concreto sea un bien o un mal, depende de las necesidades sociales a que da solución, no de su naturaleza ni de la valoración; de hecho, un mismo objeto o fenómeno puede ser en un momento histórico determinado, un *bien*, luego, al cambiar el momento histórico –y con él las necesidades sociales-, pasar a ser *insignificante* y, al cambiar nuevamente el marco histórico-social, convertirse en un *mal*, todo ello sin cambiar su composición, su naturaleza.

La pena ha de ser una restricción de bienes al sancionado, a consecuencia de lo cual puede *valorarla*, el que la sufre, como un mal; esa es *su valoración*, que es *subjetiva*; mientras que, otra cosa, es la *significación* que tal pena tenga para el desarrollo de la humanidad, lo cual le da *la cualidad* de ser *un valor*, o su contrario *un antivalor*; algo que es *objetivo*⁹. Por la valoración del sancionado no se puede, sin más, definir la pena como un mal, sino, a partir del hecho que dé o no solución a la necesidad social a que está destinada; si da solución adecuada a una necesidad del desarrollo social es un *bien*, si no da solución a una necesidad del desarrollo puede ser o un *mal* o simplemente *insignificante*.

Segundo: aun cuando la definición de la pena antes citada es generalmente acogida por la doctrina, para aseverar si es o no un concepto válido, ha de comprobarse en la realidad práctica de la sociedad, fuera de ello no pasa de ser una mera suposición, una hipótesis, pero no un concepto pues carece aún de una condición fundamental: *ser el reflejo subjetivo*

⁷ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada: Editorial Comares, 1993p. 10 y 11; ver además: Muñoz Conde, Francisco-García Arán, Mercedes. Derecho Penal parte General. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1993, p p. 44; Hobbes, T, citado por Cobo del Rosal, Manuel-S. Vives Antón, Tomás. Derecho Penal Parte General. Valencia, Editorial Universidad de Valencia. 1984, p. 671; Ortiz Ortiz, Serafín. Los Fines de la Pena. México: Instituto de Capacitación de la Procuraduría de la República, 1993; Mir Puig, Santiago. Op. Cit . p 9

⁸ Hegel, G.W.F. Op. Cit. p 107.

⁹ Fabelo Corzo, José Ramón. Práctica Conocimiento y Valoración. Ciudad de la Habana, Editorial Ciencias Sociales, 1989, p. 18 y 19. “Nos referimos a los conceptos de «valoración» y «valor». Por la valoración (...) comprendemos el reflejo subjetivo en la conciencia del hombre de la significación que para él poseen los objetos y fenómenos de la realidad. El valor, por su parte debe ser entendido como la significación socialmente positiva de estos mismos objetos y fenómenos. Como puede apreciarse la diferencia esencial entre estos conceptos consiste en el carácter predominantemente subjetivo de la valoración, como parte componente de la conciencia humana, y la naturaleza esencialmente objetiva del valor.”

*del mundo objetivo*¹⁰ comprobado en la práctica. Con lo cual para contrastar o demostrar si es realmente un reflejo de esa realidad debemos llevarlo a la mencionada práctica social.

Para poder alcanzar este propósito, tenemos que regresar a lo que advirtió siglos atrás Beccaria¹¹ y han confirmando las vivencias prácticas¹² del Derecho penal: *la prevención del delito no depende de la severidad de la pena sino de la certeza e inmediatez con que actúe o se imponga ella.*

Exactamente estamos ante la *experiencia social*, pero no ante la *explicación teórica* del fenómeno; resulta una *verdad probada* por la *experiencia*, (no por un experimento como erróneamente clama el Positivismo), veamos si el concepto de pena *generalmente aceptado* responde o explica esta *experiencia práctica*. Evidentemente cuando afirmamos “Pena es la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad,…” no explicamos nada de esta experiencia, ni podemos responder a las interrogantes que emergen desde esa realidad práctica: ¿por qué la pena preventiva es la pena certera, pronta y proporcional? ¿Por qué resulta así?, ¿qué esencia del Derecho se revela en esa experiencia acumulada aquí? ¿Qué le lleva a ser así y no de otra manera?

Tenemos entonces que lo que se define como pena por la generalidad de la doctrina, evidentemente, no vence o no alcanza su comprobación práctica; no explica o traduce lo que corrobora la experiencia, en consecuencia: o es un concepto equivocado o es un concepto incompleto, quedando en pie las interrogantes realizadas.

En esencia, las respuestas a estas preguntas sobre la experiencia antes descrita podemos encontrarla en la obra de un pensador contemporáneo a Beccaria; alguien que, igual que el

¹⁰ Kopnin, P. V. *Lógica Dialéctica*. La Habana, Imprenta Universitaria Andrés Voisin [s.a.]. p. 232 “Los conceptos son objetivos por su contenido únicamente, por su origen, pero son subjetivos por la forma de su existencia: existen en nuestra mente, en nuestra conciencia.”

¹¹ Bonesana Cesare (marqués de Beccaria). *De los Delitos y la Penas*. [s.l.]Editorial del diario El Sol, 1991: p 34, 45-46, y 54 “Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo (...)Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y mas vecina al delito cometido (...)No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, (...) La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres.”

¹² Séptimo Congreso sobre Prevención del delito y tratamiento al delincuente. Celebrado en Milán, Italia del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 Publicaciones de las N.U. Resolución sobre reducción de la población penitenciara medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social, Capítulo I E-16 p. 89 “Teniendo en cuenta también los estudios de investigación que indican que en diversos países los aumentos del número y de la duración de las sentencias de prisión no tienen un importante efecto de disuasión de los delincuentes y considerando que el medio más eficaz de disuasión es la certeza y la rapidez en la detección de los delitos...”; ver además: LENIN, V. I. *Golpea duro, pero no mates*. Obras Completas. T. IV. Moscú, Editorial Progreso, 1986, p.434 “Se ha dicho, hace ya mucho tiempo, que la significación preventiva del castigo no reside en su severidad, sino en su inminencia. Lo importante no es que por un delito se haya fijado una pena dura, sino que ni un solo delito quede impune”; F Alvira Martín. El efecto disuasor de la pena. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. – VII: 11-24, 1984 p. 10 “Si la pena / castigo es suficiente severa o grave, la aplicación del castigo tiene lugar inmediatamente después de la comisión del delito y por último existe un grado de certeza alto de que la comisión de un delito lleva aparejado la aplicación de una pena o castigo sí y solo si se dan estas tres condiciones a la vez parece lógico pensar en un efecto disuasor de la pena”;

marqués, vivió la crisis del viejo régimen y de ella extrajo sus enseñanzas, pero que, dado el contexto en que se desarrolló (la Filosofía Clásica alemana) pudo ir más allá de la descripción de los nexos del fenómeno y avanzó hacia su explicación, este genial pensador fue: G. W. F. Hegel, el problema está en no haberlo comprendido adecuadamente.

Debe quedar claro que el ilustre alemán no tenía como propósito lograr una definición de la pena, su objetivo fue el concepto *del Derecho*¹³, del cual se desprendió una mirada a la pena, únicamente, como *parte* necesaria de ese *todo* que él estudiaba. Su visión, su análisis y sus definiciones son del Derecho y no de la pena en específico, como en ocasiones se interpreta, y tal vez es esta la mayor importancia de su análisis: no mirar la pena sino llegar a ella en, y, a través del Derecho. Esa mirada podríamos apreciarla, muy resumidamente, o encontrar un nudo teórico importante de su esencia en la repetida frase: “Para sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, en este respecto, inviolable. La vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho”¹⁴;

Con independencia a que esta proposición es absolutamente ininteligible si no se parte, si no se aprecia en el contexto de toda la obra hegeliana, de todo su sistema filosófico, de sus conceptos de: *Derecho, libertad, existencia, violencia* entre tantos otros; en ella podemos apreciar, al menos, detalles cruciales que incluimos en nuestro análisis:

Primero, la voluntad o lo que es lo mismo, *los fines, los objetivos* o los propósitos (para Hegel voluntad es capacidad de autodeterminación) es algo imposible de aprehender con la simple valoración o apreciación fenoménica o empírica, (...es, más bien, lo exteriormente no existente...) ellos son esenciales, en consecuencia únicamente pueden ser captados a través del pensamiento abstracto.

Segundo, esa *voluntad*, esos *fines* son parte y expresión del Derecho nunca de la pena en sí, ella carece de voluntad o fines propios, pero, al estar ocultos en ella la apariencia nos hace verlos como *fines de la pena*. Tal voluntad tiene como propiedad singular que resulta inviolable, en otras palabras, es una voluntad coactiva, impositiva sin la cual pierde su esencia, por ello, al ser transgredida, el castigo, la violencia, meramente es la expresión o revelación de su esencia coactiva, impositiva *inviolable*. Esa voluntad oculta que es en sí Derecho, ley (en otras palabras esa voluntad del Derecho: el **todo**) oculta (en la pena: la **parte**), al trasgredirse con el delito, tiene que inexorablemente imponerse (habida cuenta es coactiva), no como fin de la pena sino como expresión de ella, como esencia.

Tercero para Hegel, la violencia no puede modificar la voluntad (como autodeterminación humana) solo someterla, por esa razón advierte que la pena aislada, separada del Derecho, vista singularmente es únicamente violencia, por ello, al imponerse, únicamente alcanza ser restricción de la voluntad del transgresor, pero, ni expresa una voluntad propia, ni puede modificar la voluntad individual ni social¹⁵, por ello, cuando ante una infracción determinada se impone el castigo no se procuran fines propios de éste, sino, esa imposición es sim-

¹³ Ver cita 1

¹⁴ Hegel, G.W.F.. Op Cit p 107.

¹⁵ *Ibíd.* p. 103 párrafo 91. “Pero la voluntad no puede, en sí y para sí, ser violentada, sino solamente en tanto no se retrae de la exterioridad en la cual está unida estrechamente, o de su representación. Sólo quien se quiere dejar violentar, puede de algún modo ser violentado”

plemente realización práctica de la prescripción que, de otra manera, sería un simple juicio valorativo carente de capacidad para disciplinar el actuar social e individual propio del Derecho.

En otras palabras, esa voluntad oculta en la pena -que es voluntad del Derecho-, resulta inviolable pues es esencial a la existencia misma del Derecho como fenómeno clasista¹⁶. El Derecho es imposición, coacción y tal carácter se expresa, entre otras, en la pena, con lo cual la imposición del castigo no es más que la realización práctica de esa voluntad inviolable, de ese carácter impositivo, por ello, justamente, al imponerla logra su propio restablecimiento. Si el artículo 261 de Código Penal cubano advierte “El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años” cuando un sujeto comete el delito de homicidio y se le imponen siete años de privación de libertad, justamente, lo que se está haciendo es cumpliendo, entre otras cosas, lo que advierte el Derecho, esa es una parte de su voluntad.

El pensamiento hegeliano ha sido totalmente tergiversado¹⁷ particularmente en su frase “es el restablecimiento del Derecho” pues se interpreta metafísicamente como: la pena tiene como propósito restablece al Derecho. Se aprecia el Derecho y la pena como entes aislados, algo así como que existe, por un lado, el Derecho y, por otro, la pena, teniendo esta última *el fin, el objetivo o la tarea propia*, aislada del primero, de validar al mismo. Es una apreciación absolutamente equivocada de lo que él quiso decir. El análisis metafísico (cualidad esencial del pensamiento positivista) no logra pasar de la *determinación abstracta de las partes* que conforman el Derecho y llegar a la **totalidad concreta pensada** a la cual llegó y expresó Hegel en esa afirmación.

La pena para Hegel -como antes expresamos- es únicamente violencia, coacción, como revelación del carácter restrictivo, impositivo que tiene el Derecho, cuya imposición es manifestación de ese propio carácter sin el cual carece de validez práctica¹⁸. A diferencia de la Moral¹⁹, el Derecho “tiene que imponerse” y ese carácter impositivo se da, entre otros, al aplicarse la pena cuando se transgrede su prescripción. La pena no valida el Derecho, es el propio Derecho quien se realiza, se cumple, se valida a sí mismo cuando, entre otras cosas, impone su pena.

Por esa razón, justamente, sólo es o sólo puede ser preventiva la pena certera y pronta que es la *única forma* (tal como afirma la experiencia práctica) en que el Derecho penal, como medio coactivo, se impone, se realiza, se ratifica en la práctica social. Dicho de otra manera: es el sistema penal certero y rápido el único que se valida a sí mismo, fuera de lo cual

¹⁶ *Ibíd.* p. 50 y ss. “Toda existencia que sea existencia de la voluntad libre, constituye el Derecho (...) El Derecho en general es algo sagrado, sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsciente.”

¹⁷ En realidad sólo Marx, Engels y Lenin comprendieron y, consecuentemente, desarrollaron su dialéctica, la gran mayoría de los pensadores que sucedieron a Hegel, tergiversaron su idea por no entender su dialéctica, la cual, precisamente, se revela con toda su profundidad en este singular pensamiento sobre la pena, de la cual esta hablando, pero a través del concepto del Derecho, que es el **todo** donde se concentró.

¹⁸ Shishkin, A. F. *Ética Marxista*. México, Editorial Grijalbo S.A., 1966 p 82 “El Derecho presupone la existencia, detrás de él, de la fuerza coercitiva del Estado, instrumento político de la clase dominante. El Derecho carece de sentido sin un aparato capaz de obligar a la gente a observar sus normas.”

¹⁹ *Ídem.* “A diferencia de las normas del derecho, las normas de la moral hallan su apoyo en la fuerza de la opinión pública”

(cuando hay impunidad o retardo en el actuar, aun cuando se pueda imponer un castigo) no se valida, en consecuencia no regula el actuar de la sociedad, ni del individuo; no puede, así, ser preventivo. El castigo podrá tener el contenido que quiera (el patrimonio, la libertad, la vida, etc.) la magnitud que entienda (todo el patrimonio, prisión perpetua, la muerte, etc.), pero si con su imposición, por falta de certeza o por retardo, **no se valida el Derecho mismo**, carece, entonces, del rasgo esencial que le define como **pena** que le viene dado por el Derecho del cual es parte y no por él de manera aislada: *la capacidad de expresar el carácter coactivo del Derecho y con su imposición su validación* que a su vez es capacidad del Derecho mismo.

Queda clara la traducción de la experiencia en el análisis que del Derecho había hecho ese magnífico pesador alemán que fue G.W.F Hegel.

Antes de continuar debemos señalar que una cualidad esencial de todos los *objetos* o *fenómenos* compuesto por *partes* es revelarse y expresar su esencia en, y, a través, de cada una de sus *partes*, y, a su vez, todas y cada una de sus *partes* adquirir y expresar su esencia en, y a través, del *todo* a que pertenecen, no en ellas aisladamente. No cabe duda que el **Derecho** es un fenómeno social *compuesto de o por partes*, en consecuencia responderá de igual manera: su carácter coactivo se expresa, entre otras, en la pena, sin la cual es incapaz de regular la manifestación externa de la conducta humana, pero, a su vez, la pena, como una *parte* de ese *todo* adquiere y revela su esencia, únicamente, en ese *todo* que resulta el Derecho; si separamos a la *pena* del Derecho y la observemos como ente aislado (privación de la vida, privación de la libertad, privación del patrimonio), tal y como advirtió Hegel, es, únicamente, restricción de bienes, violencia, represión..., carece así de sentido. Cuando decimos que pena es *una restricción de bienes al sancionado*...aludimos, precisamente, a esos rasgos únicos y aislados de ella pero no definimos lo que le vincula con el **todo** a que pertenece, en consecuencia no estamos dando el rasgo esencial que le su carácter concreto.

Lleguemos entonces a través del *todo* (*el Derecho*) a la esencia de su *parte* (*la pena*). Vista desde el **todo**: ella es la *sanción* en la estructura de la norma penal²⁰; podría parecer una verdad de perogrullo, o una redundancia, sin embargo, no lo creemos así, pues, aún cuando la mayoría de los autores reconoce como estructura de la norma penal *la disposición y la sanción* se quedan únicamente en esa **determinación abstracta** sin llegar a la **totalidad concreta pensada** y mucho menos de ella a la **realidad conocida**; no logran traducir tal conformación o estructura abstracta a la existencia real del fenómeno, en otras palabras, no logran pasar de lo *abstracto* a lo *concreto* y se afirma, por ejemplo, como sigue: "... hemos señalado, sin embargo, que el Derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos"²¹ de esta afirmación se puede entender que el Derecho penal tiene penas, medidas de seguridad y prohibiciones como un catálogo de cosas aisladas, sin atender a algo

²⁰ Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal. T. I. Ciudad de la Habana, Editorial Félix Varela, 2002, p. 32 "El examen de toda norma penal pone de manifiesto en ella dos partes o momento fundamentales que integran su estructura y que, en cierta medida, se derivan de la esencia que se le haya atribuido: la disposición (...) y la sanción." Diego Cañizares, Fernando. Teoría del Estado. Guantánamo Poligráfico Juan Marinello, 1979, p. 125 "La sanción es la parte de la estructura lógica de la norma jurídica que indica la medida coercitiva establecida por los órganos del poder." Mir Puig, Santiago. Op. Cit. p. 9 "La pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho penal."

²¹ Mir Puig, Santiago. Op. Cit. p 11.

esencial: cada una de esas parte resulta ser ella en sí misma no a partir de su contenido aislado sino como consecuencias de su relación dialéctica con los otras partes.

Para entender, veamos: primero que todo, un castigo o restricción de bienes (matar, privar de libertad o del patrimonio) resulta una pena (pena de muerte, privación de libertad, multa), no por tal constitución violencia, es decir, porque prive de libertad, de la vida o el patrimonio, sino justamente porque acompaña, como par dialéctico, a una prohibición; porque convierte a una advertencia que acompaña en una prohibición. Una restricción de bienes tal -de la forma que advirtió Hegel- fuera de la norma es simplemente “violencia” y nada más; en ella aislada, separa de la prohibición no existe absolutamente ningún elemento, rasgo, propiedad intrínseca que le otorgue la condición o calidad de pena; requiere como elemento esencial, *ser el castigo* que, a un juicio de valoración dado (justamente por su compañía) le otorga la condición de prohibición. Su condición de castigo le viene de su par dialéctico. La pena en sí aislada únicamente existe en el *determinación abstracta*, en la *realidad concreta* no puede existir, de separarse en la práctica se convierte en simple acto de violencia al serle extirpada su esencia que adquiere en su relación con el *todo*.

Igual suerte que la pena corre la *prohibición penal*; ella adquiere tal condición no por ella en sí o por un elemento propio e independiente; ella es prohibición penal, porque se acompaña de un castigo o restricción de bienes que expresa o advierte el carácter, la naturaleza coactiva o impositiva de esa advertencia; de lo contrario no pasaría de ser, únicamente, una mera valoración; un juicio sin carácter vinculante alguno; algo que se podría cumplir o no pero nada más. Prohibición y pena no pueden existir uno sin el otro y, a su vez, no pueden existir fuera del *todo*: **el Derecho**

Pero esta explicación dialéctica, si bien expresa o nos revela un aspecto importante de la pena vista a través del todo, debe aún analizarse y comprobarse en y a través de la práctica social, debe llegar a lo **concreto** a la **realidad**. Analicemos una afirmación que nos ayudará en nuestra propuesta, por ejemplo, advierte Mercedes Pérez Manzano: “...la norma penal, al conminar con pena determinadas conductas, está actuado en las conciencias individuales junto con los otros mecanismos de control social”²² esta afirmación salta o sublima *un momento necesario imprescindible* de la relación entre el pensar y el ser: un objeto o fenómeno por el mero hecho de existir *no es reflejado desde ya en la conciencia social e individual*. La conciencia es un reflejo subjetivo del mundo objetivo, empero no es un reflejo mimético como el de un espejo, sino mediato, pues entre la realidad reflejada y la conciencia existe un mediador, un “lente” que condiciona, modifica, conforma “la imagen” que le atraviesa y es: **la práctica social**.

Un aporte trascendental de Marx y Engels a la concepción general de la relación entre el *pensar* y el *ser* fue explicar el papel de la “práctica social”²³ es en esta relación, a través de la cual el hombre transforma la realidad, y ésta, a su vez, determina su conciencia; consecuentemente, es trascendente a la “conciencia social y a la conciencia individual” lo que *se da* y de *la forma que se da* en, y a través, de la *práctica social*, fuera de ello, no es posible.

Para que la afirmación de la autora citada sea totalmente válida debía decir de la manera siguiente: *la norma penal al realizarse o imponerse en la actividad práctica social y de la*

²² Pérez Manzano, Mercedes. op cit. p. 18

²³ Engels, Federico. Tesis sobre Feuerbach. Obras escogidas en tres tomos. T. I. Moscú, Editorial Progreso, 1983, p. 7 – 8

forma en que se realice estará actuando en las conciencias individuales junto con los otros (...).

En razón a esta condición objetiva de la relación entre el *pensar* y el *ser*, el castigo que acompaña y conforma a una prohibición en una ley dada (por ese sólo acto) no podemos concebirlo desde ese primer momento ya como *la sanción*, únicamente, por la conminación en la norma abstracta; frente la ley penal escrita simplemente estamos *formalmente* antes la *sanción*. Es una *condición necesaria*, para que una restricción de bienes determinado llegue a ser una **sanción penal**, que aparezca en una ley, pero, no la única y suficiente, necesita ineludiblemente “pasar a través del **lente**” que da paso al reflejo en la conciencia, ese lente es: **la actividad práctica del sistema penal**.

Una restricción de bienes fijado en una ley penal trascenderá o se traducirá a la conciencia social e individual como *sanción* únicamente cuando en su “actividad práctica social el sistema penal” lo impone *pronta y certeramente*; por el contrario, si hay impunidad o retardo en su imposición tal castigo no pasará de ser un acto de violencia, una restricción de bienes, pero en modo alguno lograra traducirse como *una sanción*. Cuando hay impunidad o retardo el castigo previsto en la ley penal puede que se traduzca como lo advierte Zaffaroni, simplemente: “un acto de poder”²⁴.

Definir el rasgo esencial de la pena tiene serias implicaciones prácticas, (todo conceptos científico ha de tener implicación práctica, no pueden ser una mera contemplación de la realidad) si pena es la **sanción** en el Derecho penal, rasgo que le viene dado fundamentalmente por la *actividad practica del sistema penal*, del Derecho como **el todo y no de ella aislada**, todo cuanto se ha conjeturado sobre sus fines y los errores en su empleo, son consecuencia de no tomar en cuenta esta cualidad, pues, si el rasgo esencial es *ser la sanción*, lo único que debe preocupar al sistema penal es lograr que esa *propiedad* no se pierda en la actividad práctica y no tratar de alcanzar fines con ella modificando su contenido y medida en dependencia de la altas y bajas en la actividad delictiva, deformando, entonces, un elemento esencial que advirtió tempranamente Becaria: *la pena debe ser proporcionalidad al injusto y la culpabilidad*

Hasta el momento la doctrina ha incurrido en el error de definir o conceptuar la pena a partir de *su contenido* (es el castigo, es el mal, es una restricción de bienes...) y no a partir de *su esencia*, por esa razón entendemos que pena es: la *sanción* en la estructura de la norma jurídico penal, rasgo que le viene dado no sólo por su establecimiento en una ley sino, además, cuando tal disposición se cumple o impone en la realidad de manera pronta y cierta y su contenido es una restricción de bienes al sancionado, determinado o proporcional en su medida al bien jurídico, la culpabilidad y la prevención. Resulta así una síntesis categorial (...bien jurídico, culpabilidad, prevención...), consecuentemente del futuro de estos conceptos dependerá, en parte, el desarrollo futuro del concepto de pena.

Queda claro que una cosa es la **pena**, una *parte* del Derecho penal *el todo*, consustancial a la sociedad dividida, cuya esencia le viene dada justamente en esa relación dialéctica entre *el todo y la parte* y otra cosa es el contenido (es decir el bien que concretamente restringe: la vida, la libertad, el patrimonio) la forma (pena de muerte, privación de libertad, multa,

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, Editorial Ediar, 1989, p. 209 “Si el sistema penal es un mero hecho de poder, la pena no puede pretender ninguna racionalidad, es decir, que no puede explicarse más que como una manifestación de ese poder”; y . ¿Qué Hacer con la Pena? Las Alternativas a la Prisión. <http://www.carlosparma.com.ar/penazaffa.htm> [consulta: 27/06/04, 5.40]

confiscación...) en que toma cuerpo esa pena en cada momento histórico. La privación de libertad que es un **tipo de pena** que tiene como *bien a restringir*: ***la libertad del sujeto***; si nos detenemos frente a ella tenemos, además, que es el tipo de pena que restringe en su contenido ***el bien maspreciado del hombre después de su vida***, sobre esta advertencia regresaremos más adelante.

III. NATURALEZA SOCIAL DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Los alemanes Rusche y Kirchheimer, quienes hicieron historia con su obra *Pena y Estructura Social*²⁵, al dar una mirada al contexto histórico que dio origen a la privación de libertad como pena refieren: “El vínculo, transparente o no, que supuestamente existe entre el delito y la pena debe ser destruido en tanto que impide toda investigación acerca del significado autónomo de la historia de los sistemas punitivos. La pena no es una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo”²⁶; esto es cierto, han existido y existen escuelas, teorías, tendencias, sobre los fines de la pena, sobre los vínculos de éstos y la teoría del delito, sin embargo el cuestionamiento en cuanto a un *tipo de pena*, entender por qué un castigo es más utilizado que otro, o por qué un tipo de castigo aparece, desaparece o es sustituido, no se ha desarrollado, o al menos, no desde una perspectiva material, objetiva²⁷.

Se debe partir del hecho que, a través del Derecho, la clase en el poder expresa su valoración sobre la realidad social que le rodea. La prohibición penal, antes que norma misma, es la expresión de valores; es la exteriorización de una escala de valores dados. A través de la prohibición se desvaloran conductas humanas que le resultan contrarias a los “bienes” que satisfacen “necesidades”, esencialmente, de ese grupo social en el poder. Por otra parte, el castigo es el par dialéctico sin el cual no existe la prohibición; el es la expresión del carácter coactivo del Derecho, pero, en la “forma” que se castiga, en la “forma definida” que se castiga (matar, torturar, privar de libertad o multar), en la elección de uno u otro castigo hay también una expresión concreta de los valores de esa clase dueña de la maquinaria del poder, que es el Estado, determinado, en última instancia, por el desarrollo económico-social alcanzado.

En el viejo orden feudal, por ejemplo, existía un régimen dual de penas: *corporales* y *pecuniarias*, estas últimas estaban reservadas a los ricos, por dos razones esenciales, primero,

²⁵ Bergalli, Roberto. y Busto Ramírez, Juan. en Presentación a la obra de Rusche, Georg – Kirchheimer, Otto: *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984 p XIII “...la presente Colección se inicia con una obra que se ha convertido en clásica en el terreno de estudio crítico de la ejecución de las penas privativas de libertad. En efecto, *Pena y estructura social* introdujo en el campo de las ciencias penales el método de análisis originario y original de la renombrada «escuela de Frankfurt»; Bombini, Gabriel. Balance y perspectivas de la ejecución de la pena privativa de la libertad en la Provincia de Buenos Aires <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/bombini.htm> visitado 26/06/04 3.00 p.m...; Rivera Beiras, Iñaki. Secuestros institucionales y sistemas punitivos. En *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*. Barcelona Editorial Bosch 1996 p 13 – 43;

²⁶ Rusche, Georg - Kirchheimer, Otto. *Pena y Estructura Social*. Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 3

²⁷ La Privación de Libertad se explica como proceso evolutivo desde la propia pena, sin tomar en cuenta el contexto histórico, las relaciones de producción que concretamente determinan su surgimiento, ejemplo: ver Neuman, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios* Buenos Aires Ediciones Pannedille 1971. p 67 y s.s. 443.

porque era una forma de obtener ganancias²⁸, y, segundo, porque podían pagarla; las *corporales*, por su parte, estaban destinadas, generalmente, a los pobres pues les resultaba imposible pagar. En ninguno de los dos casos, -ricos o pobres- se empleaba la cárcel como penas, pues la libertad no era *estimada* como un *bien* con cuya restricción se podía y debía castigar al transgresor.

Sin embargo en nuestros días, tal vez por la existencia de la cárcel²⁹ en el inicio mismo de la civilización, se piensa que es el complemento “natural” del sistema penal, en consecuencia, de emplearse éste para la solución de un determinado conflicto, lleva a utilizar obligadamente, como signo propio de tal sistema, la privación de libertad a modo de castigo; en tal sentido afirma Massimo Pavarini: “Es oportuno a esta altura dedicar algunas palabras a la génesis de esta institución que todavía hoy la opinión pública considera que ha existido siempre, como si fuese un dato obvio que quien comete un crimen sea castigado con la privación de libertad”³⁰. No se entiende que es una pena relativamente joven; la historia ubica su aparición en el siglo XVI y su afianzamiento en los finales del XVIII³¹, pues, es cierto que antes del régimen capitalista existía la cárcel, pero era mero lugar de custodia, una medida cautelar que aseguraba el proceso³² al final del cual era castigado con la pena de muerte, la tortura u otro castigo reconocido como tal.

Para poder entender este tránsito de simple *medida cautelar* a *principal tipo de pena*, hay que buscar, primero, qué convirtió a la *libertad* en un *bien* para la clase políticamente dominante; qué necesidad material, resuelta desde ella, le dio *valor*, en razón del cual podría ser objeto de restricción como castigo ante una transgresión, pues, anteriormente no era considerada un *bien*. Como antes dijimos, en el régimen feudal, incluso a los hombres libres no se les privaba de la libertad para castigarlo; la libertad del hombre no era *significativa*.

Para tal empresa se debe ir a la base material de la sociedad, a la forma de producir los bienes materiales, la única que nos puede brindar el hilo conductor de su origen.

En las dos Formaciones Económico Sociales anteriores al capitalismo, el modo de explotación era de manera abierta o directa; el esclavo y el siervo eran sometidos a trabajar de manera descubierta. En esos dos modos de producción la libertad del individuo era absolutamente insignificante; sin embargo, con el advenimiento del capitalismo la forma de explo-

²⁸ Rusche, Georg - Kirchheimer, Otto. Op. Cit. P 17 “La pena pecuniaria se transforma, de una compensación debida a la parte afectada, en un método de enriquecimiento de jueces y funcionarios de la administración de justicia; en la práctica ella estaba reservada a los ricos...”

²⁹ Neuman, Elías. Op. Cit. p 24 “La acepción penológica de la voz cárcel no es otra que la proporcionada por el viejo texto de Ulpiano.”

³⁰ Pavarini, Massimo. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México, Editorial Siglo XXI, 1983. p. 36

³¹ Ortiz Ortiz, Serafín. Op. Cit. p 37; Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 699; Neuman, Elías. Op. Cit. p 17 “Un ejemplo cabal lo proporciona la propia aparición de la prisión *sensu strictu* lo que ocurre a finales de XVI”; Pavarini, Massimo. Op. Cit. p. 31 – 32; Mir Puig, Santiago. Op. Cit. p 699 “Suele convenirse en que, salvo excepciones de escasa significación hasta el siglo XVI no da comienzo el proceso histórico que dará lugar en el s. XVIII a la consolidación de la pena privativa de libertad en su sentido actual.”

³² Neuman, Elías. Op. Cit. p 23 “Las Partidas de Alfonso el Sabio. Léese en ellas «la cárcel debe de ser para guardar a los presos e non para fazerles enemiga, nin otro mal...””

tación cambia y pasa a ser encubierta, solapada, se basa en el hombre “libre”³³. El capitalista necesita al hombre libre, incluso de medios de trabajo, esa es la base, el cimiento, el punto de partida de todo su sistema. Para el capitalista “la libertad” si es un “bien”, por ello la forma de castigar, al pasar de un régimen a otro, cambiará³⁴ y ello no se puede explicar a partir del Derecho mismo, de la norma penal concreta, hay que entender, primero, el contexto material desde el cual se funda. En otras palabras el *Modo de Producción capitalista* convirtió a la libertad en *un bien para la sociedad* en razón a la *necesidad material* que dio solución.

Esta es la primer condición objetiva para que la libertad pase a ser el bien objeto de restricción en el castigo, pero no el único, eso sí, sin este primer paso no hay posibilidad de que emerja como pena, es necesario que la libertad del hombre sea un *bien*, para que luego pueda ser *objeto de restricción* en el castigo

No termina aquí la explicación del fenómeno, sólo se ha visto una parte; debemos dejar claro que para que algo le signifique al individuo, a una clase o a la humanidad en sentido general, es menester que dé solución o satisfacción a una necesidad dada, las cosas no significan por el mero hecho de existir, sino por la capacidad de dar satisfacción a una necesidad concreta; resulta significativo, únicamente, lo que es necesario³⁵. Por ello no es suficiente, para la instauración de la cárcel como pena, que la libertad devenga en valor para la clase capitalista, por su significación en ese modo de producción. La libertad es, hasta aquí, un *bien* por lo que significa a la producción material; de esta forma la libertad adquiere *valor*, pero aún no se revela, no se explica, que necesidad de *orden*, o que necesidad para el *orden* satisface que llevan a su empleo, entonces, como castigo.

Nuevamente la clave se encuentra a través de la observación o valoración de un problema material histórico-concreto. El paso de campesino a obrero no fue un paso simple en el cual, el primero, llegó a la ciudad y por obra y gracia de la nada se convirtió, ya, en obrero, este fue un cruento proceso; al respecto refiere Pavarini: “...cuando los niveles cuantitativos de la fuerza de trabajo expulsada del campo fueron superiores a las posibilidades efectivas de su empleo como mano de obra de la manufactura reciente, la única posibilidad de resolver la cuestión del orden público fue la eliminación física para muchos y la política del terror para los demás. La consideración política respecto de las clases marginales cambió a su vez gradualmente con el desarrollo, en los inicios del siglo XVII y más aún en el siglo XVIII, de la manufactura, después de la fábrica, y por lo tanto con la siempre creciente posibilidad de transformar aquellas masas en proletarios ... a la brutal legislación penal de los siglos XVI y XVII le sigue progresivamente un complejo de medidas dirigidas a disciplinar

³³ Marx, Carlos. citado por Engels, Federico. *Anti Dühring*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, [s.a.], p. 250 “Para convertir el dinero en capital, el poseedor de dinero tiene, pues que encontrarse en el mercado, entre las mercancías, al obrero libre; libre en un doble sentido, pues de una parte ha de poder disponer libremente de su fuerza de trabajo como de su propia mercancía, y de otra no ha de tener otras mercancías que ofrecer en venta; ha de hallarse, pues, suelto, escotero y libre...”

³⁴ Pavarini, Massimo. Op. Cit. p 36 “Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico (...), fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad” Rusche, Georg - Kirchheimer, Otto. Op. Cit. p. 3 “Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones de producción”

³⁵ Fabelo Corzo, José Ramón. Op. Cit. p. 43 “Por valor generalmente se entiende la capacidad que poseen determinados objetos y fenómenos de la realidad objetiva de satisfacer alguna necesidad humana”.

a la población fluctuante y excedente a través de una variada organización de la beneficencia pública por un lado, y a través del internamiento institucional por otro...”³⁶

Es decir, el régimen capitalista comienza a gestarse desde finales del siglo XV, a consecuencia del cual la libertad se convierte en un bien, sin embargo, aún cuando se sitúa el origen de la privación de libertad como tipo de pena en el siglo XVI, como antes refiere Pavarini, entre este siglo y finales del XVIII imperó una represión feroz, la idea esencial era la *eliminación* de las masas campesinas excedentes, no obreras aún e innecesarias, en tal magnitud, al capital emergente; o sea que, no es suficiente que la libertad se convierta en un bien para la sociedad, en razón de la necesidad *material* que da solución *en un modo de producción* determinado, sino es necesario, además, que surja, que emerja, una necesidad de *orden social* para la clase dueña del poder político, que lleve a su transformación en el bien objeto de restricción en el castigo.

La situación cambia con el advenimiento del siglo XVIII donde sí hacen falta más mano de obra a la cual hay que disciplinar, y allí sí da solución la cárcel a una *necesidad* concreta *de orden social*, o mejor del orden que necesita el capitalista: disciplinar esas grandes masas no obreras, indisciplinadas, sí, pero ahora necesarias también; por una parte, no querían tenerlas como un peligro a su orden social, pero, por otra parte, matarlas, eliminarlas, no daba tampoco solución a sus necesidades; y allí mismo, en ese instante, aparece la cárcel como la institución que dará solución a este sistema de necesidades, pues se emplea en la imposición del orden por un lado y por otro conserva intacta la necesaria fuerza de trabajo y la transforma, la prepara, la somete a la nueva función, a la nueva forma de explotación. Se explica así su paso de, insignificante bien para el castigo, de una institución sin “valor” como castigo en sí, a una institución con “valor” como castigo, como medio de imposición del orden.

Son dos necesidades relacionadas, interconectadas, pero que no se pueden confundir; la libertad emerge, primero, como *bien*, por la necesidad del modo concreto de explotación: el hombre libre y luego se convierte su privación en un castigo por la necesidad de disciplinar (convertir en obreros) a grandes masas indisciplinadas pero imprescindibles al capital. Ahora, debe quedar claro que ese orden en que emerge la libertad como objeto de restricción es inalterable, debe primero ser un bien para las necesidades materiales de la sociedad, para que luego se convierta en un bien objeto de restricción en el castigo.

Paralelo a este hecho material, en el ámbito social se había gestado una fuerte corriente humanista que catalizó el proceso, acelerando el tránsito evolutivo de tal medida cautelara a pena, pero, cabe una salvedad, se les atribuye o se relaciona a Beccaria, Howard, Marat o Bentham la propuesta de sustituir las penas crueles del momento por la privación de libertad, cuando en realidad ellos criticaron el sistema imperante en su época pero no propusieron fuera en particular la privación de libertad la solución del conflicto³⁷

Por otra parte -también como un catalizador-, en la primera mitad del Siglo XIX se instaura, a contrapelo de las críticas de los filósofos clásicos alemanes y en abierta oposición al

³⁶ Pavarini, Massimo. Op. Cit. p. 32

³⁷ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 16 “ Esta tesis cita en su apoyo, la obra de Beccaria, Howard, Marat y Bentham como aquellas que buscaron una penalidad más justa. Sin embargo, tal y como han demostrado otros estudios (...) semejante perspectiva no se adecua a la realidad histórica porque si bien es cierto que los autores clásicos citados buscaron una humanización de las penas, ninguno de ellos pretendió que ese objetivo se lograra a través de la cárcel”.

marxismo, el Positivismo filosófico, corriente del pensamiento que pretende (amen de su esencia ideológica) la conformación de un paradigma de ciencia social similar a las ciencias naturales. Hija de esta tendencia, dentro de la ciencia del Derecho penal, nace la Criminología con la cual la prisión punitiva adquiere su “fundamento científico” su “aval teórico”³⁸. De hecho, el pensamiento positivista cambió las pretensiones con que originalmente nace la cárcel punitiva que era, entre los siglos XVIII y XIX, la expiación y la realización de trabajos forzados en beneficio del Estado, mientras que con la nueva concepción criminológica se propone la *resocialización* del condenado³⁹

Con el devenir del tiempo, el desarrollo de la sociedad y su complejidad, la sustitución de las necesidades que hicieron emerger la cárcel punitiva, entre otras, han cambiado el paradigma de: pena que “alivia”, por el de la pena que “destruye” “aliena” y, lejos de prevenir, reproduce el delito.

IV. LA CRISIS ACTUAL.

En la llamada “crisis” no existe consenso, primero: en cuanto a: ¿qué es en sí la crisis? pues se identifica en ocasiones con las condiciones de *hacinamiento* de las cárceles⁴⁰, en otras con una *contradicción* entre, los fines que se pretende con la privación de libertad o la pena en general, y los que realmente se producen⁴¹. Y segundo: ¿qué está realmente en crisis?:

³⁸ Pavarini, Massimo. Op. Cit. p 38 y s.s. “En este sentido es correcto afirmar que el saber criminológico es ante todo, en sus orígenes, conocimiento del criminal. La criminología y sus vicisitudes están así estrechamente unidas a la cárcel y a su historia.”; Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 18. “Si ella nació en el marco de la Ilustración (...) será con el Positivismo cuando alcance su mayoría de edad.”

³⁹ Sistema Carcelario Argentino (Primera parte) http://members.fortunecity.es/robertexto/archivo/sist_carcelario_2.htm [consultado: 26/06/04 11.30]; Rusche, Georg - Kirchheimer, Otto. Op. Cit. p 24 y ss; Neuman, Elías. Op. Cit. p 37 y ss.; Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 19 y ss.

⁴⁰ Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. / Caracas, 4 al 6 de marzo de 1998 Sexta Sesión Plenaria Mecanismos para la Solución de la Crisis Penitenciaria, www.tsj.gov.ve/informacion/eventos/not0503.html [Consultada: 20/07/04 2.30 p.m.] (donde se identificó a la crisis con el hacinamiento en prisiones): “José Fernando Ramírez, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “Si nosotros observamos el contenido de la Declaración de Principios de la Cumbre Hemisférica de las Américas, en relación con la crisis penitenciaria, vemos que el problema se puede plantear desde dos puntos de vista: el hacinamiento y el desconocimiento de la dignidad humana del preso” “Hugo Dellien Barba, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia: “... la Declaración que estamos analizando es muy clara, considera dos aspectos (...) El primero se refiere al hacinamiento...”

⁴¹ Oliveira, Edmundo. Un sistema en entredicho. Revista El Correo de la UNESCO. Junio, 1998. p 4 “El drama actual de la prisión es que engendra más problemas éticos, sociales, psicológicos y económicos que los que resuelve.”; Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 139 y 140 “El efecto de la prisión, al que se denomina prisonización sin dudas que es deteriorante, y sumerge a la persona en una «cultura de jaula» que nada tiene que ver con la de la vida del adulto en libertad. Esta inmersión cultural no puede interpretarse como una tentativa de reeducación”; Ferrajoli, Luigi. Op. Cit. p. 412 “La pena privativa de libertad, que en la época moderna ha constituido la alternativa más importante a las penas feroces... ya no parece a su vez idónea – en cuanto no pertinente o no necesaria – para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: ni la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas de hecho, como a estas alturas es unánimemente reconocido, a funcionar como escuelas de la delincuencia...”

¿la privación de libertad⁴²?, ¿la pena como institución del Derecho penal⁴³?, o ¿el sistema penal⁴⁴?

Creo que no resulta discutible el estado de hacinamiento en las prisiones⁴⁵, pero si la crisis fuera simplemente ese estado de congestión carcelaria, la solución sería relativamente fácil, se construyen más cárceles y la solución está dada; precisamente, por ese error de apreciación, en la citada Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Caracas del 4 al 6 de marzo de 1998, en su Sexta Sesión Plenaria sobre Mecanismos para la Solución de la Crisis Penitenciaria, el recurso que presentaron algunos presidentes de corte fue, justamente, abogar por la construcción de nuevos establecimientos penitenciarios⁴⁶, con lo cual tal equívoco no resulta ingenuo y podría profundizar aún más el referido estado de crisis, pues queda la interrogante: ¿qué genera esa congestión?, por ello, otros pensadores conscientes del error hablan de una “moratoria en la construcción de nuevas prisiones”⁴⁷ para evitar que, ante el relativo y muy temporal vaciado de

⁴² Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 13 “Hace ya mucho tiempo que Foucault señaló que la reforma de la cárcel es como su «programa»; en efecto, desde que la misma fue inventada necesito ser reformada al día siguiente.” Neuman, Elías. Op. Cit. p 96 “Ese mismo edificio que se erigió como expresión de custodia, con su atmósfera de aglomeración...no puede acondicionarse hoy a fines del tratamiento penitenciario que posibilite la readaptación social.”; S.G. Paino Cárcel hoy. Alternativa mañana: Un análisis para la comunidad de inserción. En Cuadernos de política criminal. No 55 Madrid Editorial Edersa. 1995 p 299 “Según Sainz Cantero (1993) la pena de prisión no es la sanción adecuada a nuestros tiempos por diversas razones.”

⁴³ Ferrajoli, Luigi Op. Cit. p 410 “En los últimos decenios el sistema de penas trazado en la época de las codificaciones ha entrado en una profunda crisis.”; Cesano, José Daniel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología No 03-05 (2001) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html [Consulta 29/03/04 12.30 p.m.]. García Ramírez, Sergio Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño.

⁴⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op Cit. p 16 “El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento.”

⁴⁵ García Ramírez, Sergio. Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio. “En América Latina se han elevado con desmesura las cifras de la población penitenciaria. De 26 países examinados por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, prácticamente todos –es decir, 25– mostraban sobrepoblación penitenciaria; de ellos, en 20 había niveles de sobrepoblación crítica por encima del 120 por ciento”

⁴⁶ Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. / Caracas, 4 al 6 de marzo de 1998 José Fernando Ramírez, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “...y yo pienso que como en Colombia en este momento se está tratando de implementar, que es la hora de procurar la inversión privada en las cárceles, porque definitivamente en el país, Colombia, el hacinamiento es tal que el Estado parece que con sus propios recursos se ha mostrado incapaz de solucionar el problema y no más, en la semana anterior se estaba haciendo una licitación con el fin de procurar, repito, esa inversión privada” Hugo Dellien Barba, *Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia*: “...el primer punto tiene y debe ser solucionado por el Poder Ejecutivo. ¿Cómo? Aumentando cárceles, mejorando los prediarios, etc. etc., a objeto de poder cumplir con lo que dice la Declaración...” Guillermo López, *Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*: “Argentina ha encarado el problema del hacinamiento carcelario por el camino indicado por el representante de Colombia, o sea, la inversión privada (...)De esta manera la Argentina ya ha adjudicado las dos primeras cárceles en reemplazo de sus dos más importantes establecimientos carcelarios”

⁴⁷ Larrauri, Elena Op. Cit. p 61 “Debiera recuperarse, en mi opinión, la consigna sugerida por Mathiesen (1986:88), exigir una *moratoria* en la construcción de las cárceles. Soy consciente de que ello puede redundar en una sobremasificación, como advierte Matthews (1990:133), pero como el propio autor reconoce posteriormente (Matthews 1990:149), la construcción de más cárceles puede estimular su uso, al tiempo que perpetuar la imagen de que la cárcel es un mal necesario, a pesar de ser ineficaz e ilegítimo.

las instituciones carcelarias, continúe el uso indiscriminado de la privación de libertad y la prisión preventiva. Es evidente que el hacinamiento genera crisis, pero no es en sí la crisis.

Hay que dejar sentado que *la crisis es un fenómeno social objetivo, necesario*; propio de la *realidad social*; es la forma en que se produce el desarrollo en esta esfera del *ser*, a diferencia de la realidad natural; al respecto, afirma González Arencibia: “La definición del concepto crisis exige su vinculación con el concepto de contradicción y especialmente, con las contradicciones internas como fuente del desarrollo y más si se tiene presente que la exterioridad está en la propia interioridad”⁴⁸

La *contradicción* es la forma en que se produce el desarrollo tanto en el *ser* como en el *pensar*, es una *ley* del desarrollo; ahora, la crisis es la forma específica en que tal ley se produce en el *ser social* (en la naturaleza hay contradicciones pero no hay crisis), ella es la expresión de un *estado o fase* en el desarrollo de las contradicciones, precisamente el final, pero no es la expresión de cualquier contradicción; es la manifestación de la maduración de la o las contradicciones esenciales, y refleja la necesidad del cambio.

La importancia, el valor, de la crisis está en que en ella se muestran las contradicciones fundamentales y se expresa así de manera más clara cuál es la esencial del fenómeno, de la que depende su desarrollo. Permite al estudioso de un fenómeno social dado, conocer los jalones fundamentales del desarrollo del mismo. En un período de crisis se determina cuáles son los elementos esenciales de ese sistema de relaciones, ella muestra qué es lo *esencial* y qué es lo simplemente *pasajero*, tal y como advierte Lenin: “Porque la gran importancia de toda crisis consiste en que pone al descubierto lo oculto, deja a un lado lo convencional, lo superficial y mezquino, barre la escoria política y revela los verdaderos resortes de la lucha de clases que se libra en la realidad.”⁴⁹

La crisis muestra, además, que ese fenómeno ya no se ajusta al desarrollo social, no se aviene a la necesidad social del desarrollo con el cual debía corresponderse y que debe cambiar o desaparecer. Por ello la crisis es, primero, una manifestación de contradicciones –la congestión de la cárcel es un estado de cosas, no una contradicción–, segundo, es inevitable, pues se desprende del nexo interno del ser social, es la manifestación de las leyes de su desarrollo propio; consecuente con ello, no es una fatalidad como en ocasiones se confunde⁵⁰, sino por el contrario, su conocimiento, la conciencia que se tenga de ella –precisamente por mostrar de manera más simple cuales son los nexos esenciales y cuales los secundarios– le permitirá al estudioso ser “libre” ante el fenómeno que examina, dominar y conducir conscientemente el desarrollo social.

La crisis, vista desde el Derecho penal, es una *contradicción* que se expresa concretamente: *en un no cumplimiento de los objetivos de prevención de la actividad delictiva*. Ciertamente que esta *contradicción* se muestra mucho más aguda en la privación de libertad, pues en ella no sólo no se cumple con el objetivo de prevenir, sino se ha convertido –en el mejor de los casos– en un **reproductor** de antivalores (cultura carcelaria, prisonización) y –en el pe-

⁴⁸ González Arencibia, Mario. La Crisis como concreción conceptual en los umbrales del siglo XXI. En Filosofía y Sociedad T. I. La Habana, Editorial Félix Varela 2000 p 214.

⁴⁹ Lenin, V. I. Enseñanzas de la crisis. Obras Escogidas en tres tomos. T. II. Moscú, Editorial Progreso, 1960, p. 76 – 79

⁵⁰ González Arencibia, Mario. Op. Cit. p 210 “El término crisis, como elemento indicativo de transiciones ha sido utilizado en la literatura económica, política...y otras, indistintamente, en ocasiones con un carácter peyorativo y en otras con un sesgo de ausencia.”

or- la prisión se transforma en **reproductor** o **promotor** del crimen (perfeccionando los medios y los modos de cometer delitos) y así en fuente generadora de las propias conductas que trata de evitar el Derecho.

Pero recordemos, como antes dijimos, que lo esencial no es la manifestación externa de la contradicción sino lo interior que la hace manifestarse, con lo cual se trata de llegar hasta lo esencial que da solución a esa contradicción. Se impone ahora la respuesta a, *qué es lo que está en crisis*, pues de la respuesta a ello nos podremos acercar a lo que es *esencial* de lo cual depende en mayor medida la solución de la contradicción.

En el capítulo anterior se dejó sentado que la pena es una *parte* de un *todo*: *el Derecho*, fuera o separada del cual pierde su esencia, consecuentemente, no puede ser una crisis situada en un sólo elemento, en este caso la pena. Por otra parte, vimos que el fin preventivo es un objetivo del *todo* en el cual contribuye la pena, pero se alcanza con la *acción pronta y certera* del sistema o del todo del cual depende que, siendo **proporcional** dicho castigo, trascienda a la práctica social de manera preventiva; si la crisis es una contradicción con el fin preventivo, que es un objetivo del Derecho, hay entonces que ver al Derecho (el todo) y no, únicamente, a la pena (la parte).

En otro orden de cosas, la práctica social una vez más nos revela otra experiencia: ante la crisis de la privación de libertad se accedió a las penas alternativas o sustitutivas de la cárcel punitiva como solución a la contradicción, sin embargo, lejos de traer tal reparación se convirtieron en *complementos* suyos trayendo, en muchos casos, un nuevo problema que hace más complejo y agudo el anterior estado de crisis: la extensión de las redes de la cárcel a la sociedad⁵¹, de ello se infiere que si lo esencial de la crisis estuviera en la pena, en su modo de empleo, de su concepción en sí, tal contradicción se habría solucionado o al menos apuntara a una posible solución, pero fue al contrario, la crisis se extendió de la cárcel a sus alternativa y se hizo más compleja. Esta experiencia práctica nos revela, o mejor, nos demuestra que no es la pena la que está en crisis en sí, y que, consecuentemente, no está en ella su solución. Por su parte el hacinamiento, es una condición que agrava la crisis al generar las propias conductas que se pretenden evitar, pero ella no es resultado exclusivo del empleo de la privación de libertad ni de la pena en general, sino además de la prisión

⁵¹ Larrauri, Elena. Op. Cit., p 45 – 52 “Todo este arsenal de alternativas acababan configurando en expresión en boga en los años ochenta un «archipiélago carcelario» (...) Adicionalmente resultaba que las alternativas estaban *complementando* la cárcel (...) Las alternativas se configuraban como alternativas a la puesta en libertad”; Ferrajoli, Luigi . Op. Cit. p 411 “Medidas alternativas y sanciones sustitutivas no han sustituido en realidad a la pena de cárcel como penas o sanciones autónomas, pero se han sumado a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva.”; Cesano, José Daniel. Op. Cit. “Por eso si tuviéramos que sintetizar esta evolución en pocas palabras, diríamos que: de la crítica a la cárcel se pasó a una crítica de las alternativas y, como consecuencia de esta última, más que alternativas a la cárcel, se busca, ahora alternativas a la forma convencional de manifestación del castigo penal.”; García Ramírez, Sergio Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño. “La crisis que se cierne sobre el sistema penal –y específicamente sobre la idoneidad y la eficacia de las penas– abarca tanto la prisión como los sustitutivos.”; Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué Hacer con la Pena? Las Alternativas a la Prisión. <http://www.carlosparma.com.ar/penazaffa.htm> [consulta: 27/06/04, 5.40]. “Otro es que estén en el Código Penal y que se apliquen a personas que, de otra forma, nunca serían encarceladas, con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible.”

preventiva⁵² y esto atañe a otro orden del sistema penal, o a un momento distinto, anterior, a la pena pero resultado de la actuación del sistema penal.

Hay que mirar entonces hacia el Derecho en busca de lo esencial. Los cambios ocurridos en este terreno han llevado a varios autores a definir la existencia en la actualidad de un: “Derecho Penal Moderno”⁵³ producto señero de los procesos de globalización económica, el desarrollo de las nuevas tecnologías, el avance de la industria en sentido general, que han hecho a nuestras sociedades muchos más complejas⁵⁴, con el consecuente corolario de nuevos y mas difíciles conflictos como son, el deterioro agudo del medio ambiente, la criminalidad relacionada con la informática, el impacto demoledor de los delitos económicos, el galopante desarrollo del terrorismo, el tráfico de drogas y personas, el avance del crimen organizado⁵⁵, sobredimensionados todos por el efecto multiplicador de los medios masivos de comunicación, asociados en muchos casos al patológico Derecho Penal simbólico⁵⁶,

⁵² Informe de país / México 1988 Comisión Interamericana de Derechos Humanos Organización de los Estados Americanos Capítulo III El Derecho a la Libertad Personal <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp/Capitulo-3.htm> visitado el 13/06/04 2.300 p.m. “Más de la mitad de los internos en México son presos sin sentencia, procesados en prisión preventiva.”; Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué hacer con la Pena? Las Alternativas a la Prisión. “Ahora bien, con todo lo que estoy diciendo, daría la impresión que me estoy olvidando del tema central: nuestras cárceles no están superpobladas de condenados, sino que lo están de procesados”. Larrauri, Elena. Op. Cit. p. 57 “En España la población carcelaria se compone en un 50% de población preventiva en espera (que dura meses y años) de juicio.”

⁵³ Milanese, Pablo. El Moderno Derecho Penal y la Quiebra del Principio de Intervención Mínima www.derechopenalonline.com/febrero2004/milaneseintervencion.htm [consultado 20/07/04 2.30 p.m.]. “Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias...”; Morillas Cueva, Lorenzo. Reflexiones Sobre el Derecho Penal del Futuro. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos RECPC 04-06 (2002) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf [consultado: 27/06/04 2.00 p.m.] “Han sido bastantes los autores que en los últimos años han escrito y al mismo tiempo polemizado sobre el futuro mediato e inmediato del Derecho Penal. (...). La más inmediata por su propia esencia es la de la hipotética crisis del denominado Derecho Penal moderno”.

⁵⁴ Díez Ripollés, José Luís. Op. Cit. Milanese, Pablo Op. Cit. Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 200. García Ramírez, Sergio en Crimen y Prisión en el nuevo milenio.

⁵⁵ Milanese, Pablo Op. Cit. “Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela.”; Montiel, Juan Pablo. ¿Hacia las postrimerías de un Derecho penal subsidiario? Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Octubre de 2003, Córdoba, Argentina. <http://www.carlosparma.com.ar/montiel.htm> [consultado: 27/06/04 5.30] “Así el Derecho penal sufre una hipertrofia a las resultas de la aparición de nuevos intereses merecedores de tutela”; Díez Ripollés, José Luís Op. Cit. Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 200. García Ramírez, Sergio en Crimen y Prisión en el nuevo milenio.

⁵⁶ Díez Ripollés, José Luís Op. Cit. “En efecto, la potenciación del denostado derecho penal simbólico está en directa relación (...) Entre ellas cabe citar el creciente protagonismo de los medios de comunicación social en un doble sentido. (...) El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad (...)Partiendo del reconocimiento de que el derecho penal simbólico constituye un uso patológico” Milanese, Pablo Op. Cit. “Todos estos cambios provocarán graves problemas. El principal de ellos son los llamados “déficit de realización”, (...) La consecuencia de esto es el riesgo de que el Derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica”; Montiel, Juan Pablo. Op. Cit. “Mucho tiene que ver en ello la labor de los medios de comunicación, dado que su inclinación a sobredimensionar irresponsablemente el espectro disvalioso de hechos delictivos (...)Sus respuestas padecen de una alineación de realismo, creyendo ver al Derecho penal como panacea de todos los males sociales, seguramente emparentado a su innegable valor simbólico.”; Larrauri, Elena Op. Cit. p 56 “Es cierto que ello es de sobra conocido, pero también debe advertirse que hoy no corren buenos tiempos para

todo lo cual condujo al Derecho penal, del último, al primero de los recursos empleado por el Estado en el tratamiento de los citados conflictos, con la consecuente hipertrofia de la parte especial de los códigos penales⁵⁷, la depauperación, o mejor, destrucción de las garantías sustantivas y procesales –llevando a la reaparición del argumento Hobbiano del “Derecho penal del enemigo”⁵⁸–, y, paradójicamente, en medio de la promoción por el uso de las alternativas⁵⁹, se aumentó el empleo de la privación de libertad en sus límites máximos junto a las cárceles de alta seguridad⁶⁰.

la descriminalización con la alegada función simbólica del derecho penal. Delgado Rosales, Francisco Javier. *Corrupción Administrativa en Venezuela: Criminalización simbólica e impunidad*. Revista Pena y Estado año 1 número 1-Argentina 1995: Editores del Puerto s.r.l. p 99 – 111

⁵⁷ Milanese, Pablo Op. Cit. “Por ejemplo, es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: frente del deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico (...), el Derecho penal intervino como prima ratio, (...) el principio de intervención mínima es mitigado: no sólo se atenta contra su carácter fragmentario, sino también contra a su subsidiariedad, porque deja de ser la ultima ratio del sistema para se transformar en prima (...)La primera novedad del Derecho penal moderno es con relación al ámbito de actuación. Como ya afirmamos, el Derecho penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. Actúa, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes.”; Montiel, Juan Pablo. Op. Cit. “la legislación penal ha experimentado un extraordinario crecimiento cualitativo y cuantitativo (...)Este fenómeno, en su configuración político-criminal, puede explicarse en diversas dimensiones, tanto en la ampliación del ámbito de lo prohibido, como el endurecimiento de las penas (punitivismo)”

⁵⁸ Milanese, Pablo Op. Cit. La consecuencia es que «en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas»; Portilla Contreras, Guillermo. *La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001*. <http://www.carlosparma.com.ar/nunez2003.htm> [consultada: 27/06/04 5.30]. “En los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías (...) En otras palabras, ¿qué significa, en pureza, un Derecho penal del enemigo?. JAKOBS lo ha resumido en virtud de las siguientes directrices; de un lado, un adelantamiento de la punición equivalente al status de un hecho consumado, sin que suponga, por tanto, una reducción de la pena; de otro, la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales. Junto a ello, JAKOBS descarta otra alternativa al Derecho penal del enemigo, pues se trata de una guerra”; Lascano, Carlos J. *La Cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho Penal Autoritario* <http://www.carlosparma.com.ar/nunez2003.htm> visitado el 27/06/04 5.30. “La expresión «Derecho Penal del enemigo», puesta en boga en los últimos tiempos por Günther Jakobs, no es nueva pues con palabras similares expresadas ya en 1882, por Von Liszt.”

⁵⁹ Informe al Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Caracas, Venezuela, 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980, Resolución 8 Medios Alternativos del encarcelamiento. p. 11 “1 Recomienda que los Estados miembros: a) Examinen sus legislaciones con miras a hacer desaparecer los obstáculos legales que se opongan a la utilización de los medios alternativos...”

⁶⁰ García Ramírez, Sergio *Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño*. “(cita 16) Así, en los Estados Unidos de América: entre 1970 y 1980, la población penitenciaria se duplicó; entre 1981 y 1995 se duplicó de nuevo. (...) En suma, «la situación es de horror e implica un verdadero genocidio carcelario» Lejos de amainar, se multiplican las hipótesis de imposición de este castigo: en frecuencia y en duración. (...) En Estados Unidos de América, refiere Barros Leal, «la población carcelaria... crece diez veces más rápido que la población en general».”; García Ramírez, Sergio *El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX* “la privación de libertad sigue siendo una sanción predilecta en el arsenal de las penas. Se ha sustituido en muchos casos, pero persiste en otros muchos, e incluso se incrementa el tiempo de reclusión en las nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada”. Adelantado Gimeno,

Se puede resumir: existe un Derecho Penal Máximo, que tiene como consecuencia necesaria su propia saturación como sistema convirtiéndolo en *poco certero* y a su vez *lento*; las dos condiciones indispensables para que pueda cumplir el fin preventivo están ausentes. La contradicción que se expresa en la pena es el reflejo de este problema esencial, ella sólo es la manifestación externa de este problema interno.

La crisis no es, pues, de la privación de libertad o del sistema de penas sino del sistema penal, del *todo*, que cada día se satura más y agudiza el estado de crisis, consecuentemente la solución *esencial*, —es la esencial pues de ella depende que las restantes acciones pueden paliar la crisis, sin ella imposible—, es la implementación del Derecho Penal Mínimo, sin su empleo cualquier acción parcial no sólo no dará solución a la crisis sino puede, como el caso de las alternativas, complejizarla, profundizarla aún más.

V. PRINCIPIO DE DERECHO PENAL MÍNIMO.

Este principio esencial del Derecho Penal, nace, en el liberalismo decimonónico, de la mano intelectual de Beccaria⁶¹ -aun cuando él no tuviera conciencia de su creación ni de la magnitud de ella-; como referimos al analizar este autor, la trascendencia de su obra es, precisamente, no tratar de crear un concepto sino exponer e interpretar la experiencia social, que es la materia prima del concepto; se necesitó el cursar de muchos años para que esa experiencia expuesta se tradujera en un concepto terminado.

Este principio se puede resumir en que: el Derecho penal no protege todos los bienes sino, únicamente, a los más importante, no los protege de todas las agresiones sino de las más graves, y sólo cuando otras esferas no le brinden protección adecuada. Para la mejor comprensión de este referido concepto limitador, se puede seccionar, y quiere decir:

Primero; que el Derecho Penal no debe proteger todos los **bienes**, sino sólo los más importantes, dada su posición en la escala de valores en una sociedad. Aquí se encuentra un nudo teórico trascendental del Derecho Penal, imprescindible para su eficacia. El Derecho penal como regulador de la conducta es en extremo limitado, se centra, esencialmente, en la certeza y prontitud de su actuar como antes expusimos, por esa razón su esfera de acción debe ser muy estrecha, limitada, definida; comprendiendo únicamente los bienes que resultan imprescindibles para la vida social o aquellos que sólo él puede proteger —en este último caso, por ejemplo: la vida humana—, si no se cumple este parámetro y se da tutela a bienes de menor valor, el resultado real es la devaluación de los bienes jurídicos más importantes verdaderamente necesitados de tal protección y todo por una razón lógica muy simple: si

José Op. Cit. p 200. “Pero como señala A. Baratta la emergencia del terrorismo y la reacción de los Estados frente a ese fenómeno, ha determinado en varios países europeos modificaciones en el régimen carcelario y en la política de utilización de las cárceles, que con razón se conocen como «contrarreformas»” Milanese, Pablo Op. Cit. “... el Derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas”; Montiel, Juan Pablo. Op. Cit. “De igual modo, la impotencia del Estado para combatir la delincuencia genera un endurecimiento de las penas en donde las garantías y los límites del ius puniendi ceden ante la voluntad política de conseguir la máxima eficacia posible. Ello explica también como la inoquización parece recobrar vida en el campo jurídico-penal”

⁶¹ García Ramírez, Sergio. Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio: “El gran precursor de lo que ahora nombramos "intervención penal mínima" y "garantismo", César Beccaria...”; Milanese, Pablo Op. Cit. “Ni siquiera Beccaria fue consciente de la dimensión que alcanzarían sus planteamientos cuando da publicación de su obra en el año de 1764, (...) Por lo expuesto, es posible afirmar que «en Beccaria encontramos la primera expresión de lo que hoy llamamos 'principio de mínima intervención' del derecho penal»”

los órganos del “Sistema Penal” (policía, fiscalía, tribunales y prisiones) se les satura con conductas de intrascendente peligrosidad o con aquellas en que él no puede regular, poco podrán hacer para proteger los bienes que sí necesitan de su atención y cuidado, pues estarán perdidos entre menudencias que bien podrían encontrar solución eficaz en otra vía no penal. Un sistema penal saturado de triviales procesos penales, por más que se esfuerce, siempre será un sistema penal ineficaz e ineficiente, como advierte Luigi Ferrajoli: “Derecho penal mínimo significa la reducción al mínimo de las circunstancias penales y su codificación general mediante la despenalización de todas aquellas conductas que no ofendan bienes fundamentales y que saturan el trabajo judicial con un dispendio inútil e inócuo de aquel recurso escaso y costoso que es la pena y tienen el triple efecto del debilitamiento general de las garantías, de la ineficacia de la maquinaria judicial y de la devaluación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal.”⁶²

Segundo: no debe proteger a los bienes más importantes de todas las agresiones contra ellos, sino, únicamente de las más graves. Se trata así de una restricción sobre una restricción anterior, cimentada en razones de *proporcionalidad* entre, la lesión ocasionada al bien jurídico protegido por el derecho penal con el delito por el transgresor y la lesión ocasionada a los bienes del delincuente con la pena por el Estado.

En estos dos apartados se resume el carácter *fragmentario*⁶³ del Derecho penal, y se soporta sobre el principio de bien jurídico, concepto, este último, vaciado por las tendencias funcionalistas⁶⁴. Con lo cual, el rescate de tal principio como objeto de protección guarda una estrecha relación con la propia concepción y materialización del principio de Derecho penal mínimo.

Tercero: debe intervenir sólo cuando otras vías resulten ineficaces en la prevención de tales conductas. Es una práctica viciosa dejar en manos del aparato represivo estatal determinadas conductas por el sólo hecho de ser moralmente reprochable o en la búsqueda de una

⁶² Ferrajoli, Luigi. Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura. Revista Pena y Estado año 1 número 1—Argentina 1995: Editores del Puerto s.r.l. p 113

⁶³ Milanese, Pablo Op. Cit. Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal (...) El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes”; Díez Ripollés, José Luís. Op. Cit. El objetivo inmediato es evitar los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, (...) y a la identificación de las lesiones o puestas en peligro a ellos más significativas (principio de fragmentariedad)”. Mir Puig, Santiago. Op. Cit. p 90 “Un segundo principio derivado de la limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del «carácter fragmentario del Derecho pena». Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo de las modalidades de ataques más peligrosas para ellos”

⁶⁴ Portilla Contreras, Guillermo. Op. Cit. “Ésta es la dirección seguida por diversos autores, destacando aquellos que interpretan el Derecho penal material y el Derecho procesal según la óptica del estructuralismo-funcional de N. Luhmann. Conforme a ella, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado. G. Jakobs, uno de los principales protagonistas en la discusión,”; Montiel, Juan Pablo. Op. Cit. “...con razón afirma Ragués, aludiendo a que «la seguridad podría haber dejado de ser un bien jurídico referencial para convertirse en un bien jurídico en sí mismo»”

supuesta eficacia cuando pueden encontrar solución en otras ramas del ordenamiento como el Derecho Civil o el administrativo; aquí la *subsidiariedad*⁶⁵ del Derecho penal.

En este último caso es imprescindible no sólo que el bien jurídico esté necesitado de protección sino, en igual medida, que el Derecho penal pueda darle salvaguardia con sus rústicas herramientas⁶⁶; cuando se tutela un bien necesitado de protección, pero que el Derecho penal es incapaz de proteger, entonces estamos, aún cuando no lo queramos, convirtiendo el Derecho penal en *simbólico*, únicamente *competente* para *representar* el valor del bien pero *incapaz* de *brindarle* una *protección efectiva*, eficaz. Se trata de emplear el Derecho penal como última instancia y en los casos que puede ser eficaz, en los que no pueda serlo hay que encontrar otra vía no penal que de solución a esa necesidad de protección.

Hasta aquí hemos visto la crisis (una contradicción entre la necesidad de prevención y su no cumplimiento) y su naturaleza (la falta de respuesta pronta y certera del Derecho penal), pero en modo alguno quiere ello decir que todo estará solucionado únicamente allí, pues la pena con su contenido y medida determina, en su momento, la eficacia preventiva. Por otra parte, el mismo principio de Derecho penal mínimo no interesa únicamente al *todo* pues él se verifica, precisamente, en y a través de las *parte* que integran el Derecho penal, en la prohibición, en la pena, en el proceso, en los órganos a cargo del proceso, en fin en ese *todo* a través de las *partes* y sus relaciones, por ello en el terreno de la pena, y particular en la privación de libertad existen necesarias intervenciones a realizar.

VI. SOLUCIÓN DESDE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

En el primer Capítulo se plantea que el fundamento que legitima un tipo de pena, y así su permanencia, es, primero, que sea proporcional (al bien jurídico, a la culpabilidad y a la

⁶⁵ Milanese, Pablo Op. Cit. “La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, «cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho» Muñoz Conde, Francisco. – García Arán, Mercedes. Op. Cit. p 68. “al Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y temible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas...”; Mir Puig, Santiago. Op. Cit. p 89 “Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última *ratio*” García Ramírez, Sergio Crimen y prisión en el nuevo milenio. “...el derecho penal debe representar la *última ratio legis*”. Las cosas terminan aquí, cuando no pueden tener otro fin, pero no empiezan en ese punto” ver Informe General presentado por la Secretaría de las Naciones Unidas al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Celebrado en Londres del 8 al 20 de agosto de 1960 párrafo 39 página 13 “El Sr. Karl Peters se pronuncia contra la penetración del derecho penal moderno, por la vía legislativa y judicial, en la esfera de la delincuencia desprovista de gravedad y contra la tendencia a castigar cada vez más las infracciones de carácter civil y administrativo...”

⁶⁶ Muñoz Conde, Francisco. – García Arán, Mercedes. Op. Cit. “La tercera cualidad del bien es su «capacidad de protección». No todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para la protección”; Larrauri, Elena Op. Cit. p 56 “Al tiempo que destacar que favorecer la intromisión del derecho penal para afrontar todos los problemas sociales (delitos ecológicos, consumo de drogas, tráfico de influencias, etc.) asociados con una «sociedad de riesgo» convierte en ilusorias cualquier esperanza de obtener un derecho penal mínimo (...) Reconocer la existencia de graves problemas sociales no es sinónimo de admitir que el derecho penal es un medio apropiado para solucionarlos (Nelken: 1987: 108)”; Quirós Pérez, Renán. Despenalización. Revista Cubana de Derecho Número 27, Año XV, abril-diciembre 1986, p. 32 “No todas las relaciones sociales necesitadas de protección penal son al mismo tiempo capaces o aptas para respaldar eficazmente esa protección.”

prevención) y en razón a ello, segundo, garantice o sea apta para la prevención. No cabe duda que la privación de libertad, en razón a que reproduce el delito más que prevenirlo, carece de legitimidad, reduciéndose a lo que Zaffaroni define como un “acto de poder”; en consecuencia se abren dos posibilidades: o se le *suprime*, o se le *modifica*.

A pesar de todo lo anterior, en el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se advierte que la privación de libertad es aún una sanción empleable⁶⁷ en tal razón debe seguirse utilizando. Por otra parte, entendemos que suprimir totalmente esta pena de los Códigos penales -en medio de las difíciles condiciones actuales-, podría acarrear más problemas que soluciones a la situación de desequilibrio en que está sumido el Derecho penal, por lo tanto se impone, debido al momento histórico la segunda variante: una *necesaria modificación*, lo cual no impide pensar en una futura eliminación tal y como sugiere Ferrajoli⁶⁸.

La cárcel, como advertimos en epígrafes anteriores de este propio Capítulo, ha sido la pena *más criticada* pero a la vez -paradójicamente- la *más empleada*, primando, además, la *severidad* en su imposición, evento que multiplica el efecto de acumulación carcelaria, el hacinamiento. Estas condiciones de saturación, puramente objetivas, impiden cualquier intento de resocialización en el medio interno, pues el estado de congestión obliga a las administraciones penitenciarias a situar, en primer orden de su subsistencia, a la seguridad y estabilidad del centro, permanentemente amenazada en esas condiciones extremas⁶⁹. Por esta razón, antes de analizar, *el si es posible y el cómo* de la resocialización, es menester encargarse de esta dimensión objetiva: la saturación carcelaria hace imposible, irrealizable la resocialización.

Las Naciones Unidas, instada por otros cónclaves internacionales⁷⁰, destinó su Segundo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente al análisis de las que denominó “penas cortas” de privación de libertad para disminuir su uso, a cuyos efectos se realizaron varios estudios en distintas naciones del planeta⁷¹, los cuales revelaron, primero, que el propio término “penas cortas” no es unívoco⁷², coincidiendo bajo este término, penas privativas de libertad que oscilan desde días hasta un año de privación de libertad y segundo, que existe un consenso mayoritario en cuanto a que las “penas cortas” de privación de libertad impedían, en tan corto período de tiempo, desarrollar una labor de resocialización,

⁶⁷ ver Sexto Congreso las Resoluciones 8 y 10 p 11 y 13 respectivamente donde en sus *Reconociendo* expresan la pertinencia aún hoy de la privación de libertad para ciertos delitos.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. p. 412 y ss.

⁶⁹ Bergalli, Roberto. Op. Cit. p 48 “...los programas de tratamiento penitenciario, de carácter *behaviouristas*, comportamentista, total y completamente dirigidos a obtener un interno dócil con el sólo fin de mantener el orden y al disciplina en el interior de las cárceles, algo imprescindible ante la gran ola de hacinamiento.” Ver además Manzano Bilbao, Cesar. Reproducción de lo carcelario: El caso de las ideologías resocializadoras. En Tratamiento Penitenciario y Derechos fundamentales. Barcelona Editorial Bosch. 1994 p 209 y ss; Schumann, Karl F. Una sociedad sin prisiones, en Doctrina Penal Teoría y Práctica de las Ciencias Penales Buenos Aires Talleres Gráficos Linorap 1995 p 114 y ss Rivera Beiras, Iñaki.. Op. Cit. p 30 y ss Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 206 y ss.

⁷⁰ ver Introducción del Informe General al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. p 1 y ss

⁷¹ *Ibíd.* p 1 – 9

⁷² *Ibíd.* p 117 párrafo 433 “A base del presente estudio, para que el término «pena corta» no tiene una acepción uniforme, e incluso designa dos clases de penas cortas...” resulta así un término cuya medida varía.

no intimidaban y además contaminaban al sancionado –que casi siempre era sometido a ese castigo por delitos de menor peligrosidad– al ponerlo en contacto con personas más peligrosas⁷³ en razón a ello, sugería a los Estados miembros la limitación del uso de este tipo de penas carcelarias, al redundar ellas en más pérdidas que beneficios y en su lugar imponer sanciones sustitutivas al internamiento⁷⁴.

El análisis y las sugerencias son absolutamente válidas; privar de libertad a una persona por un “corto” período de tiempo y someterlo a una contaminación innecesaria que puede, lejos de prevenir el delito, convertir a ese delincuente menor en uno de mayor peligrosidad, es realmente contraproducente, sin contar la contribución a la saturación carcelaria que ello genera, pero, una contradicción llama nuestra atención mucho más que el racional análisis y es que el referido Informe plantea que: estas penas privativas de libertad se emplean en delitos de *poca peligrosidad*⁷⁵, parece una relativa proporcionalidad entre delito y pena –incluso el término de “pena corta” coopera en la ilusión- pero en ese propio Informe se dejó entrever lo cuestionable de ser, en realidad, penas poco severas⁷⁶.

Antes de examinar si las “penas cortas” intimidan o no, si resocializan o no, se impone valorar un problema puramente objetivo: en la privación de libertad estamos ante la pena más severa con que cuentan muchos sistemas penales –después de la pena de muerte⁷⁷–, pues, al imponerse, se restringe o instrumentalizan de una sola vez, prácticamente, todos los bienes fundamentales a la existencia del individuo después de la vida⁷⁸, –incluso en ocasiones, en razón del tratamiento penitenciario, ante una indisciplina del recluso, se le restringe de otros bienes que el propio órgano jurisdiccional no dispuso–⁷⁹ consecuentemente, se está empleando la pena más grave en los delitos menos graves, una desproporcionalidad mate-

⁷³Ibíd. p Capítulo VI p 33 y ss.

⁷⁴Ibíd. p Capítulo VII p 42 y ss.

⁷⁵Ibíd. p párrafo 107 “Como era de suponer, los informes recibidos y los cuadros estadísticos que los acompañan indican que las infracciones castigadas con penas cortas son, de todos los países los de menor gravedad contra las personas (lesiones voluntarias e involuntarias, violencia) y contra la propiedad (robo, estafa, daños, etc.)...”

⁷⁶ Ibíd. párrafos del 144 al 154 refiere por ejemplo un fragmento del 151 “Hay individuos para quienes un solo día en la cárcel producirá un efecto de intimidación tan grande como una pena larga en mil otros”

⁷⁷ García Ramírez, Sergio Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño. “En fin de cuentas, si el instrumento penal constituye –en una sociedad democrática- el último recurso del control social, la prisión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición”

⁷⁸ Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. p 122 “¿Puede, en algún caso ser la privativa del derecho a la libertad una sanción penal compatible con el respeto al resto de los derechos y libertades que conserva el recluso como ciudadano cuando se encuentra en libertad, o por el contrario, se instrumentalizan estos derechos con fines disciplinarios?” Schumann, Karl F. Op. Cit. p 112 “Cuanto más habituales se vuelven las libertades sociales, tanto más grande es el recorte que representa la total privación de libertad en prisión. La dimensión de la pérdida de libertad crece hasta perder toda proporción. En la propaganda sobre la resocialización mediante la ejecución penal, se ha perdido de vista que las prisiones son, en primera línea, instituciones totales que limitan el contacto de los internos con el mundo exterior y su libertad. Todas las circunstancias de la vida tiene lugar en el mismo sitio y son controladas por la misma autoridad. Los internos son movidos en bloques de personas por los establecimientos; los compañeros de infortunio se enfrentan a los funcionarios, que se ocupan de censurarle y reglamentarles casi todas las necesidades humanas” Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 28 “En tercer lugar las sanciones consistente en la obligación de «ejecutar servicios más penosos», la «reducción en los alimentos y en el salario».

⁷⁹ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 28

rial. La privación de libertad no puede medirse, únicamente, por su duración, sino además, y muy especialmente, por su intensidad; no podemos tomar sólo la *cantidad* de tiempo de libertad suprimida, sino además la *calidad* y a la vez *cantidad* bienes inherentes al individuo que, de una vez, se suprimen al sancionado al encarcelarse, por ejemplo, resulta absolutamente desigual un año de privación de libertad y un año de Trabajo Correccional con Internamiento⁸⁰ en razón a la referida intensidad de la restricción de los bienes inherentes al sancionado en el medio carcelario.

En otro orden lógico y puramente práctico, si lo que se pretende es disminuir el uso de la privación de libertad, subsidiando las penas cortas impuestas a delitos de menor peligrosidad, es preferible, simplemente, suprimir totalmente la privación de libertad para estos delitos menores, pues dejar la alternativa de emplear o no la cárcel en manos del juzgador, coloca la solución en un terreno un tanto subjetivo o indeterminado que haría muy relativa o incierta esa pretendida disminución; como justamente se advirtió en el citado Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁸¹. Por otra parte, al subsidiarse la privación de libertad, ella aún queda como *medio de garantía* para el cumplimiento de esas penas subsidiarias, una suerte de “espada de Damocles”⁸² que pesa sobre el sancionado y que en caso de incumplimiento –incluso, no necesariamente por la comisión de un delito sino por la simple comisión de una indisciplina– va a parar a la cárcel.

En razón a la disparidad de criterios⁸³ definimos como “pena corta de privación de libertad”, aquella que no rebasa el año, y en cuanto a ella, en realidad no se trata de eliminarlas sino de no emplearlas en delitos de escasa peligrosidad por ser absolutamente desproporcionadas a ellos. Las que tiene problemas no son las “penas cortas de prisión” sino su empleo en delitos de escasa peligrosidad; la solución es suprimir la privación de libertad en los delitos menos graves y utilizar en ellos otro tipo de pena, reservándola, únicamente, para los delitos más graves en los cuales se podría, entonces, reducir su duración en vista a evitar la desocialización que provoca los períodos prolongados de internamiento, ganando racionalidad y legitimidad esta pena al quedar –como debería ser– como la última de las acciones posible en justa proporción a los eventos más graves; en su condición de pena máxima debe pasar a la última de las opciones (principio de derecho penal mínimo) ocupado su espacio actual las hoy llamadas “alternativas”, como refiere Ferrajoli –al tratar el tema de la reducción del uso de la privación de libertad–: “Esta reducción cuantitativa –no indirecta, a través de los actuales mecanismos discrecionales de indulgencia previstos en la fase de ejecución, sino directa mediante sus sustitución por tipos de penas más leves para los delitos

⁸⁰ Artículo 32 del Código Penal cubano actual.

⁸¹ Informe General al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: párrafo 32 p. 12 “Ante la aludida tendencia de los tribunales a imponer penas cortas y muy cortas, algunos han preconizado la supresión de toda pena de prisión de corta duración” más adelante enfatiza en el párrafo 40 p. 14 “...En la esfera judicial, debería hacerse pues, todo lo posible para inducir a los magistrados a utilizar con la mayor amplitud posible sus facultades discrecionales para sustituir las penas cortas con medidas como multa o la condena condicional...”

⁸² Larrauri, Elena Op. Cit. p 57 “Por ello como afirma Carlen (1989: 19) no debe admitirse que la cárcel funcione como medida aseguradora de estas alternativas”

⁸³ Informe General al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente 117 “en este término se comprenden penas que oscilan entre días y un año de prisión”

menos graves y la reducción de la legalmente prevista para los más graves— puede representar por tanto, a corto y mediano plazo, un objetivo creíble de reforma penal.”⁸⁴

Se reduce así la entrada a prisión de un grupo considerable de personas; pero esta no es la única ni la principal razón de su saturación —mirándola desde la pena, pues quedaría reducir su uso como medida cautelar— ya plateamos que una de las paradojas de la cárcel punitiva es que, junto a sus críticas, aumentó su uso y su *severidad*, consecuentemente, otra razón que agudiza el hacinamiento es la permanencia de los sancionados por prolongados períodos de tiempo como consecuencia del empleo de penas de prisión excesivamente largas, calificadas por Elena Larrauri como: penas feudales⁸⁵

Como referimos en el capítulo anterior, cuando la cárcel punitiva se extiende por períodos superiores a quince años resulta ser un castigo *desocializador* para el sancionado pues, como refieren la investigaciones empíricas alegadas por los distintos autores allí citados, el individuo sometido a este régimen, una vez que cumple, resulta poco probable o imposible de reincorporarlo a la sociedad. Se trata entonces de una restricción de la libertad que, en tal medida, se renuncia tácitamente a un objetivo que la legitima como *tipo de pena*: la *resocialización*⁸⁶. La privación de libertad como *tipo de pena* resulta, en esos caso, únicamente *retribución*⁸⁷, en razón a que, por el *mal* realizado en el delito se paga o retribuye con otro *mal*, incluso mucho peor, pues no sólo es un mal para el sancionado que la padece de manera inmediata, sino un mal mediato para toda la sociedad a la cual trae, el ya repetido hacinamiento y sus nefastas consecuencias y un individuo que, al regresar a ella, resulta un “antisocial irrecuperable”. La cárcel punitiva por esa “desproporcionada” medida puede producir un mal mayor que el que produjo el propio delito por el cual se impone.

Las investigaciones empíricas alegada por los distintos autores citados, revelan que la privación de libertad superior a quince años resulta desocializadora, pero no explica ni podrán explicar el *por qué*. La respuesta a esa interrogante no podemos buscarla en la *experimentación* sino en el análisis de la *experiencia*, en comprender la esencia del hombre como “ser social”⁸⁸ a partir de la cual se explica cómo el hombre en su “actividad práctica” transforma la realidad (contenido de su conciencia) y a su vez su propia conciencia, con lo cual, una vez que el hombre es “segregado” por un período tan prolongado de la “sociedad” y de la “actividad práctica en, y, a través, de esa sociedad” en la cual conforma su conciencia, el

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. p 414.

⁸⁵ Larrauri, Elena. Op. Cit. 57 “Por último, entre los mecanismos despenalizadores no debiera cesar la crítica a las penas feudales y extremas presentes en el Código penal español.

⁸⁶ Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 200 “ La creación de «cárceles de máxima seguridad» ha significado, por lo menos para un sector de la instituciones carcelarias, la renuncia explícita a objetivos de resocialización y la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: la de depósito de individuos aislados y neutralizados del resto de la sociedad.”; Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. p 412 – 413,

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. p 412 “Inevitablemente ha conservado muchos elementos de aflicción física, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales sólo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena.”

⁸⁸ Engels, Federico. El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre. Obras escogidas en tres tomos. T. III. Moscú, Editorial Progreso, 1974, p 66 y ss. Ver además Tesis sobre Feuerbach; en estas obras los clásicos del marxismo interpretan la experiencia y explican con particular claridad la naturaleza social del hombre y su conciencia.

resultado no puede ser otro que un hombre que *no es parte*, en razón a ello *no se ajusta*, y resulta así *contrario* a esa “sociedad” a la que se pretende “reinsertar”. No es necesario experimentar en un hombre o en un grupo de hombres, si a los quince o a los diecisiete años de internamiento en prisión se transformó en un individuo irrecuperable para el medio social, es suficiente conocer la *esencial social del hombre* (cualidad que brinda la experiencia y no un experimento) para saber que una supresión tan prolongada del medio social produce tal resultado. Una pena superior a quince años de privación de libertad resultará entonces una “pena larga”, en razón a que rebasa la medida posible de resocialización.

La pena no puede funcionar con un alto costo al delincuente en la medida de la pena, ello la hace ilegítima, como plantea Sergio García Ramírez, mirado el Derecho penal desde fuera, es el medio que protege los bienes más importantes de una sociedad determinada, pero a la vez, con su pena restringe esos que antes defiende⁸⁹; resulta pues que no deben desbalancearse unos y otros, suprimir un bien de mayor valor y en una magnitud o intensidad absolutamente desproporcional al bien protegido con la pena, como puede ser imponer una prisión perpetua que significa una muerte en vida del sancionado, por un delito contra el patrimonio de valor muy inferior a la vida humana y la libertad⁹⁰. La llamada “alarma social” nunca ha de ser en sí un bien a proteger, la respuesta a ese problema la experiencia social la ha dado, es la inevitabilidad de la sanción no su severidad.

Es pues la proporcionalidad de la pena el primer objeto de reparación en el uso de la privación de libertad, primero: relegándola a la última de las penas a imponer, debe ser “destrozada” de su reinado y en su lugar colocar las que hoy le subsidian, quedando reservada, únicamente y especialmente, para proteger aquellos bienes jurídicos más importantes de las agresiones más graves, lo cual reduciría la entrada de personas a la cárcel y, segundo, acortando su medida por debajo de los quince años, límite máximo donde la experiencia práctica afirma que se convierte en una pena “desocializadora”, ajuste que le hará ganar en racionalidad y con ello legitimidad; tal precisión impediría, por una parte, la objetiva desocialización del interno –estaría así apta a la prevención–, y, por otra, la congestión por la prolonga estancia de los sancionados.

Una vez descongestionadas las cárceles es que puede pensarse en, qué hacer con el interno, en el estado actual de hacinamiento se puede tener como único objetivo: evitar las peleas internas, los delitos frecuentes en el ámbito enrarecido o las fugas, entre otras conductas antisociales, con la consecuente reproducción del delito en forma más desarrollada, preparada, óptima para burlar cualquier intento de los órganos de investigación. Es la impunidad una de las fuente principales del estímulo al delito, es la cárcel enrarecida una indiscutible fuente de generación de hombres, medios y recursos para perpetuar esa impunidad.

Desde el punto de vista preventivo, entre otras, lo que legitima la privación de libertad es la resocialización del sancionado, al respecto refiere Sergio García Ramírez lo siguiente: “De

⁸⁹ García Ramírez, Sergio Crimen y prisión en el nuevo milenio. “Si el sistema penal, visto desde cierta perspectiva, se acredita como protector de los bienes más encumbrados: la vida, la integridad, la libertad, la honra, el patrimonio, también es, contemplado desde otro ángulo, el repertorio de los medios que minuciosamente cancelan la vida, la integridad, la libertad, la honra y el patrimonio. La descripción típica sirve para lo primero; el repertorio de las penas se destina a lo segundo”

⁹⁰ *Ibíd.* “Hay que recordarlo cada vez que se pretende, so pretexto de alarma social, alterar la lógica del sistema de las penas y rehuir la regla que aconseja regularlas en función del bien jurídico afectado, del daño causado y del peligro corrido. En ocasiones se pone el patrimonio por delante de la vida.”

hecho, la readaptación ha sido proyecto y legitimación de la cárcel, que de lo contrario sólo operaría como hecho mecánico de castigo, contención o apaciguamiento”⁹¹, evidentemente hablar de readaptación, en el estado actual de hacinamiento es pura utopía, pero prescindir de ella o aceptar pasivamente su crisis lleva a legitimar el discurso hegemónico preconizado por el funcionalismo, para el cual: si el individuo es irrecuperable, para qué preocuparse por él, no importa lo que le ocurra, lo que importa es la estabilidad de la sociedad, como seguidamente argumenta el antes mencionado autor tomando como referencia a Zaffaroni al señalar: “Sin embargo, éste reconoce también la utilidad quizás residual del discurso readaptador: si no lo mantuviésemos vigente caeríamos en el vacío, o puesto en sus propios términos, sobrevendría «una práctica genocida que se cubriría ideológicamente con el fracaso de (la readaptación)»”⁹² de hecho, hay autores que plantean que, frente a la crisis de la resocialización, se produjo un incremento de sanciones de privación de libertad en los países anglosajones⁹³, o, en otros, la crisis, el estado de deshumanización de la cárcel, es empleado como medio disuasivo del delito a través de la cárcel⁹⁴

Antes de continuar con el análisis de la *resocialización* debe enfatizarse que ella legitima a la cárcel, pero no todo tipo de pena, pues de hecho las hay que no presuponen ésta, como es el caso de la multa, lo que justamente afirma Elena Larrauri cuando refiere “Fue Bottoms quien en mi opinión tempranamente señaló el desaguado que suponía calificar a todas las alternativas a la cárcel como de incrementar el poder disciplinario. De acuerdo a este autor existían medidas que o bien no conllevaban una transformación técnica del individuo o que ni siquiera prevenían una supervisión penal –por ejemplo las multas”⁹⁵.

La resocialización no fue siempre el fin de la cárcel punitiva, tal propósito lo adquiere en su desarrollo. Inicialmente su objetivo fue esencialmente expiatorio o vindicativo y económico⁹⁶ es con el advenimiento del Positivismo que, trasladada a las ciencias sociales el para-

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ídem.*

⁹³ Larrauri, Elena. *Op. Cit.* p 52 cita 9 La revitalización de una política penal basada en la pena justa (“just desserts”) -proporcional y determinada- tras la demolición del ideal resocializador en el mundo anglosajón, parece haber producido el efecto de incrementar las condenas de cárcel en vez de reducirla (Carlen, 1989, Matthews 1989)

⁹⁴ Sistema carcelario argentino “El discurso larvado o encubierto sigue no sólo latente sino, que hasta podría afirmarse que la función no declarada de este segmento del control social encuentra un mecanismo reproductor en su admitida crisis, ya que se genera una epistemología del terror con una bien dirigida publicidad del deterioro carcelario, de las reales condiciones infrahumanas en que se debaten nuestras cárceles, cuya muestra al gran público produce el impacto traumatizante del miedo”.

⁹⁵ Larrauri, Elena. *Op. Cit.* p 54.

⁹⁶ Sistema carcelario argentino “La historiografía de la pena privativa de libertad puede dividirse en tres grandes períodos, a) Período de la cárcel como guarda: Desde el principio de la civilización hasta el siglo XVIII. b) Período de la cárcel como expiación y trabajos forzados a favor del Estado: Desde el siglo XVIII y hasta principios del siglo XIX”. Rusche, Georg - Kirchheimer, Otto. *Op. Cit.* p 24 y ss “Hacia finales del siglo XVI, los medios punitivos comenzaron a sufrir lentos pero profundos cambios con el creciente interés que recibía la posibilidad de explotación de mano de obra de los sometidos a penas de prisión.” Neuman, Elías. *Op. Cit.* p 37 y ss. “En la promoción y evolución penológica de este instituto adviértase dos hechos que son esenciales y denominador común a) un sentimiento vindicativo ligado a otro utilitario, y b) tal evolución es ajena a los progresos científicos operados en la penología”.

digma de las ciencias naturales, el delito asume el papel de la enfermedad y la cárcel el del tratamiento e aquí el inicio del “fin resocializador de la cárcel punitiva”⁹⁷.

El eje central sobre el que gira este fin resocializador es el denominado: “sistema progresivo”, al respecto refiere Iñaki Rivera “Así, ya avanzado el siglo XIX, se puso en funcionamiento un nuevo sistema penitenciario: el «progresivo» consistente en la posibilidad del recluso de mejorar su situación penitenciaria (e incluso) obtener anticipadamente su libertad (condicional) si su conducta era juzgada favorablemente por las autoridades penitenciarias. Es precisamente en este momento, cuando nace otra función que se atribuirá a la cárcel: la resocialización.”⁹⁸

La esencia del sistema progresivo –aún cuando ha estado asociado a distintos métodos terapéuticos⁹⁹– está dada en que ofrece al sancionado la posibilidad de que extinga su pena antes de lo establecido por sentencia, para lo cual debe alcanzar determinados méritos que llevan a estímulos y a su vez acortan la estancia en prisión o en caso de oponerse a la disciplina se le imponen castigos que restringen aún más su estado de *no libertad* y a su vez extienden su tiempo en prisión¹⁰⁰. Este sistema progresivo parte de una clasificación del individuo sobre su personalidad y/o peligrosidad social en razón de la cual es encasillado en distintos regímenes que determinan el curso de su estancia en la cárcel¹⁰¹

⁹⁷ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 19. “El desarrollo del positivismo criminológico, al querer adoptar para las ciencias sociales los métodos propios de las ciencias naturales, propiciará el nacimiento de un saber científico en torno a la resocialización de los reclusos.”; Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 211 “El tratamiento penitenciario tiene sus antecedentes menos remotos en los sistemas progresivos puestos en marcha en la segunda mitad del siglo XIX...” Pavarini, Massimo Op. Cit. p 33 y ss.; Scheerer, Sebastián.. El delincuente como una marchita categoría de conocimiento. En Secuestros institucionales y derechos humanos. Barcelona: Editorial Bosch 1996 p 51 y ss.

⁹⁸ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 19. Ver además Ramírez Delgado, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. México D.F., Editorial Porrúa, 1995. p 103 a la 113; Scheerer, Sebastián. Op. Cit. p 53. Neuman, Elías. Op. Cit. p 95 y ss. Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. p 121 y ss.

⁹⁹ Ver Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 30 – 33.

¹⁰⁰ Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. 124 y 128 “El tiempo de condena impuesto por la autoridad judicial es la meta simbólica del final de la sanción que determinará el objetivo omnipresente y la obsesión irrenunciable del recluso (...) Así, los llamados grados de clasificación y los beneficios penitenciarios suponen para el preso recompensas que inciden directamente en la reducción del tiempo de estancia en prisión (retribución) y en contraposición, las sanciones disciplinarias (traslado, la privación de comunicación, de destinos, de aislamiento en celdas de castigo, régimen cerrado...) implican para el preso un alargamiento del tiempo de condena y un plus de penosidad (castigo)” Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 22 y 24 “El tercer instrumento destinado también a esta vigilancia que, como se ha dicho, apenas se esboza en esta época (pues será característico de tiempos venideros), está representado por la posibilidad de que el recluso mejore su situación, o acorte su condena mediante una evaluación que se efectúa de su comportamiento en el interior de la institución. (...) El premio y el castigo son los puntos cardinales en descansa y sobre los que gira el régimen penitenciario...”

¹⁰¹ Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. p 125 y 128 “El sistema de dominación, en base al cual se administra el tiempo de duración de la pena, se articula mediante grados de clasificación y tratamiento (...) Sobre los criterios para las clasificaciones, un dato importante a destacar es la prioridad que se establece para clasificar y aplicar determinados beneficios (...) la capacidad de adaptación al régimen interior de la prisión observada durante el tiempo que ha permanecido como preventivo o penado; la duración de la pena impuesta, y el tipo de delito...”; Ramírez Delgado, Juan Manuel. Op. Cit. p 112 – 115 “Al respecto y para mejor entendimiento de esa progresividad, es conveniente transcribir el contenido del artículo 7º de la Ley de Norma Mínimas que textualmente señala: «El régimen penitenciario tendrá el carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en

En cuanto a las bondades o defectos del sistema no existe consenso por ejemplo, a favor de él, plantea Juan Manuel Ramírez Delgado “El régimen progresivo deja al olvido la idea común de la cárcel como sinónimo de casa de depósito y podredumbre humana superando totalmente aquél sistema implantado por los cuáqueros y conocido como «sistema celular», sistema antisocializador e inhumano (...) Ahora la reclusión se transforma en un período gradual y eficaz de reintegración del hombre a la sociedad que primero lo aisló y ahora reclama su regreso a la misma”¹⁰² es cierto convertir a la cárcel en un almacén de hombres es prácticamente someterlos a un suplicio, deteriorante que envilece su personalidad.

Si embargo, en su contra, otros autores plantean que el resultado real del método progresivo actual no es la resocialización del sancionado sino:

1. El sometimiento, la domesticación carcelaria, la imposición de una disciplina que permita funcionar la institución sin interesar la reinserción social, pues de hecho no prepara al interno para sociedad sino para la cárcel¹⁰³.
2. Destruye los valores de la sociedad, desarrollando en su lugar antivalores, que en realidad pueden promover más la comisión de delitos que su prevención¹⁰⁴.
3. Conforman la llamada doble moral al obligar a una llamada “representación teatral”¹⁰⁵.

fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional”. Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. “En segundo lugar, la conjunción del sistema «premio» con el «progresivo», que se basa en un juicio relativo a la personalidad y/o peligrosidad del recluso.”

¹⁰² Ramírez Delgado, Juan Manuel. Op. Cit. p 112

¹⁰³ Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. p 125, 128 y 131 “Ahora bien, el objetivo prioritario no reconocido formalmente, de este mecanismo es mantener el equilibrio regimental del propio sistema penitenciario y no resocializar al preso (...) Desde este supuesto, a lo que más pueden aspirar las autoridades penitenciarias, es a llegar a convertir al recluso en alguien meramente no problemático para el propio orden carcelario. Este es el objetivo disciplinario del tratamiento penitenciario: organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector”; Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 33 “El sistema «progresivo» apoyado en el modelo punitivo/premio, continuó siendo la columna vertebral de cualquier intervención que pretendiera ser terapéutica (...) en ninguno de ellos se alteró substancialmente aquel sistema idóneo para el gobierno de la cárcel”; Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 208, 209 y 210 “La privación de libertad multiplica sus efectos y funciones disciplinarias si a ella se suma el chantaje institucional a través de las medidas atenuadoras distribuidas entre los internos en base a criterios resocializadores. Esos elementos de carácter reeducador en teoría, se utilizan como recursos organizativos para la gestión del conflicto en la institución penitenciaria.(...) La utilización de los «permisos» por parte de la dirección de la Administración Penitenciaria como elemento de gestión del orden interior y como recurso organizativo que permite una práctica premial de dudosos efectos reeducadores, se corrobora por las palabras de nuestros entrevistados: «Los permisos sirven para mantener la paz, y la evolución vital y psicológica del interno» (...) En nuestra investigación encontramos que no sólo el tratamiento no es prioritariamente reeducativo, sino que también tras las tareas clasificatorias se detectan finalidades de gestión no declaradas como el mantenimiento de la disciplina, del orden, y de la seguridad. «El programa de clasificación interior es un facilitador de la convivencia y lo apreciamos como una herramienta que colabora en la gobernabilidad de la institución»

¹⁰⁴ Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. p 131. “ Así pues, el tratamiento que se aplica a los presos, esta presidido por principios conductistas y retribucionista que inculcan en el preso, por una parte, un claro concepto de adaptación social fundamentado en valores insolidarios, autoritarios y domesticadores, necesarios para mantener el orden y la disciplina en el sistema carcelario; y, por otra, una actividad incisiva y penetrante durante el tiempo que dura la reclusión que provoca efectos desocializadores, y que contribuyen a reproducir las condiciones psicológicas y sociales que incitan al delito.”

¹⁰⁵ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 33 “...es necesario citar los trabajos que Goffman dedicó al análisis de los institutos psiquiátricos y penitenciarios (1959, 1961 y 1963) Este autor profundizó, entre otros aspectos,

Antes de tomar partido creo que debemos recordar algo que Hegel planteó en cuanto a la voluntad del individuo: “Como ser viviente, el hombre puede ser sojuzgado; es decir, que su lado físico, por lo tanto exterior, puede estar reducido al poder de otros. Pero la voluntad no puede, en sí y para sí, ser violentada, sino solamente en tanto no se retrae de la exterioridad en la cual está unida estrechamente, o de su representación. Sólo quien se quiere dejar violentar, puede de algún modo ser violentado.”¹⁰⁶

Desarrollando esta línea hegeliana Marx y Engels definieron que lo que determina la conducta del individuo son sus necesidades que se conforman en su propia actividad práctica¹⁰⁷, con lo cual, para modificar la determinación interna del actuar humano no vale la violencia, la coerción, la imposición sino la modificación de su actividad práctica; modificar por la fuerza el actuar en el individuo genera precisamente lo contrario lo que se ha dado en llamar *doble moral*¹⁰⁸. En consecuencia, la cárcel no ha de ser, ni un “almacén” de individuos en el cual se reproducen los medios y condiciones que le llevaron al crimen, ni tampoco un laboratorio para la “transformación” de su personalidad.

En tal sentido hoy se argumenta, y este es el criterio que asumimos, que el tratamiento penitenciario no debe ser una imposición de un cambio sino una “facilitación” de: medios, conocimientos, y otras posibilidades para que el sancionado “libremente” decida cambiar sin imponérselo. No se trata, pues, de “disciplinar” para hacer fácil el gobierno de la prisión, sino de “facilitar” el cambio para la vida en sociedad, al respecto refiere Sergio García Ramírez: “Primero, la readaptación o reeducación o rehabilitación –o lo que se quiera, sinónimo de aquello–, acerca de la cual persiste una gran diversidad de conceptos, con sus correspondientes implicaciones sobre el régimen penitenciario, no es “conversión”, “manipulación”, “alteración” –en el sentido preciso, orteguiano, de la palabra: hacer de uno, otro–, sino dotación de medios para el ejercicio responsable de la libertad”¹⁰⁹. Por su parte M. Cobo del Rosal afirma: “En consecuencia, los objetivos resocializadores solamente podrán perseguirse en el marco del más exquisito respeto a la libre voluntad del sujeto y al libre desarrollo de su personalidad”¹¹⁰ por último queremos citar a Cesar Manzano Bilbao quien se vale en su argumentación de las Reglas Europeas y afirma: “Las Reglas Europeas formulan los principios que han de regir el tratamiento a los reclusos. En este sentido se manifiesta el Consejo de Europa cuando afirma que *«los objetivos del tratamiento de los internos deben ser su salud y salvaguardar su dignidad y, en la medida que la duración de la pena*

en el proceso de desestructuración de la personalidad que padecen los internados en semejantes establecimientos. Dos párrafos de Goffman pueden ser útiles para corroborar lo que acaba de señalarse. El primero se refiere a lo que él denominaba la «representación teatral»...”

¹⁰⁶ G.W.F Hegel. Op. Cit. p 103 párrafo 91.

¹⁰⁷ Engels, Federico. Tesis sobre Feuerbach. p. 7 – 8; Fabelo Corzo, José Ramón. Op. Cit. p 83 – 84 “La relación práctica del hombre con el mundo que le rodea posee en su base determinada *necesidad*, las cuales constituyen el principal motor propulsor de la actividad humana. El hombre siempre actúa en correspondencia con unas u otras necesidades (y cita a Marx) «Nadie puede hacer algo sin hacerlo, al mismo tiempo, en aras de una de sus necesidades y del órgano de esta necesidad...»”

¹⁰⁸ García Batista; Gilberto. “¿Por qué la formación de valores es también un problema pedagógico?”. La formación de valores en las nuevas generaciones. Editorial Ciencias Sociales, La Habana 1996 y Fabelo Corzo, José Ramón. Las crisis de valores: conocimiento, causas y estrategia de superación. En La Formación de Valores en las nuevas generaciones La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1996.

¹⁰⁹ García Ramírez, Sergio. Crimen y prisión en el nuevo milenio.

¹¹⁰ Cobo del Rosal, Manuel – Vives Antón, Tomás S. Op. Cit. p 679.

lo permita, desarrollar su sentido de responsabilidad y dotarles de competencias que les ayudaran a reintegrarse en la sociedad, vivir en la legalidad y subvertir a sus propias necesidades después de su salida de la prisión»¹¹¹

Se debe entonces concluir que el objetivo de la resocialización, primero, no debe ser un *objetivo* a cubrir con la *medida* de la *pena* privativa de libertad como lo establecía la concepción de la Defensa Social, es decir “una pena más larga” para aquel que “en razón de su peligrosidad social necesita una pena de mayor duración” la *medida* de la pena lo otorga la *proporcionalidad* al *bien jurídico* y la *culpabilidad* y la prevención especial funciona como un límite que no debe vencerse, es decir la pena en su medida no puede comprometer “la posibilidad de resocialización”, segundo, la *finalidad* de las penas de cárcel, *no debe ser el tratamiento de la personalidad* del delincuente, esto es, el cambio o modificación obligatoria (como objetivo directo de la pena), con el empleo de la fuerza o la coerción, la imposición de una nueva conciencia, de un nuevo sistema de valores, al sancionado, *sino garantizar y promocionar las condiciones objetivas* (de superación, de salud, de trabajo, de cultura entre otras) que le permitan una “práctica social” donde “forme valores” consecuentes con la sociedad a la que regresará para su posterior reintegración. En palabras del propio Manzano Bilbao “A nuestro juicio, se trata de resocializar las estructuras carcelarias”¹¹²

Por otra parte, para emplear el denominado método “progresivo” el órgano jurisdiccional viene obligado a fijar solamente una pena máxima o un límite máximo de tiempo el cual es “adecuado” o realmente “individualizado” por la administración. El empleo de este “método” a llevado a algunos autores a denominar a la privación de libertad como una “pena en blanco”¹¹³, o sea, una pena donde se fijan por el órgano jurisdiccional, únicamente, parámetros generales, pero la verdadera restricción de bienes (contenido) y la magnitud (medida) en que ellos se limitan, queda en manos de quien hace cumplir o ejecutar la pena, con lo cual queda en dudas el principio de legalidad.

Como se explicó en el primer Capítulo, la pena está determinada en su medida por la proporcionalidad: a la culpabilidad, al bien jurídico y a la lesión a este ocasionada y por último a la prevención; al situarse la culpabilidad en la participación subjetiva del individuo en el hecho aislado, separando en su valoración todo lo que tenga que ver con los “antecedentes de la personalidad” del transgresor, nos estamos apartando del tenebroso *Derecho penal de autor*, versión moralizante, donde se sanciona a la persona por lo que “es” y no por lo que “hizo”, pero de igual forma al colocarse en el hecho aislado pasado, rompe también con la “indeterminada y subjetiva *peligrosidad*” propia de las medidas de seguridad, es así un baremo indiscutible de un Derecho penal garantista, sin embargo en razón del “método progresivo” al ejecutarse la privación de libertad todo esto se pierde, se destruye, pues, como justamente advierte Iñaki Rivera: “...quien verdaderamente individualiza la pena, no es la

¹¹¹ Manzano Bilbao, Cesar. Op Cit. p 124.

¹¹² *Ibíd.* p 138.

¹¹³ Adelantado Gimeno, José Op. Cit. p 204 “H. Asensio (1987: 139–140) ilustra el núcleo del problema en el siguiente pasaje: «Los Jueces y Tribunales, a partir de la imposición de la sentencia se desentendían del sujeto condenado. Era la administración penitenciaria la que podía determinar que la pena tuviese mayor o menor duración (...) Lo que, por razones evidentes, constituía una escasa garantía. Por ello no se podía entregar a la Administración «penas en blanco» para que ella decidiera la duración de las mismas y las condiciones de ejecución. Era necesario un efectivo control y un sistema a través del cual se garantizara el principio de legalidad” ver además Manzanares, José Luís El vaciado de las penas <http://www.estrelladigital.es/021030/articulos/opi/manzanares.asp> 26/06/04 1.00 p.m.

Jurisdicción sino la Administración, basándose para ello en esos juicios sobre la personalidad y/o peligrosidad de los reclusos”¹¹⁴. Entonces la sanción real, la que cumple verdaderamente el sancionado, está, ahora, determinada o medida por su personalidad, que es *derecho penal de autor*, y por la *posible peligrosidad* que para la sociedad represente, una suerte de medida de seguridad. Se produce así una especie de “desnaturalización” de la pena.

Una es la privación de libertad que impone el órgano jurisdiccional y en muchas ocasiones, otras los bienes que -en razón de la clasificación y comportamiento- realmente se les restrinja en la cárcel, una suerte de dos tipos de sanción, como refiere Cesar Manzano Bilbao “La indeterminación del tiempo, dentro de la cuota máxima establecida por la autoridad judicial, es el fundamento de las estrategias de control carcelario que consiguen establecer cuánto tiempo, y en qué condiciones, ha de permanecer el reo en la cárcel...”¹¹⁵ o sea que la duración real y las verdaderas limitaciones están determinadas por la administración, como más adelante ejemplifica este autor “Un comportamiento adaptado a la disciplina penitenciaria, genera modos de vida más blandos, más llevaderos y el tiempo transcurrirá menos penosamente mediante la aplicación de recompensas como acceso al trabajo o «destino» en la cárcel, a actividades educativas, recreativas (...) beneficios penitenciarios, como permisos de salida, reducción de condena (...) En cambio el comportamiento inadaptado trae consigo mayores dosis de exclusión si cabe -la cárcel dentro de la cárcel- mediante la aplicación de sanciones disciplinarias, la privación de ciertos tipos de comunicación (...) departamentos especiales de aislamiento...”¹¹⁶ de igual forma ejemplifica Iñaki Rivera “...supone añadir «otras penas» a las impuestas por el tribunal sentenciador. En efecto, este sólo ha privado de la «libertad» al recluso, no lo ha privado de su comida o de su cama. Es la cárcel quien le privara de ellas en función de su conducta: el tribunal le condenará a «una pena» y los funcionarios le condenarán a «otras».”¹¹⁷

La solución en este caso no puede ser otra que el “sometimiento” de la cárcel a la “ley” como atinadamente refiere Sergio García Ramírez “En fin de cuentas, la prisión transformada debe instalarse sobre tres conceptos, que concilian la privación de libertad, sus fines admisibles y el imperio de la legitimidad, que se cifra en la preservación de los derechos humanos (...)el ámbito de las prisiones, constituido para el ejercicio de una autoridad tan irresistible como minuciosa, tan providencial como caprichosa, debe plegarse a la legalidad que campea en el conjunto del sistema penal. La legalidad ha llegado tarde al claroscuro de las prisiones, pero ha llegado al fin.”¹¹⁸

¹¹⁴ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 28. Veamos por ejemplo el comentario de Manzanares, José Luís Op. Cit. “La clasificación de los penados en aras del tratamiento resocializador termina con el tercer grado y la libertad condicional, sirviendo aquél de pórtico para esta última. Ahora bien, la libertad condicional se concede por el juez de Vigilancia y requiere el previo cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena (o excepcionalmente de sus dos terceras), pero la concesión del tercer grado es competencia de la Administración Penitenciaria y no está sujeta a plazo alguno. Un tercer grado que ha ido vaciándose de contenido hasta reducirse a la pernocta en la prisión -como si resocializara más el sueño en la celda que en el hogar familiar- o, según se dice, a firmar de vez en cuando en el establecimiento donde teóricamente se sigue cumpliendo la pena. Luego la permisividad de la ley se completa con la interpretación personal sobre el valor que merezcan los pronósticos resocializadores”.

¹¹⁵ Manzano Bilbao, Cesar. Op. Cit. p 124.

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. p 28

¹¹⁸ García Ramírez, Sergio Crimen y Prisión en el nuevo milenio.

Se tiene que, la resocialización es y debe continuar siendo, entre otras, la fuente de legitimación de la privación de libertad, olvidarla, perderla o negarla, como antes hemos comentado, ha traído en la práctica más problemas que soluciones, entre los peores está la legitimación de concepciones funcionalistas¹¹⁹ de derecho penal máximo; pero debe entenderse que resocialización no es sinónimo de sometimiento carcelario, de domesticación o institucionalización del individuo, sino, todo lo contrario, es “facilitación” de la condiciones para una “práctica” que permita la “formación de valores” y así el cambio. La privación de libertad debe estar “apta” en su proporción para la resocialización, debe facilitar en la ejecución esa resocialización, pero no puede ser su “objetivo” modificar o mejorar al sancionado, pues esa no es una labor propia de la coerción o imposición sino de la “práctica social”.

En aras de la eficacia de un “método de tratamiento” no puede comprometerse la naturaleza de la pena, en tal sentido si resocialización es facilitación para el cambio no puede llevar a una “pena en blanco” cuyo verdadero contenido y medida de la restricción quede en manos de la administración; el principio de legalidad rige tanto en la imposición como en la ejecución de la pena, así como el contenido y medida de la pena están determinado por el bien jurídico y la culpabilidad en el hecho aislado no pueden ser desnaturalizado o sustituidos en la ejecución, esta debe estar sometida a una ley donde se mantenga inalterados el contenido y medida de la pena en razón de la *proporción*.

VII. CONCLUSIONES:

1. Pena es la *sanción* en la norma penal, lo cual es consecuencia, no sólo de su disposición legal, sino además y fundamentalmente, de su imposición certera y pronta por el sistema penal. Su contenido es una restricción de bienes al sancionado, proporcional, en tal contenido y en la medida que estos se restringen: al bien jurídico, a la culpabilidad y a la prevención. Por lo antes expuesto la pena, en su contenido y medida, no puede variar por el incremento que pueda tener una conducta prohibida en un momento histórico determinado, en razón a que la inhibición a ella es propio del Derecho como sistema, como el *todo* y no de las *partes* independientemente.
2. Si bien la pena es un fenómeno necesario para la sociedad dividida en clases, sus diversas manifestaciones fenoménicas como: *tipos de penas*, por el contrario, se corresponden con los distintos momentos particulares del desarrollo de esa sociedad clasista, los que, al cambiar, llevan a su modificación o sustitución por otro tipo de pena. La cárcel punitiva es, precisamente, *un tipo de pena* que data de un período histórico situado entre los siglos XVI y XVIII, fruto de las condiciones propias de esa época que hoy han cambiado, suscitando así nuevos *tipos de penas* más consecuente con el momento histórico que se vive hoy. Por otra parte, la crisis, propia del sistema penal, se manifiesta en ella con una singular agudeza, acarreado más que la prevención del delito su reproducción; en esas condiciones resulta un tipo de pena *injustificada* o *ilegítima* en razón a ello se debe modificar o sustituir por otras.
3. La solución a la crisis actual es un problema *fundamentalmente* del Derecho como *el todo* al que compete el fin preventivo, la cual debe buscarse teniendo como punto de

¹¹⁹ Ver la fundamentación de Pérez Manzano, Mercedes a las nuevas Teorías de la Prevención General Positiva en Op. Cit. p 14 “En segundo lugar, y en relación con lo anterior, este proceso se caracteriza por la búsqueda de fundamentos del Derecho penal alternativo a los tradicionales (...) la crisis del pensamiento resocializador, las antinomias de los fines de la pena. Las teorías de la prevención positiva intentan solucionar la cuestión alegando la eficacia preventiva de la pena...”

partida el principio de Derecho penal mínimo; no obstante, desde la pena debe abordarse el fenómeno en la propia concepción del sistema de penas, primero, trasladando a la privación de libertad, de la primera, a la última las opciones posibles, en razón a que, después de la pena de muerte es el medio coactivo más severo con que cuentan la mayoría de los sistemas penales, reservándola, únicamente, para aquellos delitos más graves a los que resulte proporcionalmente adecuada, dejando en su lugar aquellos *tipos de penas* que limitan la libertad del individuo y no acarrear el efecto del medio carcelario, segundo, reduciendo el tiempo de internamiento para evitar los efectos desocializadores de las penas de larga duración (aquellas que rebasan los quince años), más el consecuente efecto de hacinamiento, y tercero, la resocialización es la forma en que se expresa el fin preventivo en la pena privativa de libertad, es así un elemento esencial en su *legitimación*, pero ella no es un objetivo a alcanzar sino un límite a no rebasar, es decir la pena en su medida no puede impedir la socialización que consiste en una *facilitación* del cambio, propio de la *actividad práctica* en el medio interno, y no una imposición por la coacción.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Adelantado Gimeno, José. De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña. / José Adelantado Gimeno. Anuario de Derecho penal y Ciencia penales, Tomo XLVI Fascículo I enero-abril Madrid Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.
- Álvarez Licon, Nelson E. Las Islas Marías y la Subcultura Carcelaria Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXI Número 91 Enero-Abril 1998. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consulta: 26/06/04 2.00 p.m.]
- Alvira Martín, F. El efecto disuasor de la pena. / F. Alvira Martín. Revista de Estudios Penales y Criminológicos. – VII: 11-24, 1984.
- Arteaga Sánchez, Alberto. Derecho Penal Venezolano. Parte General. / Alberto Arteaga Sánchez, – Caracas: Editorial. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Bailone, Matías. Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo. Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Octubre de 2003, Córdoba, Argentina <http://www.carlosparma.com.ar/abolicionismo.htm> [Consulta: 27/06/04 5.30]
- Baquero Vernier, Ulises. Derecho Penal General. T II / Ulises Baquero Vernier. – Santiago de Cuba: Universidad de Oriente. Facultad de Derecho. Ediciones Enspes, 1985.
- Baratta, A. Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. / A. Baratta. Revista de sociología. (3) Universidad Autónoma de Barcelona, 1980,
- Bellatti, Carlos Alberto. Acción y resultado en el injusto en la Dogmática Penal Alemana <http://noticias.juridicas.com/areas/55Derecho%20Penal/10Art%EDculos/2003102855157910322791.html> [Consulta: 27/06/04 2.00 p.m.]

- Bergalli, Roberto. Control Social Punitivo (Presentación). / Roberto Bergalli – Barcelona: Editorial María Jesús Bosch, SL, 1996.
- Bergalli, Roberto. La Caída de los mitos. / Roberto Bergalli. – p. p 45 – 50. – En Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. / Roberto Bergalli. – Barcelona: Editorial Bosch, 1996.
- Beristain, Antonio. La pena – retribución y las actuales concepciones criminológicas. / Antonio Beristain. – Buenos Aires: Editorial Depalma, 1982.
- Bombini, Gabriel. Balance y perspectivas de la ejecución de la pena privativa de la libertad en la Provincia de Buenos Aires <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/bombini.htm> [Consulta: 26/06/04. 3.00 p.m...]
- Bonesana, Cesare. De los Delitos y las Penas. / Cesare Bonesana. [s.l.]Editorial del diario El Sol, 1991
- Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General. / Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazábal Malareé – Barcelona: Editorial PPU, S.A., 1994.
- Cañizares Fernando Diego. Teoría del Estado. / Fernando Diego Cañizares – Guantánamo: Editorial Poligráfico Juan Marinello, 1979.
- Carrara, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal Tomo I y II. / Francisco Carrara. – San José: Editorial Tipografía Nacional, 1889.
- Cesano, José Daniel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología No 03–05 (2001) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html [Consulta: 29/03/04 12.30 p.m...].
- Cid Moliné, José. Penas Alternativas a la prisión / José Cid Moliné, Elena Larrauri Pijoan. – Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 1997.
- Cobo del Rosal, Manuel. Derecho Penal Parte General. / Manuel Cobo del Rosal, Tomás S. Vives Antón. – Valencia: Editorial Universidad de Valencia, 1984.
- De Quirós y Pérez, Constancio Bernaldo. Lecciones de derecho penitenciario. / Constancio Bernaldo de Quirós y Pérez. – [s. l.: s.n., s.a. -s. p.].
- Del Pont, Marco. Penología y sistemas carcelarios. / Marco del Pont. – Buenos Aires: Ediciones Depalma, T. I, 1982.
- Delgado Rosales, Francisco Javier. Corrupción Administrativa en Venezuela: Criminalización simbólica e impunidad. / Francisco Javier Delgado Rosales. Revista Pena y Estado año 1 número 1: 99–111. 1996.
- Díaz Aranda, Enrique. Penas sustitutivas, opción para combatir la sobre población en las cárceles / Enrique Díaz Aranda. Boletín UNAM-DGCS-903, 2001.
- Díez Ripollés, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXV Número 103 Enero - Abril 2002 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consulta: 26/06/04 2.00 p.m.]
- Díez Ripollés, José Luis. El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. [Consulta: 27/06/04 2.00 p.m.]

- Díez Ripollés, José Luis. La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm> [Consulta: 27/06/04 11.00 a.m.]
- Döllin Dieter. El Desarrollo de las Sanciones no Privativas de Libertad en el Derecho Alemán http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/dol97-98.htm [Consulta: 27/06/04 2.00 p.m.]
- Educación en valores en España, acta de seminario de la comisión española de la UNESCO, Cádiz 1991.
- El Sistema Penitenciario Guatemalteco <http://www.iccpg.org.gt/paginas/sistemapen.htm> [Consulta: 26/06/04 12.00 a.m.]
- Engels Federico. Anti Dühring / Federico Engels – La Habana: Editorial Pueblo y Educación 1977.
- Engels Federico. Carta a José Bloch. Obras escogidas en tres tomos/ Engels Federico. – Moscú: Editorial Progreso, T III, 1974.
- Engels, Federico. Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana Obras escogidas en tres tomos. T. III. . / Federico Engels Moscú, Editorial Progreso, 1974.
- Engels Federico. El origen de la familia la propiedad privada y el Estado. Obras escogidas en tres tomos / Federico Engels. – Moscú: Editorial Progreso, T III., 1974.
- Escalona Reguera, Juan. Una política consecuente en la prevención del delito y la justicia penal. / Juan Escalona Reguera. – La Habana, Editorial. Poligráfico del MININT, 1988.
- Fabelo Corso, José Ramón. Práctica Conocimiento y Valoración. / José Ramón Fabelo Corso. – Ciudad de la Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1989.
- Fabelo Corzo, José Ramón. Las crisis de valores: conocimiento, causas y estrategia de superación. / José Ramón Fabelo Corzo– En La Formación de Valores en las nuevas generaciones / José Ramón Fabelo Corzo. [et.al.] – La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1996.
- Fernández Buzzi, Juan Manuel y Lorat Martín, Daniel. La Culpabilidad por la Vulnerabilidad como medida de la pena, ¿o la crueldad estatal en su "justa" medida? <http://www.carlosparma.com.ar/juanmanuel.htm>. [Consulta: 26/06/04 12.00am.]
- Ferrajoli Luigi. Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura. / Luigi Ferrajoli. Revista Pena y Estado año 1 número 1: 113–128, 1996
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teorías del Garantismo Penal. / Luigi Ferrajoli. – Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Fronzizi, Risieri. ¿Que son los valores? Introducción a la axiología / Risieri Frondizi – México [s.n.] 1962.
- García Arán, Mercedes. Fundamento y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. / Mercedes García Arán. – Madrid: Editorial Aranzadi, 1997.
- García Batista, Gilberto. ¿Por qué la formación de valores es también un problema pedagógico? / Gilberto García Batista. – En La formación de valores en las nuevas gene-

- raciones. / Gilberto García Batista [et.al.], La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1996.
- García Ramírez, Sergio El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXII Número 95 Mayo - Agosto 1999 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consulta: 26/06/04 2.30 p.m.]
- García Ramírez, Sergio. Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXVI Número 107 Mayo–Agosto 2003 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consulta: 26/06/04 2.30 p.m...]
- García Ramírez, Sergio. Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art5.htm> [Consulta: 30/05/ 2004 1.00 p.m.]
- Gómez Cervantes, Raimundo. Educar es mejor que reprimir. / Raimundo Gómez Cervantes, Legalidad Socialista, 6 (38): 109-125, febrero, 1988.
- González Arencibia, Mario. La Crisis como concreción conceptual en los umbrales del siglo XXI. / Mario González Arencibia – En Filosofía y Sociedad. / Mario González Arencibia. [et.al.] – La Habana: Editorial Felix Varela, T. I, 2000.
- González Rey, Fernando. Los Valores y su Significación en el Desarrollo de la Persona. / Fernando González Rey. Revista Temas No 15: 4 – 10, 1998.
- González, Ramón Luis. El Concepto Material de Pena en la Dogmática y en la Política Criminal [s. l.: s. n., s. a. - s. p.].
- Grishaviev, P. I. Concepto y fines de la sanción. / P.I. Grishaiev, B. V. Zdravosmilov. Revista Divulgación Jurídica. 6 (38): 107- 125, 1988.
- Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro. El Código Penal de 1870. Concordado y comentado T II/ Alejandro Groizard y Gómez de la Serna. – Burgos, Editado en Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1872.
- Hegel, G.W.F. Filosofía del Derecho. / G.W.F. Hegel – Ciudad México. Editorial: Universidad Autónoma de México, 1985.
- Hernández Guijarro, José Julián. Derecho Penal II Edición / José Julián Hernández Guijarro, Luis Beneytes Merino. – Madrid: Ediciones Akal, S.A., 1986.
- Informe de país / México 1988 Comisión Interamericana de Derechos Humanos Organización de los Estados Americanos Capítulo III El Derecho a la Libertad Personal <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp/Capitulo-3.htm> [Consulta: 13/06/04 2.300 p.m.]
- Jakobs Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. / Günther Jakobs – Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1995.
- Jakobs Günther. El lado subjetivo del hecho <http://www.carlosparma.com.ar/jakobs.htm> [Consulta: 27/06/04 5.30]
- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. / Hans – Heinrich Jescheck. – Granada: Editorial Comares, cuarta edición, 1993.

- Jiménez Salinas y Calomer, Esther. Penas Privativas de Libertad y Alternativas. / Esther Jiménez Salinas y Calomer, Profesora Titular de Derecho Penal de España. [s. l.]: [s. n.], [s. a.]. - [s. p.].
- José Rodríguez Sáez El proyecto de Código penal. La plasmación de una política criminal del liberalismo y de un incremento punitivo carcelario. Revista Panóptico Primer número invierno de 1996
- Kant, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres. / Immanuel Kant. – Madrid: Editorial Tecnos, 1994.
- Karpets, I. I. La Sanción. Problemas sociales, jurídicos y criminológicos. El problema de la delincuencia. / I. I. Karpets. – Moscú, [s.n.] 1973.
- Kopnin, P. V. Lógica Dialéctica. / P. V Kopnin. – La Habana: Imprenta Universitaria Andre Voisin [s.a.]
- La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. [CD-ROM]. En: Cuadernos de Derecho Judicial, 1996. 1 CD-ROM.
- LA REINSERCIÓN. [CD-ROM]. En: Cuadernos de Derecho Judicial, 1996. 1 CD-ROM.
- Larrauri, Elena. Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm> [Consulta: 27/06/04 3.00 p.m.]
- Larrauri, Elena. Las Paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLIV, Fascículo 1, 45 – 63, enero–abril 1991.
- Lascano, Carlos J. La Cruzada de Ricardo Núñez Contra el Derecho Penal Autoritario <http://www.carlosparma.com.ar/nunez2003.htm> [Consulta: 27/06/04 5.30pm]
- Lemgrumber, Julita. Síntesis regional para América Latina de la Reforma Penal. Fecha de publicación 13 de julio de 1999. <http://www.penal.reform.org/francais/frset theme fr.htm>. [Consulta: 04 /04/2002.3.30pm.]
- Lenin V. I. El Estado y la Revolución. Obras escogidas en tres tomos / V. I Lenin. – Moscú: Editorial Progreso, T. II, 1960.
- Lenin V. I. Enseñanzas de la crisis. Obras escogidas en tres tomos / V. I Lenin. – Moscú: Editorial Progreso T.II, 1961.
- Lenin V. I. Golpea duro, pero no mates. Obras completas / V. I. Lenin – Moscú: Editorial Progreso T. IV [s.a.].
- León, Oscar Denis. El Fin de la Sanción Penal <http://www.carlosparma.com.ar/denisleon.doc> [Consulta: 27/06/04 5:45pm.]
- López Peregrín, Carmen. ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? Revista Española de Investigación Criminológica REIC AC-02-03 <http://www.criminologia.net> [Consulta: 27/06/04 5:50pm]
- Luzón Peña, Diego – Manuel. Prevención General, Sociedad y psicoanálisis / Diego – Manuel Luzón Peña. En Estudios Penales/ Diego – Manuel Luzón Peña [et.al] – Barcelona: Editorial PPU 1991.

- Manzanares, José Luis El vaciado de las penas <http://www.estrelladigital.es/021030/articulos/opi/manzanares.asp> [Consulta: 26/06/04 1.00 p.m.]
- Manzano Bilbao, Cesar. Reproducción de lo carcelario: El caso de las ideologías resocializadoras. / Cesar Manzano Bilbao. – En Tratamiento Penitenciario y Derechos fundamentales. / Cesar Manzano Bilbao [et al.]– Barcelona: Editorial Bosch, 1994.
- Martínez Aguilar, Venilda. El cumplimiento de la Legalidad en los Establecimientos Penitenciarios. / Venilda Martínez Aguilar – Ponencia presentada en el Seminario sobre Control de la Legalidad, La Habana, 3 a 6 de Noviembre de 1987.
- Marx Carlos. Contribución a la crítica de la Economía política. Obras escogidas en tres tomos. T I. / Carlos Marx. – Moscú: Editorial Progreso, T. I, 1974.
- Marx, Carlos. La fuerza de trabajo. Obras escogidas en tres tomos / Carlos Marx, Federico Engels. Moscú: Editorial Progreso, 1973, T II., p 532.
- Marx, Carlos. Tesis sobre Feuerbach. Obras escogidas en tres tomos / Marx, Carlos y Federico Engels – Moscú: Editorial Progreso, T. I, 1974.
- Marx, Carlos. Trabajo asalariado y capital. Obras escogidas en tres tomos. / Carlos Marx. – Moscú: Editorial Progreso 1974 T I
- Mecanismos para la Solución de la Crisis Penitenciaria. II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. Sexta Sesión Plenaria, Caracas, 4 al 6 de marzo de 1998 www.tsj.gov.ve/informacion/eventos/not0503.html [Consulta: 20/07/04 2.30 p.m.]
- Medidas Alternativas a la Pena de Reclusión. Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración Carpeta N° 849 de 2000 Repartido N° 457 Diciembre de 2000 <http://www.parlamento.gub.uy/Repartidos/Camara/D2000120457-00.htm> [Consulta: 22/7/2003 5.30]
- Mercedes Peláez Ferrusca. La Pena Privativa de Libertad en el Código Penal Español de 1995. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXII Número 96 Septiembre - Diciembre 1999 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> visitado 19/06/04
- Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal Tomo II. / Edmundo Mezger. – Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.
- Milanese Pablo. El Moderno Derecho Penal y la Quiebra del Principio de Intervención Mínima <http://www.derechopenalonline.com/febrero2004/milaneseintervencion.htm> [Consulta: 20/07/04 2.30 p.m.]
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. / Santiago Mir Puig. – Barcelona: Editorial Ariel. 1994.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General / Mir Puig, Santiago. – Barcelona: [s. n.], 4ta. Edición 1996.
- Molina Blázquez, María Concepción. La aplicación de la pena / María Concepción Molina Blázquez. – Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998.

- Montiel, Juan Pablo. ¿Hacia las postrimerías de un Derecho penal subsidiario? Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Octubre de 2003, Córdoba, Argentina. <http://www.carlosparma.com.ar/montiel.htm> [Consulta: 27/06/04 5.30 p.m.]
- Morillas Cueva, Lorenzo. Reflexiones Sobre el Derecho Penal del Futuro. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos RECPC 04-06 (2002) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf [Consulta: 27/06/04 2.00 p.m.]
- Morselli, Elio. Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. / Elio Morselli, Elio Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales Tomo XLVIII fascículo I, enero-abril 1995.
- Muñoz Conde Francisco. Introducción al Derecho Penal. / Francisco Muñoz Conde – Barcelona: Editorial Bosch, 1975.
- Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal y Control Social. / Francisco Muñoz Conde. Editorial Fundación Universitaria de Jerez, España, 1984.
- Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte General / Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. –Valencia: Editorial. Tirant lo Blanch, 1993.
- Namontche, Armando. Ponencia: Las sanciones alternativas en el contexto del desarrollo del pensamiento jurídico- penal contemporáneo. Consideraciones, Reflexiones y Recomendaciones. Congreso de Ciencias Penales, Palacio de las Convenciones. La Habana, 1994.
- Neuman, Elías. Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios. / Elías Neuman. –Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.
- Oliveira, Edmundo. Un sistema en entredicho. / Edmundo Oliveira. – Revista El Correo de la UNESCO: 4 – 6, junio de 1998.
- Ortiz Ortiz, Serafín. Los fines de la pena. / Serafín Ortiz Ortiz. – México: Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993.
- Paino, S.G. Cárcel hoy. Alternativa mañana: Un análisis para la comunidad de inserción. / S.G Paino. En Cuadernos de política criminal. No 55, 1995.
- Pavarini, Massimo. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. / Massimo Pavarini – México: Editorial Siglo XXI, 1983.
- Peláez Ferrusca, Mercedes. La Pena Privativa de Libertad en el Código Penal Español de 1995 Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXII Número 96 Septiembre - Diciembre 1999 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=88> [Consulta: 26/06/04 1.30 p.m.]
- Pérez Manzano, Mercedes. Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. / Mercedes Pérez Manzano. – Madrid: Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- Pinzon, Martha Lucia. El sistema carcelario de América Latina: una bomba de tiempo. <http://www.ilanud.org.cr/>. [Consulta: 16 /05/2002. 3.40 p.m.]
- Polaino Navarrete, Miguel. Estudios Penitenciarios. / Miguel Polaino Navarrete. – Córdoba: Editorial. Universidad de Córdoba, 1988.

- Portilla Contreras, Guillermo La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consulta: 26/06/04 2.30 p.m...]
- Publicaciones de las N.U. Resolución sobre reducción de la población penitenciara medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social capítulo I E-16 pág. 89.
- Quirós Pérez, Renén. Despenalización. / Renén Quirós Pérez. – Revista cubana de Derecho Número 27 Año XV: 23–37, abril–diciembre, 1986.
- Quirós Pérez, Renén. El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica. / Renén Quirós Pérez – Revista Jurídica, número 8 año III: 5 – 257 julio-septiembre, 1985.
- Quirós Pérez, Renén. La política penal en la etapa contemporánea de nuestro desarrollo social. . / Renén Quirós Pérez. En Primer Simposio Científico acerca de la política y la ideología en sus relaciones con el Derecho. / Renén Quirós Pérez [et.al.] – Ciudad de la Habana: Ediciones Minjus, 1984.
- Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal. / Renén Quirós Pérez. – Ciudad de la Habana: Editorial Felix Varela, T. I, 2002.
- Quirós Pérez, Renén. Prólogo a la Obra de T. E. Karayev. La Reincidencia en el Delito. / Renén Quirós Pérez. – La Habana: Editorial de Ciencia Sociales, 1988
- Ramírez Delgado, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. / Juan Manuel Ramírez Delgado. – México D.F.: Editorial Porrúa, 1995
- Ramos Otero, Felipe ¿A quién importa? Fecha de publicación 27 de abril de 1997 sitio webmaster@nación.co.cr. [Consulta: 16/05/ 2002 4.00 p.m.]
- Revista ILANUD. Informe del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Año 7, (19): 31- 193, 1986.
- Reyes Tayabas, Jorge. El nuevo régimen sobre la privación de libertad en procedimientos penales. / Jorge Reyes Tayabas. – México: Editorial Procuraduría General de la República., 1995.
- Rivera Beiras, Iñaki. Secuestros institucionales y sistemas punitivos. / Iñaki Rivera Beiras. – p 13 – 43 En Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. / Iñaki Rivera Beiras. [et.al.]– Barcelona: Editorial Bosch 1996.
- Robledo Ramírez, Jorge. Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales / Jorge Robledo Ramírez. – Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. (EDERSA), 1996.
- Rodríguez Alonso, Antonio. Lecciones de Derecho Penitenciario / Antonio Rodríguez Alonso. – Granada: Editorial Comares, SL, 1997.
- Rodríguez Sáez, José. El proyecto de Código penal. La plasmación de una política criminal del liberalismo y de un incremento punitivo carcelario. / José Rodríguez Sáez. Revista PANÓPTICO Primer número: 18–24, 1996
- Rodríguez, Pedro. Dimensiones Penológicas. / Pedro Rodríguez. Cuaderno de Legalidad Socialista 16. V (2): 46- 70, 1987.

- Rosal Blasco, Bernardo. Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. / Bernardo Rosal Blasco. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T. XLIII: 557- 580, enero- abril 1990.
- Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. / Claus Roxin. – Madrid: Editorial Civitas T. I. 1997.
- Rusche, Georg. Pena y estructura social. / Georg Rusche y Otto Kirchheimer – Bogotá: Editorial TEMIS. 1984
- Sadovski, Vadim. La metodología de la ciencia y el enfoque sistémico. / Vadim Sadovsk. Revista Ciencias Sociales No. 1 (35): 99 – 117,1979.
- Scheerer Sebastián. El delincuente como una marchita categoría de conocimiento. / Sebastián Scheerer– En Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. / Sebastián Scheerer [et.al]. – Barcelona: Editorial Bosch, 1996.
- Schumann, Karl F. Una sociedad sin prisiones/ Karl F Schumann. Revista Doctrina Penal Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Año 14: 109–128, 1991.
- Shishkin, A. F. Ética Marxista. / A. F. Shishkin. – México: Editorial Grijalbo S.A.1966.
- Silva Sánchez, Jesús-María. ¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español. <http://www.carlosparma.com.ar/silvasanchez.htm> [Consulta: 27/06/04 6.00 p.m.]
- Sistema Carcelario Argentino (Primera parte) http://members.fortunecity.es/robertexto/archivo/sist_carcelario_2.htm [Consulta: 26/06/04 11.30 a.m.]
- Solomonovich Goldenweiser, Alexander. El crimen como pena, la pena como crimen. / Alexander Solomonovich Goldenweiser. – [s. l.: s. n, s. a. - s. p.].
- Vacani Pablo Andrés Resocialización: Una mirada desde el "ser" Aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial <http://www.derechopenalonline.com/junio2004/vacani.htm> [Consulta: 27/06/04 4.30 p.m.]
- Von Henting, Hans. La pena. / Hans Von Henting. – Madrid: Editorial Espasa-Calpe, T. II, 1988.
- Von Lisz, Franz. Tratado de Derecho Penal. / Franz Von Liszt Madrid: Editorial Reus, T. I – III, 1929
- Welzel, Hans Derecho Penal Alemán. / Hans Welzel – Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué hacer con la Pena? Las Alternativas a la Prisión <http://www.carlosparma.com.ar/penazaffa.htm> [Consulta: 27/06/04 5.40pm]
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la Vulnerabilidad. Discurso de Raúl Zaffaroni en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002 <http://www.carlosparma.com.ar/zaffamacerata.htm> [Consulta: 27/06/04 5.30 p.m.]
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídica – Penal / Zaffaroni Eugenio Raúl – Buenos Aires: Editorial EDIAR, 1989.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Perspectivas de las investigaciones comparadas sobre la delincuencia. / Eugenio Raúl Zaffaroni – Revista EGUZKILORE No 8, 1994.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. / Eugenio Raúl Zaffaroni. – Buenos Aires: Editorial EDIAR, T. V, 1997.
- Zugaldia Espinar, José Miguel. Fundamentos de Derecho Penal / José Miguel Zugaldía Espinar. – Valencia: Tirant Lo Blanch, 3ra Edición 1993.