

Nota sobre el autor de la obra

"El sistema penal ante el dilema de sus alternativas", distinguido con el Premio Alberto Brenes Córdoba 1994, es fruto del trabajo y reflexión que su autor ha tenido como funcionario judicial y docente universitario. El licenciado José Manuel Arroyo Gutiérrez es especialista en ciencias penales por la Universidad de Costa Rica y tiene estudios de posgrado en Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad de Saarlanders, República Federal de Alemania. En la actualidad el Lic. Arroyo Gutiérrez es Juez Integrante del Tribunal Superior de Casación Penal y profesor en la Especialidad en Ciencias Penales del Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica.

José Manuel Arroyo

EL SISTEMA PENAL
ANTE EL DILEMA DE SUS
ALTERNATIVAS

25

Patricia
DITO
AMAN
MEICED
JOHAN
FICCO
RICHARD
ANNA
TAO
CRISTIAN
REDI
KASUR

El Sistema Penal ante el Dilema de sus Alternativas

**EL SISTEMA PENAL
ANTE EL DILEMA DE
SUS ALTERNATIVAS**

Jose Manuel Arce

EL SISTEMA PENAL ANTE EL DILEMA DE SUS ALTERNATIVAS

El Sistema Penal ante el Dilema de sus Alternativas

PRESENTACION

Reseñar una obra que merece un honor, es un deber. La obra que se reseña es de don Manuel Llerenas, un autor que ha dedicado su vida a la investigación y a la enseñanza de la filosofía y de la historia. En esta obra, el autor aborda el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica. El autor plantea el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica. El autor plantea el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica.

El dilema de la existencia humana es un tema que ha preocupado a los filósofos y a los historiadores a lo largo de la historia. En esta obra, el autor aborda el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica. El autor plantea el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica.

La obra de don Manuel Llerenas es una obra que merece un honor. El autor aborda el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica. El autor plantea el dilema de la existencia humana, desde una perspectiva filosófica y desde una perspectiva histórica.

344.035.3

A778s Arroyo Gutiérrez, José Manuel
El sistema penal ante el dilema de sus
alternativas / José Manuel Arroyo Gutiérrez.--
San José, C.R. : Colegio de Abogados de Costa
Rica. 1995
231 p. ; 22 cm.
ISBN 9977-9994 - 2 - 2

1. Prisiones - Costa Rica. 2. Sistema
penitenciario. I. Título

GCH-119

PRESENTACION

Reseñar una obra implica un honor y un deber. Un honor, porque en el caso de José Manuel Arroyo Gutiérrez, su trabajo académico actual es confirmación de una línea de pensamiento crítico así mantenido desde su época estudiantil hasta su notable labor como director de la Escuela Judicial, perspectiva en la cual esta obra no es la excepción, por su filosófica actitud de cuestionar para mejorar. Un deber, porque el tema se inserta oportunamente en uno de los grandes paradigmas de la sociedad contemporánea cual es, revalorar los derechos del infractor de la norma penal como persona, y someter a juicio la racionalidad de un sistema sancionador del Estado moderno, cuyo balance no es precisamente el más positivo, hasta hoy.

En esta perspectiva el título de la obra es explícito por sí mismo. De una parte, el Sistema Penal debe valorar sus propias alternativas so-pena de abrir peligrosos espacios a una sociedad autoritaria que justifique, con medidas ahistoricas, su propia incapacidad, al momento en que concomitantemente coloca a parte de su ciudadanía en el límite real de sus derechos humanos. De otra, como corresponde a un moderno Estado de Derecho debe plantearse la razón de ser de su sistema represivo, ya no solo en su administración funcional sino en su estimativa jurídica misma.

La segunda alternativa implica, no solo asumir con rigor la decisión de no querer reproducir más el aumento de la criminalidad que generan los Centros Penitenciarios, al aplicar la pena privativa de libertad como resultado "ejemplarizante y sancionador", sino también, abrir espacios de racionalidad económica a un Estado de Derecho que bien puede dirigir sus recursos a políticas de prevención o de penas alternativas, antes que continuar haciendo indivi-

duos so-pretexoto de defensa social o procurando una resocialización del delincuente que es más teórica-académica que realidad social.

A esta situación del estado frente al problema deben, -en otro orden de ideas - ubicarse los derechos del individuo de frente al orden jurídico estatal; en una tendencia según la cual, a menos cárcel, deben ofrecerse mejores condiciones objetivas para su desarrollo personal, a través de una efectiva y real inserción mediante más trabajo productivo, mayores oportunidades de educación, y mayores garantías jurídicas sustantivas y adjetivas ante el sistema de derecho que le sanciona.

Reconoce el autor que la criminología crítica ha contribuido sensiblemente -en su capítulo Latinoamericano,- a objetar los sistemas represivos tradicionales en aras de un planteamiento, que si bien propone la utópica pretensión del abolicionismo a ultranza, se orienta pragmáticamente, según las condiciones de cada país, en un horizonte humanista de acercamiento al minimalismo penal como condición previa y real a una efectiva resocialización.

Esta tendencia a la minimalización (despenalizar conductas y reducir la privación de libertad) doctrinariamente se le conceptúa como un mal menor, pues de una parte da seguridad jurídica suficiente al Estado y de otra abre oportunidades de reinserción al individuo, en conflicto atenuado con requerimientos de drasticidad a veces muy anhelados por ciertos sectores de la sociedad civil. Debe contarse en consecuencia con recursos y acciones concretas que permitan conseguir objetivos rápidos y prácticos a fin de su revaloración y aceptación ante el resultado fallido del sistema tradicional. En este sentido debe procurarse, en una óptica ambiciosa, el no ingreso de ciertos conflictos al sistema penal; el tratamiento de otros conflictos con penas alternativas; y la reforma legislativa que dé paso a esas posibilidades, no sin antes considerar el instituto de la ejecución de la pena como una opción más cercana a la recuperación personal que a la destinación carcelaria tradicional.

Bajo este orden de ideas y en atención a la toma de posición del autor por tratar el tema en sentido integral, y de previo a la consideración del caso costarricense, -que desglosa en toda su dimensión histórica-, se analiza la experiencia comparada del derecho Europeo en países de gran desarrollo jurídico institucional en el tema de las penas alternativas a prisión, como en efecto ocurre, para el caso de la experiencia en Alemania, Países Bajos e Italia. Luego de lo cual se estudia la experiencia Latinoamericana, con especial énfasis a nuestra realidad nacional, que con suma modestia el autor denomina notas para la evolución penal y penitenciaria en Costa Rica. En cuyo análisis de previo al sistema republicano, se esboza la prevalencia del sistema ideológico de la defensa social, que como tal, persiste hasta hace tan solo dos décadas, con lo que se deduce que el cambio del modelo político de entonces, no cambió la idea represiva y segregacionista del sistema, para dar paso a un modelo progresivo de tratamiento que muy pronto, se fractura por ostensibles fallas que se ubican, desde su cuestionamiento teórico, hasta el desmejoramiento de las condiciones infraestructurales del sistema y franca crisis de sus objetivos, que no obstante su bondadosa intencionalidad original, acaban por diluirse en la indiferencia institucional producto de la crisis económico social.

Como solución a esa problemática heredada con la cual se llega prácticamente hasta nuestros días, sugiere el autor que se revalore la actitud del sujeto infractor con respuesta productiva ante la sociedad, facilitando labores de incorporación socio-laboral, pero reconociendo para el caso costarricense, la función de coordinación interinstitucional del sector justicia (ejecutivo y judicial), la conveniencia de la reforma legislativa (Capítulo IV del Código Penal, penalidad, penas y función del juez de ejecución) y los aportes conceptualmente renovadores que ha dado la Sala Constitucional al redefinir la pena privativa de libertad por vía jurisprudencial. Se reconoce así, que nuestro país hace un esfuerzo por fortalecer un régimen de garantías jurídicas, sin el cual parecería vano todo esfuerzo institucional.

En suma, una obra de gran precisión teórica, de buen discurrir histórico doctrinario, y de excelente nivel crítico, que no obstante tal, da aportes concretos para la solución de la temática que trata. El sistema de derecho costarricense halla así, con la obra en comentario, una recomendación de carácter práctico dirigida a resolver un problema concreto de gran interés nacional.

No por casualidad, se le galardonó con el premio a la más importante obra jurídica del año mil novecientos noventa y cuatro, coincidiendo felizmente este reconocimiento académico con otros esfuerzos institucionales que la actual Junta Directiva del Colegio de Abogados realiza en la comisión de seguridad ciudadana (coordinación interinstitucional con Procuraduría, Ministerio de Seguridad, Corte Suprema de Justicia, Facultad de Derecho), en su trabajo académico (Jornadas Criminológicas) y en la evaluación crítica de grandes temas nacionales de interés a la obra en cuestión (Foro Penitenciario), con lo cual, la obra de José Manuel se constituye además en una obra científica de gran actualidad e importancia para el país, que no sólo da una vez más prestigio a su distinguido autor, sino que también complementa y estimula nuestra acción gremial en la Junta Directiva.

Felicidades y agradecimiento a José Manuel en nombre de todo el foro nacional.

Dr. Francisco Morera Alfaro
Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica

ÍNDICE

I. La Pena y los Diversos Sistemas de Clasificación.	13
1. El problema general de los criterios de clasificación.	13
2. El criterio tradicional de clasificación.	14
2.1. Las "teorías absolutas" de la pena.	15
2.2. Las "teorías relativas" de la pena.	21
2.3. Las teorías mixtas de la pena.	24
2.4. La reformulación contemporánea de las "teorías de la prevención general positiva".	26
3. Clasificación de las teorías sobre la pena según función asignada.	31
3.1. La función instrumental de la pena.	31*
3.2. La función simbólica de la pena.	32*
4. Clasificación de las teorías sobre la pena a la luz de la Criminología Crítica.	33
4.1. Teorías del modelo de saber ideológico.	34
4.2. Teorías del modelo de saber tecnocrático.	34
5. La distinción lógico-radical entre fines y función de la pena.	35
6. Más allá de las clasificaciones.	37
II. Modelos Explicativos del Origen o Naturaleza de la Pena Privativa de Libertad.	41
1. Cárcel y Mercado de Trabajo: G. Rüsche y O. Kirchheimer.	41
1.2. Evaluación crítica.	43
2. Cárcel y Disciplina: M. Foucault.	44
2.1. Caracterización de la reforma penal del siglo XVIII, según Foucault.	45
2.1.1. Cambio de objeto sobre el que recae la pena.	45
2.1.2. Cambio en el papel desempeñado por el Juez.	46
2.1.3. Sustitución de la figura del verdugo.	46
2.1.4. Surge el fin preventivo de la pena.	46
2.1.5. Surge el fin corrector de la pena.	47
2.1.6. Se define la función disciplinante de la cárcel.	47
2.1.7. Diseño de una nueva tecnología del cuerpo.	47
2.2. El caso particular de la institución carcelaria. ...	48

2.3. Las críticas al pensamiento de M. Foucault.	50
3. Cárcel y modo de producción capitalista: D. Melossi y M. Pavarini.	52
3.1. Las líneas fundamentales de las propuestas de Melossi-Pavarini.	52
3.2. Críticas a este planteamiento.	54
4. La cárcel Latinoamericana como instrumento genocida: E.R. Zaffaroni.	56
4.1. Lineamientos principales en la posición de E.R. Zaffaroni.	57
4.2. Análisis crítico de las posiciones de este autor. ..	58
III. Propuestas Alternativas al Sistema Penal.	61
1. Criminología tradicional y sistema penal.	61
1.1. Nueva Criminología y deslegitimación del fin de la pena.	63
1.2. La crítica de la prisión: un proceso irreversible. ..	67
1.2.1. La cárcel: institución negadora de los principios fundamentales del Estado de Derecho.	67
1.2.2. La cárcel: institución reproductora de la "clase criminal".	68
1.2.3. La cárcel: máquina deteriorante.	69
2. Propuestas alternativas al sistema penal.	70
2.1. El Abolicionismo.	72
2.1.1. Diferentes énfasis dentro del movimiento abolicionista.	75
2.1.2. Análisis crítico del abolicionismo.	78
2.2. El Neorrealismo Inglés.	79
2.3. El Minimalismo Penal.	81
2.3.1. El minimalismo relegitimante de L. Ferrajoli.	82
2.3.2. El minimalismo "realista" de A. Baratta. ..	86
2.3.3. El minimalismo de E.R. Zaffaroni: una propuesta desde el margen latinoamericano.	90
IV. Penas Alternativas a la Prisión, Sanciones Alternativas en el Derecho Penal y Alternativas al Derecho Penal.	95
1. Introducción.	95
1.2. El caso de Los Países Bajos.	98
1.2.1. Primer período: la descarceración 1950-1975.	99

1.2.2. Segundo período: la época del fracaso (1975-1980).	100
1.2.3. Tercer período: la contradicción entre teoría y práctica (1980-1990).	105
1.2.4. Principios que deben regir las sanciones alternativas en una construcción "positiva" de reforma penal.	108
1.3. El caso de la República Federal de Alemania. ..	111
1.3.1. El cuadro general del sistema punitivo en Alemania.	112
1.3.2. Las penas privativas de libertad.	112
1.3.3. Primer período: la reforma resocializadora (1960-1970).	113
1.3.4. Segundo período: los problemas prácticos y el desencanto reformista (1970-1990).	114
1.3.5. Las sanciones patrimoniales (la multa). ..	115
1.3.6. La Inhabilitación.	116
1.3.7. Formas alternativas de impedir o acortar la ejecución de las penas privativas de libertad. ..	117
1.3.8. El principio de oportunidad procesal: instituto con efectos indirectos alternativos.	118
1.3.9. Alternativas en el control social juvenil alemán.	119
1.3.10. Observaciones finales sobre Alemania. ..	120
1.4. El caso de Italia.	122
1.4.1. Nota preliminar.	122
1.4.2. Primer período: los antecedentes.	123
1.4.3. Segundo período: la posguerra.	123
1.4.4. Tercer período: la reforma de 1981.	124
1.5. Breve comentario sobre España.	129
V. Sistema Penal y Sistema Penitenciario en América Latina y el Caribe. Alternativas a la Cárcel en la Región.	131
1. Introducción.	131
2. Caracterización jurídico-penitenciaria de la región. ..	132
VI. ¿A Dónde Va Costa Rica?	139
1. Notas sobre la evolución penal y penitenciaria en Costa Rica.	139
1.2. Descubrimiento y Conquista.	140
1.3. La Colonia.	141
1.4. La República.	144

1.5. La consolidación del Estado Nacional y la Era Liberal (1847-1914).	150
1.6. La consolidación del Sistema Punitivo Positivista y la Ideología de la Defensa Social: (1914-1970).	157
1.7. El Sistema Progresivo y la ideología del tratamiento: auge y quiebra de una propuesta penitenciaria (1970-1990).	160
1.8. La quiebra del sistema progresivo de tratamiento.	163
1.8.1. Crisis económica mundial e incidencia en la economía nacional.	163
1.8.2. Deterioro de condiciones infraestructurales del Sistema Penitenciario.	164
1.8.3. Crisis de objetivos y desintegración funcional del sistema.	164
1.8.4. Cuestionamiento teórico del sistema progresivo y del tratamiento como abordaje clínico.	165
1.8.5. Mecanización del sistema progresivo.	166
1.8.6. Recuperación del control interno de los principales centros penitenciarios.	166
1.8.7. Revalorización del trabajo técnico y de seguridad.	167
1.8.8. Desinstitucionalización y mejora en condiciones internas.	167
1.8.9. Proyectos laborales productivos.	168
1.8.10. Diseño de política general de prevención y modelos de abordaje para la mujer y el menor privados de libertad.	168
1.9. La madurez ideológica y programática del nuevo modelo: minimalismo y resocialización en comunidad.	169
1.9.1. Diseño de un nuevo modelo criminológico.	169
1.9.2. Rechazo de la idea de que la cárcel rehabilita y del concepto retributivo de la pena.	170
1.9.3. Abandono del sistema progresivo.	171
1.9.4. Abandono del modelo clínico tradicional de tratamiento.	171

1.9.5. No institucionalización y desinstitucionalización.	172
1.9.6. Reconstrucción del Sistema Penitenciario.	173
1.9.7. Coordinación con otros Poderes e Instituciones.	173
1.9.8. Mejoramiento de las condiciones de vida de los internos.	173
1.9.9. Redefinición del trabajo dentro del Sistema.	174
1.9.10. Fortalecimiento del antiguo Programa de Prueba y Libertad Vigilada, como veremos, recientemente transformado en "Nivel de Atención en Comunidad".	174
1.9.11. Programas específicos.	175
2. Alternativas de derecho y alternativas de hecho en el penitenciarismo costarricense.	176
2.1. El Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I).	177
2.1.1. Nivel de Atención Institucional.	177
2.1.2. Nivel de Atención Semi-institucional.	179
2.1.3. Nivel de Atención en Comunidad.	181
2.1.4. Nivel de Atención a Niños y Adolescentes.	183
2.1.5. Organigrama de la Dirección General de Adaptación Social y Sistema Penitenciario.	186
3. Lineamientos de Derecho Constitucional en materia Penitenciaria.	187
3.1. Definición de la naturaleza y límites de la pena privativa de libertad.	187
3.2. Derechos derivados de la custodia.	188
3.3. Ampliación del alcance del Recurso de Hábeas Corpus.	189
3.4. Cumplimiento del debido proceso legal.	189
3.5. Competencia de la Administración Penitenciaria para ubicar al privado de libertad dentro del sistema o concederle beneficios.	190
3.6. Competencia de órganos jerárquicamente superiores.	192
3.7. Criterios técnicos para definir la ubicación de una persona privada de libertad.	193

3.8. Competencia de la Administración Penitenciaria para tomar medidas cautelares y de emergencia.	194
3.9. Competencias del Juez de la Sentencia, el Instituto de Criminología y del Juez de Ejecución en casos de enfermedad.	196
3.10. Competencia en otros incidentes de ejecución.	197
3.11. Lugar de Ejecución de las Medidas de Seguridad.	197
3.12. Autorización de Prisión Preventiva Domiciliaria.	197
3.13. Cómputo y beneficios para reos rebeldes.	198
3.14. Restricción de libertad por ejecución de sentencia.	198
3.15. Ejecución concomitante de pena privativa de libertad y Medida de Seguridad.	198
3.16. Naturaleza del trabajo en prisión.	199
3.17. Derecho a la educación. Restricciones.	199
3.18. Adecuación de penas en el concurso material.	200
3.19. Adecuación de penas por inaplicabilidad del artículo 78 del Código Penal.	200
3.20. Revisión de Sentencia.	201
4. Reformas legales al régimen punitivo y de ejecución penal.	201
4.1. El régimen punitivo vigente.	201
4.2. El Proyecto de Reforma al Código Penal.	204
4.3. El Proyecto de Ley de Ejecución Penal.	210
5. A manera de conclusión.	215
BIBLIOGRAFÍA.	219
I. Libros y Artículos.	219
II. Conferencias y Entrevistas.	229
III. Leyes y Decretos.	230

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA.

Agradezco en primer lugar a la Honorable Corte Suprema de Justicia y en especial a su Presidente el Lic. Edgar Cervantes Villalta por haberme dado el permiso que, como asalariado, me era indispensable para dedicarme a la elaboración de este trabajo. Mi agradecimiento es también para el Servicio de Intercambio Académico Alemán por haber financiado mi estadía en la República Federal de Alemania. No puedo dejar de mencionar aquí mi agradecimiento al Dr. Alessandro Baratta, Director del Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad de Saarlandes y quien ha sido inspirador de muchas de mis inquietudes. Por todo el respaldo y aliento que siempre ha sabido dispensarme, quiero agradecer a mi hermana Olga María y de la misma manera, con especial gratitud debo referirme a la Licda. Maruja Trejos Escalante, mi madre política, por haber convertido un apunte a vuelapluma en un texto presentable del idioma castellano.

Por último, por toda la alegría y dolor compartidos, guardo algo más que gratitud a mi esposa Ana María, y a mis hijos Catalina e Ignacio, a quienes dedico este trabajo.

NOTA INTRODUCTORIA

Hace ya algunos años llegó a mis manos el libro del maestro abolicionista Louk Hulsman, cuyo título, libremente traducido puede ser *Las Penas Perdidas, El Sistema Penal en Cuestión*. Aparte de sus contenidos hondamente polémicos, esta obra me dejó dos enseñanzas básicas: la primera se refiere a la importancia que pueden tener las vivencias personales en la conformación del pensamiento de quienes nos vemos involucrados en la operatividad del sistema penal; la segunda se refiere a la magistral demostración que este autor hace de todo el dolor inútil que es producido por la maquinaria penal en su funcionamiento, no sólo respecto de las víctimas y victimarios de las conductas castigadas o dejadas de castigar, sino también, agregaría yo, respecto de los operadores mismos del sistema, a saber, fiscales, defensores, jueces y personal de apoyo. Tiempo después, esta mismo enfoque fue desarrollado, para lo que toca a América Latina, en el libro *En Busca de las Penas Perdidas* del profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, donde se nos explica a profundidad el origen de las ideas criminológicas que prevalecieron en nuestros países, el carácter que ha tenido la pena privativa de libertad y el impacto político de un sistema penal absolutamente ilegítimo.

Al lado de esas fuentes principales de motivación, el trabajo que presentamos es fruto de las experiencias adquiridas tanto como funcionario de la judicatura costarricense como al calor de las lecciones impartidas en el Posgrado en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Es así que he comenzado por introducir el tema de la pena y los diversos sistemas de clasificación que se han intentado, con el propósito de dar un panorama, lo más completo posible, de la discusión acerca de la fundamentación teórica del Derecho penal y la pena. Un segundo capítulo lo dedico a retomar los cuestionamientos fundamentales que se han hecho a la sanción penal por excelencia, la pena privativa de libertad, en razón de que la crítica de la cárcel ha sido la puerta de ingreso a la crítica del sistema penal en general. Una tercera parte de

este estudio incursiona en las propuestas alternativas al sistema penal, de profusa discusión tanto en Europa como en América y que constituyen la base de lo que puede percibirse como futuro de nuestra disciplina. Un capítulo cuarto enfatiza en las penas alternativas a la prisión, las sanciones alternativas en el Derecho penal y las alternativas al sistema penal, como conceptos y categorías que deben diferenciarse a la luz de las experiencias realizadas sobre todo en algunos países europeos. El capítulo quinto recoge lo que se ha aportado en esta materia en el ámbito latinoamericano y el sexto y último capítulo hace un recorrido por la experiencia costarricense, desde la evolución histórica de las ideas e instituciones penales, hasta los aportes recientes en materias como la jurisprudencia constitucional, la transformación administrativa y las propuestas de reforma en el campo del Derecho penal sustantivo y la ejecución penal.

La ¹basta bibliografía adjunta da cuenta de que tanto en el plano internacional como nacional, hay ya base suficiente para que en el ámbito latinoamericano y costarricense, se emprendan una revisión y transformación profundas del sistema jurídico-penal, al menos en los términos en que ha funcionado hasta ahora.

I. La Pena y los Diversos Sistemas de Clasificación.

1. El problema general de los criterios de clasificación.

Retomar las preguntas básicas sobre el Derecho penal no es de ninguna manera una actividad meramente académica o irrelevante. Preguntarse, por ejemplo, si tiene razón de ser el Derecho penal; si podemos fundamentar y legitimar la pena o "derecho a castigar"; preguntarse si cumplen el Derecho penal y la pena con los fundamentos o fines teóricos que enuncia, tales como retribuir al ofensor, recompensar a la víctima, evitar la delincuencia, resocializar al infractor; cuestionarse si el Derecho penal es verdaderamente un instrumento que ayuda a la convivencia y a la paz social, resolviendo adecuadamente los conflictos en los que interviene o si por el contrario, su efecto práctico consiste en agravar la violencia social. En síntesis, ¿tiene algún sentido que ese aparato institucional, académico, doctrinario, policial, jurisprudencial que llamamos "sistema penal", que significa un altísimo costo humano y económico siga funcionando, o estamos frente a una maquinaria absurda, ineficaz y dañina?, ¿hay que abocarse a encontrar otros medios de intervención social para resolver los conflictos tradicionalmente encomendados al Derecho penal?, ¿estaremos nosotros, hombres de finales del siglo XX, repitiendo el mecanismo mágico de las llamadas sociedades primitivas, que pretendían apaciguar la furia de los volcanes arrojándole inocentes vírgenes a sus fauces?¹

Cuando se trata entonces de volver sobre la pena y sus criterios de clasificación, no puede aceptarse la idea de que en esta materia todo ha sido dicho y resulta, por tanto, superfluo volver sobre los mismos temas. Por supuesto, que existe el riesgo, según sea la forma en que abordemos

¹ Esta imagen fue utilizada por Louck Hulsman en entrevista personal que le hiciera el autor en Dordrecht, Holanda, 16 de julio de 1993. Para el maestro abolicionista el Derecho penal contemporáneo se muestra tan ineficaz para influir en la realidad social y sus conflictos, como los recursos mágicos en las sociedades arcaicas.

el estudio de la pena, sus teorías y clasificaciones, de quedarnos en la descripción o compendio de lo que distintos filósofos, pensadores o especialistas del Derecho han dicho sobre lo que es o debiera ser la pena. Por centurias esa ha sido la "historia oficial" del Derecho Penal.² Pero nuestra pretensión es muy otra. El cuestionamiento acerca de qué fundamentos explican el Derecho penal, la sanción penal y, en definitiva, lo que podríamos llamar genéricamente "derecho a castigar", es un tema que está a la base de esta rama fundamental del sistema jurídico. Una construcción científica de la teoría del Derecho penal pasa entonces no sólo por la descripción y conocimiento sobre las teorías de la pena. Es además importante definir los objetivos y tareas que se considera indispensable asignarle a esta disciplina, establecer su fundamentación, coherencia y logicidad internas y en definitiva, construir un instrumento que pueda cumplir, con algún grado de racionalidad y eficacia, un rol con sentido humano y social.

Para los operadores del actual sistema penal, y particularmente para los miembros de los subsistemas universitario y judicial, el conocimiento de los diversos criterios de clasificación de las teorías sobre la pena y su definición frente a ellas es una tarea de mínima responsabilidad ética y profesional. El dilema a que alude el título de este trabajo precisamente consiste en preguntarse si no estaremos cotidianamente activando las teclas de un mecanismo que proclama funcionar en razón de ciertas tareas y propósitos y bien podría estar haciéndolo, en la práctica, para todo lo contrario. Al menos debemos tener, cada quien y cada vez más, conciencia de ello.

2. El criterio tradicional de clasificación.

Los manuales y tratados de Derecho penal, al ocuparse del fundamento y fin de la pena, han hecho tradicionalmente una distinción entre "teorías absolutas", "teorías relativas" y "teorías mixtas" de la sanción penal. A esta primera clasificación nos atendremos de inmediato

² Ver Wolf, P.; *Esplendor ...* p. 60.

para pasar luego a la evolución que se ha ido dando en busca de criterios clasificatorios más modernos, útiles y precisos en las teorías de la pena.

2.1. Las "teorías absolutas" de la pena.

La doctrina tradicional ha entendido por "teorías absolutas" las que ven la pena como *un fin en sí misma*. El término absoluto estaría siendo utilizado como aquello que se basta a sí mismo; la pena no tiene que buscar fuera de ella su justificación o razón de ser. Se trata simplemente de un castigo, un mal que pretende retribuir otro mal precedente, constituido por el delito (violación de la norma legal). Su rasgo característico y definidor es pues, ser *retributiva*, aplicando para cada caso la pena justa, la respuesta sancionatoria que haga realidad el ideal de Justicia.

Las "teorías absolutas" de la pena tienen su marco de referencia en sistemas filosóficos de grandes pensadores alemanes. I. Kant, al formular las leyes que deben regir la moral humana, establece en primer lugar, como principio de validez universal el siguiente mandato: "*Actúa de modo que la máxima de tu acción pueda convertirse en una ley general*".³ Este primer mandato es acompañado de un segundo: "*El hombre no debe ser jamás tratado como un puro medio al servicio de los fines de otro*".⁴ Así, de

³ Kant, I.; *Schriften zur Ethik ...*; Wissenschaftliche Buch; Gesellschaft, Darmstadt, 1968, p. 331. La cita original en alemán dice: "*Der kategorische Imperativ, der überhaupt nur aussagt, was Verbindlichkeit sei, ist: handle nach einer Maxime, welche zugleich als ein allgemeines Gesetz gelten kann. - Deine Handlungen mußt du also zuerst nach ihrem subjektiven Grundsatz betrachten: ob aber dieser Grundsatz auch objektiv gültig sei, kannst du nur daran erkennen, daß weil deine Vernunft ihn der Probe unterwirft, durch denselben dich zugleich als allgemein gesetzgebend zu denken, er sich zu einer solchen allgemeinen Gesetzgebung qualifiziere*".

⁴ Kant, I.; *Schriften zur Ethik ...*; Wissenschaftliche Buch; Gesellschaft, Darmstadt, 1968, p. 435. La cita original dice: "...denn der Mensch kann nie bloß als mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann".

conformidad con estos dos principios, el castigo penal se justifica en la medida en que retribuye una conducta indebida, desplegada por un sujeto libre, susceptible de ser culpabilizado por ello; pero que a la vez se trata de un ser humano que no puede ser de ninguna manera instrumentalizado. La concepción kantiana es eminentemente normativa pues presupone la existencia de un sujeto con capacidad de elegir, libre en el ejercicio de esa elección y motivado por el contenido de un mandato. En consecuencia con estos principios, Kant propone incluso, sobre la base de que la sociedad es una especie de "contrato" entre individuos, que llegado el caso hipotético de que esa sociedad tuviera que disolverse, deberían ser ajusticiados los reos con penas pendientes, para que el resto de la sociedad no se hiciera cómplice de sus crímenes y para que el ideal de Justicia se realizara debidamente. En síntesis, la pena para Kant consiste en una retribución ética, sobre la base de la existencia de un imperativo moral que ha sido violado y que debe ser necesariamente seguido del castigo que le corresponde.⁵

De manera similar, para G.F.W. Hegel, dentro de su concepción metodológica dialéctica, la pena se explica como parte de un proceso que conocería un primer momento de afirmación (el Derecho), un segundo momento de negación (violación del Derecho o delito) y un tercer momento de negación de la negación o síntesis restauradora (la pena), que vendría a restituir el orden jurídico quebrantado. Estamos frente a una concepción que pone el acento en la retribución jurídica, a saber, la reintegración del derecho violado por una voluntad individual libre, que contradice la voluntad general expresada por el ordenamiento jurídico. El Derecho es el reino de la libertad, su quebranto en cambio pertenece al reino de la pura necesidad, de ahí que las acciones violatorias de ese derecho deban anularse o disolverse por estricta consecuencia lógica. A la base de esta concepción están también presupuestas la libertad humana y la naturaleza contractual de la sociedad y el Derecho.⁶

⁵ Bustos, J.; **Manual...** pp. 20, 21; Ferrajoli, L.; **Derecho Penal...** p. 32; Hassemmer, W.; **Fundamentos...** pp. 349, 350.

⁶ Hegel, G.W.F.; **Die Philosophie Des Rechts**, Die Mitschriften

Figuras relevantes del Derecho penal fueron seguidoras de estas concepciones absolutas de la pena. F. Carrara en Italia, estuvo de acuerdo con el postulado de que la pena es un fin en sí misma, consistente en el restablecimiento del orden jurídico externo de la sociedad.⁷ De igual manera K. Binding en Alemania, define la pena como retribución de un mal por otro mal; por su medio, la pena reafirma el Derecho y el sometimiento coactivo de quien lo haya violado.⁸

Vistas retrospectivamente, a las "teorías absolutas" se les han reconocido los siguientes aspectos positivos:

a. Defienden el *libre albedrío* como rasgo caracterizador del ser humano.

b. Hay una efectiva preocupación, aunque ideal y abstracta, por la Justicia, es decir, por responder a cada

Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19), Verlagsdruck Gerlingen, Stuttgart, 1983, paragr. 46 [Der Begriff der Strafe und die Grundlage des Strafrechts], s. 69. El original donde se consigna la idea central de este concepto dice: "*Der Zwang, welcher durch eine solche Handlung gesetzt worden [ist], muss nicht nur als Product aufgehoben werden, insofern dies überhaupt geschehen kann; sondern die innere Nichtigkeit derselben muss an und für sich oder in ihrer Totalität Dasein erhalten. Indem der Verbrecher ein Vernünftiges ist, liegt in seiner Handlung, dass sie etwas Allgemeines [ist] und [dass] ein Gesetz durch sie aufgestellt ist, welches er in ihr für sich anerkannt hat. Er darf daher unter dieser Handlungsweise, die er aufgestellt hat, subsumiert werden; er muss aber auch darunter subsumiert, und die Handlung, welche nicht bloss im Product, sondern -als dem allgemeinen Willen entgegengesetzte, besondere- wesentlich im Subjekt liegt und darin noch ein positives Dasein hat, aufgehoben werden. Dies geschieht dadurch, dass sein Gesetz, dessen Inhalt eine Verletzung ist, an ihm vollzogen wird. Hierdurch wird sowohl das positive Gelten seiner Handlung als das Negative derselben, die Verletzung, welche er in der Verletzung des anderen und aller ebenso sich selbst agetan hat, vernichtet und das Unrecht in Recht verkehrt*". Ver también: Bustos, J.; **Manual**, p. 21; Ferrajoli, L.; **Derecho Penal...**, p. 32; Hassemmer, W.; **Fundamentos...**, p. 350.

⁷ Carrara, F.; **Programma...**, Vol. II., S 584, p. 42. La cita original en italiano dice: "...definisco la pena -quel male che in conformità della legge dello Stato i magistrati infliggono a coloro che sono con le debite forme riconosciuti colpevoli di un delitto".

⁸ Binding, K., **Grundriß...**, S 92, s. 226.

conducta violatoria del Derecho, con una pena racional y proporcionada, conceptualizada como una *pena justa*.

c. Permitieron, por el énfasis que han puesto en el libre albedrío y la voluntad humana (la subjetividad), el surgimiento y desarrollo de la *categoría de la culpabilidad*, como componente fundamental de la teoría general del delito y para legitimar el derecho a castigar.

d. El *garantismo jurídico* se deriva también de estas teorías, en la medida en que se definen desde una posición filosófica racionalista y defienden la necesidad de enunciar una serie de principios rectores en la aplicación del Derecho penal, dirigidos a proteger al individuo frente a los posibles abusos de la autoridad pública.

e. En contraste con las "teorías relativas", como ya se verá más adelante, se reconoce a las "teorías absolutas" el mérito de haberse negado a justificar el Derecho penal y la pena en razón de supuestos efectos en el mundo exterior, dadas las grandes limitaciones que se tienen para demostrar empíricamente la existencia real de tales efectos, como la prevención general (efecto intimidatorio de la amenaza penal o confirmatorio de la norma jurídica), o la prevención especial (efecto resocializador).⁹

Digamos finalmente que la revalorización de las "teorías absolutas", y lo rescatable que pueda tener el fundamento retributivo de la pena es tema que ha vuelto a ponerse en discusión en la doctrina contemporánea. Una buena síntesis de esa situación la podemos apreciar en la siguiente cita:

"...tiene razón Hassemer al reafirmar el papel de las teorías absolutas: "...la sabiduría de las teorías absolutas se pone de relieve con su negativa a justificar la pena y el Derecho penal por sus efectos fácticos en el mundo... Antes de que comenzaran a investigarse científicamente los efectos empíricos de la pena y el Derecho penal, las teorías absolutas habían constatado lo que hoy nos parece evidente; que no se sabe lo suficiente como para legitimar el

⁹ Bustos, J.; *Manual...* pp. 22, 23; Hassemer, W.; *Fundamentos...* p. 398.

Derecho penal y la pena por sus efectos..." En consecuencia, como afirma Bacigalupo: "...nos vemos obligados a elegir ciertos criterios que limiten los excesos a que puedan conducir los conocimientos científicos no definitivamente probados. Es decir, en la búsqueda de racionalización del Derecho penal, es probable que tanto el criterio de la culpabilidad como el criterio de la prevención general y especial, nos conduzcan, en definitiva, a límites dentro de los cuales tengamos que aceptar alguna base de irracionalidad".¹⁰

Anotemos por el momento únicamente que no es pequeño el problema que se nos está planteando porque, por un lado, ciertamente es muy difícil demostrar que la pena cumpla fácticamente alguno de los fines que se le asignan, como veremos de seguido al estudiar las "teorías relativas", pero, la conclusión de aceptar "cierta irracionalidad" en el fundamento y aplicación del castigo, puede conducirnos a resultados aun peores, ya que en el plano teórico tendríamos que entrar a dilucidar los límites y fundamentos de esa irracionalidad.

Veamos ahora los principales señalamientos negativos que se han hecho a las "teorías absolutas":

a. Se trata de planteamientos estrictamente metafísicos, pues sólo en ese plano puede hablarse de la posibilidad de retribuir con un mal (la pena), otro mal (el delito).

b. Existe imposibilidad empírica de constatar la culpabilidad de un infractor de la norma y, en consecuencia, poder establecer sobre esa base, el derecho de castigarlo. Esto se explica en razón de que no hay medios técnicos ni científicos para ingresar con plena validez a la subjetividad de la persona humana, así como tampoco es del todo posible reconstruir exactamente un hecho pasado.

c. Existe en estas teorías una confusión entre Ética y Derecho. No se diferencian ambos planos normativos y eso tiene el efecto de una etización absoluta de lo jurídico.

¹⁰ Pérez, M.; *Culpabilidad ...* p. 233.

d. A la base de estas doctrinas está también el presupuesto de que existe un conjunto de valores y verdades absolutos, siendo que ciertamente tal conjunto no existe y la realidad social es mucho más compleja y relativa.

e. También los presupuestos de que el ser humano es libre y de que la sociedad está constituida a partir de una especie de contrato o consenso, son proposiciones estrictamente teóricas e indemostrables.

f. Finalmente, desde la perspectiva de un moderno Estado Social de Derecho, resulta éticamente inadmisibile que éste tenga, entre sus objetivos, la mera imposición de castigos entendidos como retribución de un mal por otro.¹¹

Resulta de importancia señalar que actualmente se cuestiona, cada vez más fundadamente, si en realidad puede hablarse de la existencia de "teorías absolutas" de la pena. Este cuestionamiento se sustenta en que los proponentes más esclarecidos de la pena como un fin en sí misma, sea como retribución ética (Kant), sea como retribución jurídica (Hegel), en ningún momento dejaron de ver el valor social o personal que pueda tener la aplicación de esa pena. La perspectiva que se trata de actualizar con esta revisión es en el sentido de que esos teóricos del contenido absolutamente retributivo, se definen frente a las ya conocidas tesis utilitaristas y, en esa medida, a la posibilidad de instrumentalizar al ser humano para perseguir fines ajenos a él mismo, y no tanto a que la pena no pudiera jugar un papel que reportara algún tipo de utilidad social.¹²

A este respecto, Hassemer comenta:

"El propio Kant, de quien proviene especialmente una fundamentación absoluta de la pena, tendió un puente entre la realización de la justicia y su valor para la vida de

¹¹ Bustos, J.; *Manual...* pp. 22, 23.; Pérez, M.; *Culpabilidad...* p. 231.

¹² Hassemer, W.; *Strafziele...* ss. 39-66; del mismo *Derecho Penal...* nota al pie de p. 27; Kaufmann, A.; *Die Aufgabe...* ss. 263-278.; Naucke, W.; *Generalprävention...* ss. 9-28.; Pérez, M.; *Culpabilidad...* p. 24.

los hombres, y en este contexto criticó no el vínculo entre la justicia penal y sus efectos para la sociedad, sino más bien (en primer lugar) una lesión de la justicia penal en interés de una doctrina de la felicidad utilitarista (*Metaphysik des Sittern, II. Teil 1, Abschnit, E. Vom Straf und Begnadigungsgrecht*): "La ley penal de un imperativo categórico, y pobre de aquel que arrastre la serpentina de la felicidad para encontrar algo que a través de la ventaja que promete, se desprenda de la pena; ...ya que cuando se renuncia a la justicia, carece de valor para los hombres la vida...; ya que la justicia cesa de serlo cuando se vende por algún precio". No puedo inferir de este texto —concluye Hassemer—, la idea de la justicia como objetivo; parece más bien una condición de la vida social".¹³

En síntesis y para lo que aquí interesa, se ha querido replantear que las llamadas "teorías absolutas" no lo son tanto, y que aun ellas le atribuyen a la pena cierto sentido, sea social o individual, no absolutizando el ideal de Justicia como meta única de la sanción penal, sino concibiéndola como presupuesto para el desenvolvimiento de la vida en sociedad.¹⁴

2.2. Las "teorías relativas" de la pena.

Este segundo grupo dentro de la clasificación tradicional de las teorías sobre la pena, se caracteriza por asignarle una finalidad determinada a la sanción penal. En este sentido, el castigo tiene su razón de ser, fuera de sí mismo, en un objetivo que se declara realizable por su medio. El rasgo definitorio es ahora la utilidad social o individual que puede obtenerse a través de la pena.

Estas teorías pueden ser subclasificadas también, de conformidad con criterios tradicionales, en "teorías de la prevención general" y "teorías de la prevención especial". Estamos frente a teorías de la "prevención general" cuando la pena tiene como destinatario a la generalidad de los sujetos que conforman la comunidad jurídica. En este mismo orden de ideas, son teorías de la "prevención

¹³ Hassemer, W.; *Derecho Penal Simbólico...* nota al pie N° 29, p. 27.

¹⁴ Hassemer, W.; *Fundamentos...* p. 349.

general negativa" aquellas que, dirigidas a la generalidad de los ciudadanos, pretenden a través de la disuasión o amenaza de pena, constituirse en una contramotivación que impida que los delitos se cometan. El clásico ejemplo de una "teoría de la prevención general negativa" es la propuesta de A. von Feuerbach que ve en la pena un mecanismo de coacción psicológica, intimidatorio, que influya en el comportamiento de las personas de tal manera que evite se conviertan en transgresores del Derecho.¹⁵ Por su parte, las teorías de la "prevención general positiva" son aquellas que enfatizan un concepto de pena que busca afirmar y confirmar, a través de este instrumento jurídico, las reglas, normas y valores jurídico-sociales que le permitan funcionar adecuadamente. Estamos en consecuencia frente a teorías que también se dirigen a la generalidad de los sujetos, pero el énfasis no es intimidatorio sino normativo o valorativo en dirección a consolidar y reproducir el ordenamiento jurídico.

"La conformación de la conciencia jurídica colectiva, la fidelidad y la confianza en el Derecho, la defensa del ordenamiento jurídico y la pacificación de la conciencia social normativa, tomadas conjuntamente o por separado, son los efectos reflejados por las distintas teorías de la prevención general positiva como su contenido".¹⁶

El otro grupo de doctrinas, según este esquema clasificatorio, está constituido por las "teorías de la prevención especial". Se caracterizan por estar dirigidas al individuo infractor y no ya a la generalidad de los miembros de la comunidad. Las "teorías de la prevención especial negativa" buscan neutralizar la eventual acción dañina de quien ha transgredido el Derecho, sea a través de técnicas de muerte, desaparición, encierro o aislamiento e incluso, modernamente, por medio de intervención corporal o psicológica.

Finalmente, las "teorías de la prevención especial positiva" se dirigen al infractor con el propósito de brindarle un tratamiento que sirva para su reeducación y reinserción social. K.C. Krause en Alemania y P. Dorado

¹⁵ Zaffaroni, E.R.; *Tratado ...*; pp. 150-157.

¹⁶ Pérez, M.; *Culpabilidad...* p.13.

Montero, su difusor en España, fueron defensores de este planteamiento durante el siglo XIX y esta concepción de la pena, al menos teóricamente, es quizá la de mayor impacto en el presente siglo. Sus ventajas y desventajas, bondades y debilidades, no dejan de discutirse aún en nuestros días.¹⁷

A las "teorías relativas" o "utilitarias" se les han hecho las siguientes objeciones:

a) Se trata de teorías que en general instrumentalizan al ser humano pues pretenden alcanzar determinados propósitos de utilidad social o individual al aplicarse. Se subordina en consecuencia el individuo a los supuestos intereses de la sociedad o el Estado, atentándose por esta vía contra la dignidad humana, lo cual es éticamente inadmisibile.

b) Respecto de las llamadas "teorías de la prevención general", los fines asignados a la pena son empíricamente indemostrables. No es posible comprobar científicamente que en efecto la pena, o más exactamente la amenaza de ella, influya preventivamente, intimidando e inhibiendo a eventuales infractores (prevención general negativa); tampoco es demostrable empíricamente que esa pena sea un mecanismo efectivo para la reafirmación de las reglas y valores socialmente relevantes (prevención general positiva).

c) Siempre en dirección crítica, respecto de las "teorías de la prevención especial" es oportuno hacer una importante distinción. La "prevención especial positiva" está cuestionada, ya que la pena por excelencia, la privación de libertad, lejos de cumplir con los fines propuestos de reeducación y resocialización, según estudios científicos, demuestra lo contrario, a saber, que la cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. El cuestionamiento empírico de la prevención especial positiva cuenta entonces con una gran base de

¹⁷ Baratta, A; *Vecchie e nuove...*, pp. 247-268; en español: *Viejas y Nuevas...* pp. 47-92; Bustos, J.; *Manual...* pp. 20-24; Hassemmer, W.; *Fundamentos...* pp. 347-347.

apoyo que la deslegitima. Respecto de las "teorías de la prevención especial negativa", el problema es otro. Por cierto que sus efectos pueden comprobarse científicamente. Algunos métodos de "neutralización" como la pena de muerte, la tortura, el encierro absoluto, el aniquilamiento o mutilación psíquica y corporal, los mecanismos electrónicos de control, etc. son medios "idóneos" para contener el fenómeno de la criminalidad y reducir las tasas de reincidencia, si eso es lo que se persigue. Pero la objeción ética en estos casos es contundente. Estamos en los dominios de un sistema punitivo autoritario, arbitrario y genocida, que nada tiene que ver con una organización social donde mínimamente se respeten los Derechos Humanos, constituyendo la negación misma del Estado Social de Derecho, ideal político de nuestro tiempo.¹⁸

2.3. Las teorías mixtas de la pena.

Las llamadas "teorías mixtas" de la pena tratan de conciliar el carácter o naturaleza esencialmente retributivo de la pena, entendido como la aplicación de un mal que limita bienes jurídicos o derechos, con la finalidad de utilidad social o individual, propios de las "teorías relativas".

El planteamiento de estas posiciones eclécticas se remonta a F. von Liszt quien enunció la llamada "doble vía" del Derecho penal, concepción con la cual se pretende reconocer la naturaleza retributiva de la pena, pero simultáneamente, plantea la necesidad de aplicar ciertas medidas preventivas, frente a determinado tipo de delincuentes, con el propósito de evitar la comisión de nuevos delitos.¹⁹

Pese al quebranto lógico que significa afirmar, por un lado, que la pena es esencialmente exigencia ética de retribución o justicia, y por otro, que debe asignársele no

¹⁸ Bustos, J.; *Manual...* pp. 20-28; Hassemmer, W.; *Fundamentos...* pp. 355-357, 381-396.

¹⁹ Bustos, J.; *Manual...* p.30 (citando a Liszt, F. *Tratado de Derecho Penal*; traducción al español por Luis Jiménez de Asúa, 3. Tomo, Segunda Edición, Madrid, 1927)

obstante fines de utilidad social o individual, estas "teorías mixtas" han sido las más difundidas en las últimas décadas, tanto doctrinariamente, como dogmáticamente, al formularse expresiones de ellas en los códigos penales contemporáneos. Las confusiones e incoherencias a las que han conducido tales doctrinas eclécticas no son pocas, sobre todo de cara a principios teóricos y jurídico-constitucionales.²⁰

Como finalmente puede resumirse del criterio tradicional de clasificación, la evolución de la discusión en doctrina acerca del Derecho penal y la pena llevó a una serie de posiciones insatisfactorias. El mero retribucionismo clásico resultó inadmisibles, por ser una formulación válida únicamente en el plano metafísico y por ser éticamente inadmisibles, desde el punto de vista de un moderno Estado Social de Derecho, el cual no puede tolerar que se le asigne, como uno de sus fines esenciales, la imposición de castigos concebidos como puro intercambio de males. Por su parte, las objeciones que pueden hacerse a las "teorías relativas" son también graves, tanto desde el punto de vista ético, por instrumentalizar al ser humano en aras de propósito externos a él, como desde el punto de vista científico, ya sea porque los fines declarados no son demostrables (prevención general), sea porque al contrario, se ha demostrado que esos fines no pueden alcanzarse (prevención especial positiva), o bien, sea porque sólo son alcanzables negando los presupuestos básicos de un Estado Social de Derecho, con lo que volvemos a las objeciones éticas insuperables (prevención especial negativa). Por otra parte, las teorías que finalmente se impusieron, llamadas "mixtas", dan origen a una seria contradicción pues no se puede afirmar que la pena es retribución —como exigencia ética de justicia—, y a la vez asignarle finalidades de utilidad individual o social.

Tal panorama ha hecho que, en los últimos tiempos, la búsqueda de fundamentación de la pena o legitimación del

²⁰ En Costa Rica, la Sala Constitucional ha zanjado parte de esas incoherencias con las siguientes resoluciones: Voto No. 1438-92 de 15:00 horas del 2 de junio de 1992 y Voto No. 88-92 de 11:00 horas del 17 de enero de 1992 con adición No. 796-92 de 14:30 horas del 24 de marzo de 1992.

Derecho a castigar, vuelva de nuevo los ojos a los esquemas tradicionales, bien para acentuar el aspecto irrenunciable del contenido retributivo de la pena (neorretribucionismo), bien para acentuar el fin confirmatorio de normas y valores del Derecho (prevención general positiva) o, finalmente, para retomar la posibilidad de un "tratamiento liberador" que posibilite una voluntaria y efectiva reinserción social del sujeto penalizado (prevención especial positiva). Por supuesto que las combinaciones y mezclas de todas esas corrientes, también se concretan en posiciones eclécticas.

2.4. La reformulación contemporánea de las "teorías de la prevención general positiva".

Las "teorías de la prevención general positiva" están siendo defendidas en Europa por diferentes penalistas de importancia. Por esta razón nos detendremos brevemente en este punto. En Alemania estas posiciones son sostenidas, con diferentes acentos y matices, por autores como G. Jacobs, W. Hassemer, C. Roxin, H. Otto y otros. Por representar un importante contraste respecto de esas diversas tendencias o matices que se dan al interior de estas teorías, analizaremos las posiciones de G. Jacobs y de W. Hassemer.²¹

G. Jacobs ensaya un novedoso planteamiento global del Derecho penal y la pena. Las ideas rectoras de su formulación son las siguientes:

a. Basándose en el análisis sistémico de Luhman, concibe la sociedad como una compleja red de sistemas dentro de la cual funciona el subsistema jurídico.

b. El Derecho en general y el Derecho penal en particular, está constituido por un conjunto de normas que crean expectativas de conductas sobre el conjunto de la comunidad.

²¹ Para un conocimiento exhaustivo de esta temática ver Bustos, J.; Manual... pp. 30 y siguientes; Mir Puig, S.; Función... pp 49-50 y Pérez, M.; Culpabilidad ...p. 26 y siguientes.

c. Así, el Derecho penal cumple un rol fundamentalmente estabilizador cuando esas expectativas se ven frustradas por la violación de la norma que perpetra algún miembro de la comunidad.

d. La pena no tiene, en consecuencia, como finalidad principal la protección de bienes jurídicos o la resocialización del infractor; su función fundamental es en cambio "el mantenimiento de la norma como modelo de orientación de contactos sociales", a saber, restablecer la confianza de la comunidad en el derecho vigente, afirmar la confianza en la norma y tener certeza acerca de las consecuencias que se derivan de su violación.²²

Por su parte, W. Hassemer diseña su teoría general del Derecho penal a partir de los siguientes postulados principales:

a. Desecha, por inadecuadas, las teorías tradicionales sobre la pena. Considera imposible, por regresivo, volver a la pura concepción retributiva de la pena y, por otro lado, considera empíricamente indemostrables los supuestos fines preventivo-general-negativos, es decir, el efecto intimidatorio de este instituto jurídico.

b. Busca superar esos puntos de vista, afirmando que el Derecho penal no puede concebirse como mero instrumento atemorizador de eventuales delincuentes; su función, en cambio, ha de ser general —por dirigirse a toda la comunidad— pero también positiva, por cumplir el papel principal de confirmar, a través de la pena, la validez de ese derecho y el aseguramiento en pro de las reglas de convivencia que son irrenunciables.

c. La función de la pena es en consecuencia la de salvaguardar a la sociedad de eventuales infractores, reforzando la conciencia social de respeto a las normas vigentes. Se trata de una función estabilizadora en tanto

²² Jacobs, G.; Schuld...s. 3; Jacobs, G.; Strafrecht..., s. 6; Baratta, A.; Integración-Prevención..., pp. 3-26; Mir Puig, S.; Función..., pp. 50 y 51; Bustos, J.; Manual...p. 31; Pérez, M.; Culpabilidad..., pp. 21 y 160-166.

la pena pueda influir en la conciencia jurídica de la comunidad.

d. El Derecho penal actúa dentro de un complejo sistema de control social, caracterizado por el trinomio "norma-sanción-proceso", de manera que este instrumento puede y debe intervenir ahí donde otras instancias de ese control social (familia, escuela, círculo profesional, etc.) no han podido resolver el conflicto que surge a partir del hecho delictivo. La única diferencia entonces entre el Derecho penal y las otras formas de control social es su grado de formalización. El objetivo de esta mayor formalización propia del Derecho penal es la de limitar su intervención en resguardo de los derechos fundamentales del individuo penalmente perseguido.

La posición de W. Hassemer, podemos verla sintetizada en el siguiente párrafo:

*"Efectos saludables mediante el derecho penal no son, pues, sólo la intimidación (de autores de cálculo racional), sino la influencia positiva a largo plazo de normas sociales; esta influencia se puede lograr, antes que con política de intimidación que tiende a la agravación, con una política del derecho penal y procedimiento penal humana, de Estado de derecho, que considere los derechos de los participantes."*²³

e. Finalmente, Hassemer ha destacado que la pena ha de estar limitada por el principio de culpabilidad (retribución por el hecho); asimismo, no hay que renunciar al principio de resocialización de la pena privativa de libertad, visto como un medio de ayudar al condenado en la medida de lo posible. Para alcanzar estos objetivos, Hassemer propone una reformulación de las "teorías retributivas de la pena", en tanto rescatan el principio de culpabilidad como límite racional de la misma.²⁴

²³ Hassemer, W.; *Einführung...*; traducción al español de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, *Fundamentos...* pp. 389-402; Hassemer, W.; *Prevenção...* pp. 94-110.

²⁴ Mir Puig, S.; *Función...* p. 54.

La "teoría de la prevención general positiva" de G. Jacobs ha recibido importantes críticas que deben retomarse aquí:

a. Como toda teoría de la prevención general positiva, se origina en un intento por relegitimar el Derecho penal, y la pena, en un momento crítico en el cual precisamente esa legitimación está puesta en entredicho.

b. Esa crisis de legitimación ha sido producida, en la Europa de posguerra, por varios factores, entre los cuales destacan el fracaso de las tesis de prevención especial positiva (resocialización) y su ideología del tratamiento; el derrumbamiento del Estado Benefactor, con la consecuente desfinanciación de programas y políticas de apoyo que estuvieron a la base de esas concepciones de política criminal; la aparición de fenómenos como el terrorismo y movimientos sociales contestatarios de importancia, sobre todo en la década de los años setentas, lo cual hizo dar a la política criminal europea un giro hacia concepciones neoconservadoras.

c. Esta concepción se estructura a partir de una visión relegitimante del fenómeno criminal, la "alarma social" creada por la llamada "opinión pública" y la lectura muy particular que se hace de esos fenómenos sociales.

d. G. Jacobs ignora importantes aportes de las ciencias sociales y criminológicas contemporáneas. Al abocarse a una simple relegitimación del sistema penal, en los términos en que lo hace este autor, implícitamente termina por aceptar el carácter discriminatorio, selectivo y desigual de ese sistema. De igual manera todo el cuestionamiento que se produce a partir de la llamada "cifra negra" de la criminalidad, en el sentido de que la mayoría de los hechos delictivos no ingresan al sistema, también termina por ser ignorado, dándosele sólo importancia al fenómeno delictivo en tanto aparece como "visible" o produciendo "alarma social".

e. El individuo es reducido a un "subsistema psico-físico", que se valora sólo en tanto resulta funcional al

sistema social en su conjunto. Se recrea, aunque deformada, la teoría del "chivo expiatorio", de raigambre psicoanalítica, para convertir al sujeto en un mero instrumento a través del cual se confirma la vigencia del ordenamiento jurídico social.

f. En definitiva, la teoría de G. Jacobs acaba con principios fundamentales del Derecho penal liberal, tales como el principio del delito como lesión a un bien jurídico protegido y el principio de culpabilidad, en tanto se debe castigar al sujeto por lo que hace y no como una forma de reafirmar la norma jurídica.

g. Finalmente, las tesis de G. Jacobs conducen a una relegitimación del ordenamiento jurídico del sistema vigente en el marco de una concepción eminentemente conservadora y con peligrosos rasgos autoritarios y antidemocráticos, sobre todo en la medida en que subordina al individuo en función del aseguramiento del sistema social en su conjuntos.²⁵

Por su parte, la posición de W. Hassemer ha sido valorada más positivamente, pese a que también se mueve dentro de la alternativa de la prevención general positiva.

a. El acento que pone Hassemer en la función de la pena como mecanismo para afirmar la "conciencia social de la norma" y no tanto la pura "vigencia de esa norma", tiene consecuencias positivas en el sentido de optar por una vía mucho más respetuosa de la individualidad frente al sistema social o estatal.²⁶

b. Por supuesto que ese mismo acento lo lleva a relegar a un segundo plano principios fundamentales del Derecho penal liberal, como por ejemplo, la función protectora de bienes jurídicos prioritarios.

²⁵ Baratta, A.; *Integration-Prävention*...ss. 132-148; traducida al español por.....*Integración-Prevención*...pp. 3-26.

²⁶ Mir Puig, S.; *Función*... p. 50.

c. En todo caso, se ha deducido que la visión de este autor puede llevar a una alternativa, en el plano político-criminal, mucho más democrática. Al menos, estamos frente a una posición doctrinal que no descuida, sino que por el contrario enfatiza, la necesidad de limitar la intervención penal, retomar el principio de culpabilidad como límite de esa intervención y hacer efectivo el ideal resocializador en la ejecución de la pena privativa de libertad. Si bien estamos frente a una teoría que trata de relegitimar el derecho a castigar, se cuida de que tal legitimación se inscriba dentro de los límites y principios de un Estado social y democrático de Derecho.

3. Clasificación de las teorías sobre la pena según función asignada.

Las diversas teorías acerca de la fundamentación del Derecho penal y de la pena, se han querido reclasificar según la función que se les asigna en el ordenamiento jurídico y social. Así, se distingue entre "funciones instrumentales" y "funciones simbólicas" de la pena.²⁷

3.1. La función instrumental de la pena.

Tratándose de la "función instrumental" estamos frente a los fines declarados del Derecho penal, a saber, la protección de bienes jurídicos especialmente relevantes, la defensa del ordenamiento jurídico a través de la prevención general y especial, la neutralización de los infractores en la defensa de la sociedad, etc. Se trata, en síntesis, de los fines teóricamente manifestados del Derecho penal positivo en busca de su realización efectiva.

Ya hemos visto, al analizar las llamadas "teorías relativas", cuán cuestionados están esos fines propuestos.

²⁷ Para información sobre esta clasificación ver: Baratta, A.; *Funciones Instrumentales*...pp. 42-45; Bustos, J.; *Necesidad* ...pp. 108-109; Terradillos, J.; *Función Simbólica*...p. 10; Hassemer, W.; *Derecho Penal*...p. 26-36; Melossi, D.; *Ideología*...p. 57.; Wolf, P.; *Megacriminalidad*...pp. 112-122.; Muñoz, J.A.; *Derecho e Impunidad*...pp. 71-81; Edwards, S.; *La función*...p. 88.; Berdugo, I.; *Sobre la función*...pp. 91-99.

Desde la incertidumbre acerca de la realización de los mismos, la imposibilidad empírica de demostrarlos, o la constatación —también en el plano empírico— de su no-realización, hay toda una gama de argumentos que ponen en cuestión esas vías de relegitimación del Derecho penal. A las anteriores exposiciones y críticas nos remitimos para evitar repeticiones.

3.2. La función simbólica de la pena

Por su parte, la “función simbólica” de la pena se refiere a la “posibilidad-realidad” que tiene el Derecho penal de crear representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes respecto de su eficacia. Se trata en este caso de la llamada “función latente o aparente” de la pena.²⁸

La mayoría de los autores coincide en que esta “función simbólica” es realmente un engaño, una mixtificación o, de conformidad con la terminología materialista histórica, se trata de una “función ideológica” del derecho, mediante la cual se crea una “falsa conciencia” haciéndose creer que el Derecho penal y la pena cumplen en la realidad ciertas funciones y cometidos instrumentales, cosa que no es cierta. En este sentido, el peligro más grave que se señala al defender estas posiciones, es el de que esta “función simbólica”, que puede cumplir sus efectos parcialmente positivos, se extralimite convirtiéndose en un mero instrumento ideológico a través del cual, los sectores gobernantes o políticos de un país, pretendan hacer creer que se están enfrentando adecuadamente, con la herramienta penal, problemas o conflictos que no es posible abordar ni remediar por este medio. En este caso, esos sectores manipulan el instrumento penal para complacer a la clientela electoral o acallar las reclamaciones de justicia ante determinados conflictos sociales reales.

No obstante lo anterior, se reconoce validez a la “función simbólica” de la pena en algunos tipos de delitos relacionados con el ejercicio del poder de “los más fuertes”,

²⁸ Terradillos, J.; **Función Simbólica**...p. 10.

en tanto la imposición de castigos puede ser necesaria para punir y prevenir hechos especialmente graves o dañinos. Tales los casos de crímenes cometidos por abuso de poder y contra derechos humanos fundamentales²⁹, o hechos de violencia contra niños y mujeres³⁰. Otros autores, sin embargo, manteniendo posiciones más radicalmente críticas, insisten en la función puramente ideológica que en la práctica realiza la llamada “función simbólica” de la pena, en campos tales como el Derecho ambiental —donde se crea una legislación sobreprotectora de determinados bienes jurídicos que es absolutamente burlada en instancias administrativas y judiciales—³¹; o bien en materias como la legislación antiterrorista —tal el caso de España, que sólo sirvió para acallar las demandas del público, exacerbando el conflicto político—³²; o bien los llamados a legislar contra la corrupción o la impunidad —que igualmente pueden servir al sector gobernante o político para dar la apariencia de que se está haciendo algo por resolver esos problemas y de paso, descalificar otras instancias estatales como el Poder Judicial.³³

4. Clasificación de las teorías sobre la pena a la luz de la Criminología Crítica.

Un intento reclasificadorio ha sido hecho desde la perspectiva de la Nueva Criminología o Criminología Crítica. Esta vez se trata de distinguir las tradicionalmente llamadas “teorías relativas o utilitarias” de la pena en “teorías del modelo de saber ideológico” y “teorías del modelo de saber tecnocrático”.

²⁹ Baratta, A.; **Derechos Humanos**...pp. 443-457; Martínez M., **Qué pasa**...p. 15.

³⁰ Edwards, S.; **La Función**...p. 88.

³¹ Wolf, P.; **Megacriminalidad**...pp. 112-122.

³² Berdugo, I.; **Sobre la Función**...pp. 91-99.

³³ Muñoz, J.A.; **Derecho e Impunidad**...pp 71-81.

4.1. Teorías del modelo de saber ideológico.

El criterio de distinción consiste en clasificar las diversas teorías según las funciones asignadas a la pena, puedan ó no ser empíricamente demostradas. Así, las "teorías del modelo de saber ideológico" se fundamentan en funciones cuya existencia no está empíricamente demostrada. Pese a esa indemostrabilidad fáctica de los enunciados declarados, producen en la generalidad de los ciudadanos una imagen ideal, mixtificada, de que realmente funcionan. Según A. Baratta, pertenecen a este grupo las "teorías de la prevención especial positiva" y las de la "prevención general negativa".

4.2. Teorías del modelo de saber tecnocrático.

Por su parte, las "teorías del modelo de saber tecnocrático" se fundamentan en funciones cuya existencia debe considerarse probada. Estas teorías producen conocimientos ciertos sobre los mecanismos puestos en movimiento por el sistema penal y, en última instancia, contribuyen a la legitimación del sistema y a la "tecnología" del poder. Según el mismo autor, entre estas teorías deben ubicarse las de la "prevención especial negativa" y las de la "prevención general positiva". Lo importante de esta perspectiva sobre la pena es que las funciones declaradas reciben una verificación en la realidad de los sistemas punitivos. De más está decir que desde la posición criminológico-crítica de A. Baratta, se trata de descalificar tanto las "teorías del saber ideológico" —por la indemostrabilidad empírica de los fines propuestos—, como las "teorías del saber tecnocrático" por constituir simples ensayos relegitimantes del sistema penal, inaceptables desde el punto de vista ético, como desde el punto de vista de los principios que puedan regir un sistema penal racional y democrático.³⁴

³⁴ Baratta, A.; *Vecchie e nuove...* pp. 247-268; en español: *Viejas y Nuevas...* pp. 83-84.

5. La distinción lógico-radical entre fines y función de la pena.

Recientemente L. Ferrajoli, sin entrar a hacer una verdadera reclasificación de "teorías sobre la pena", ha hecho un aporte importante en la polémica actual sobre los criterios de clasificación en esta materia.

Para este autor es indispensable distinguir dos niveles en punto al tema del castigo penal: (a) el primero responde a la pregunta *¿por qué existe la pena?* Esta sería una interrogante de carácter científico que se responde a través de teorías o formulaciones asertivas, empíricamente constatables y susceptibles de ser creídas verdaderas o falsas. Se trata de teorías sobre la *función de la pena* que explican, desde perspectivas históricas o sociológicas, las funciones que *de hecho* cumplen las penas. Se trata pues de un *esquema de explicación* de lo que las penas *son* en la práctica; (b) el segundo nivel de análisis, radicalmente diferente del anterior, pretende responder a la pregunta *¿por qué debe existir la pena?* Este es un problema filosófico, susceptible de ser respondido a través de teorías de carácter ético-político, con proposiciones normativas acerca del *fin de la pena*, que sólo pueden ser consideradas, axiológicamente, válidas o inválidas. Estaríamos en este caso frente a un *esquema de justificación* sobre lo que la pena *debería ser*.

Ferrajoli, apartándose del criterio mayoritario, llama "ideologías" a las teorías que confunden los *esquemas de explicación* con los *esquemas de justificación* o viceversa; es decir, critica a quienes mezclan y confunden teorías sobre la función real de la pena (ser), con teorías acerca del fin de la pena (deber ser) y llama la atención en el sentido de que tales confusiones caen en vicios lógicos patentes como la violación al principio "meta-lógico" conocido como "ley de Hume", según el cual, no pueden deducirse válidamente conclusiones prescriptivas (deber ser) de premisas descriptivas (ser), ni viceversa. Por ello niega entonces validez a quienes pretenden descalificar teorías sobre el fin de la pena (deber ser), señalando que los fines por ellas propuestos nunca se han cumplido (A. Baratta, E.R. Zaffaroni) y apunta que tal vicio lógico es una "falacia naturalística". Lo propio podría ocurrir,

respecto de quien pretenda descalificar teorías sobre la función de la pena (ser), desde teorías sobre el fin de la pena (deber ser), a lo que llama “falacia normativista”.

Ferrajoli concluye proponiendo un modelo de justificación de la pena, basado en dos tipos de “requisitos metaéticos”. El primero consistente en la necesidad de que el fin de la pena sea reconocido como un bien externo al derecho mismo, aunque tengamos que reconocer simultáneamente que el medio para alcanzarlo —esa pena—, sea un *mal* que implica cierto costo humano y social, razón por la cual precisamente, debe además justificarse. El segundo de esos requisitos es la necesidad de que los fines sean homogéneos respecto de los medios, en el sentido de que el *mal* producido con las penas a imponer signifiquen un costo social menor, respecto del *mal* producido por los fines no logrados, cuando se viola el derecho.³⁵

La consecuencia inmediata de este planteamiento — pese a que L. Ferrajoli participa de la ilegitimidad del sistema penal tal y como funciona en la práctica y de la necesidad de reducirlo al mínimo necesario—, es que se deja abierta la puerta a la justificación del Derecho penal y la pena, concebidos como *mal menor*, mientras que otros autores niegan absolutamente la posibilidad de fundar racionalmente esos instrumentos de control social, sea para clamar por su inmediata y radical eliminación (abolicionismo), sea para proponer su “contracción” como paso intermedio hacia la misma abolición (minimalismo propiamente dicho). En este punto hay que recalcar, finalmente, que Ferrajoli propone una deslegitimación del sistema penal y particularmente una eliminación de la pena privativa de libertad, tal y como funcionan en la actualidad; sin embargo, la polémica con A. Baratta es en el sentido de si la concepción de Ferrajoli, aceptando de principio la tesis del *mal menor*, puede permitir algo más que una simple relegitimación del sistema penal.

En el marco de esta misma polémica, E.R. Zaffaroni hace énfasis en que, desde el momento en que el Estado ha “expropiado” a las víctimas de la participación en la

³⁵ Ferrajoli, L.; *Derecho...* p. 26.

solución de sus propios conflictos, comienza, a nivel teórico, una proliferación enorme de doctrinas y teorías que pretenden justificar la “pena” que ese Estado impone. Así, para Zaffaroni, tal justificación o legitimación no puede encontrarse por más que se busque. En la medida en que el sistema penal se concibe y practica como mero instrumento de ejercicio político de poder, en esa misma medida tal sistema carece de racionalidad y no puede encontrarse en consecuencia un fundamento que lo legitime. Precisamente la irracionalidad estriba en que la pena se muestra como un instrumento absolutamente incapaz de resolver los conflictos en los que interviene, siendo que sin embargo, implica la aflicción de una dosis de dolor efectivo. Así, la pena es:

“...todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulte racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho.”

Estamos frente a una posición agnóstica de la sanción penal. La pena no cumple ninguno de sus enunciados teóricos ni es útil para nada. Zaffaroni reconoce, sin embargo, que las restantes ramas del derecho, pese a sus limitaciones, pueden más efectivamente proporcionar reparación, para obligar a alguien a realizar actos debidos, para anular actos realizados o anular procesos lesivos, encontrándonos en todos estos casos frente a modelos racionales de ejercicio de poder, cosa que no ocurre con el Derecho penal.³⁶

6. Más allá de las clasificaciones.

a. Aunque haya que repetir puntos de partida obvios, diremos que el sistema social requiere de un orden normativo para su funcionamiento y reproducción. El sistema jurídico en su conjunto y el sistema jurídico penal en particular, son un dato de realidad social con el que hay que contar para asumir cualquier posición respecto de su futuro desarrollo o transformación. Cada ordenamiento jurídico es un producto histórico socio-cultural que

³⁶ Zaffaroni, E.R.; *En Busca ...* pp. 208-211.

incorpora cierta gama de valores y cuya legitimidad depende, en nuestros días, del respeto a los derechos, libertades y garantías declarados en las cartas internacionales de Derechos Humanos y en las constituciones políticas respectivas.

b. Mientras el sistema penal vigente se mantenga, consideramos imposible eludir el contenido necesariamente retributivo que acompaña a toda forma de penalidad. Siendo que en la actualidad se cuestiona seriamente si puede existir un grupo de teorías que podamos clasificar como "absolutas", se confirma que si bien el componente retributivo parece indisolublemente unido a la concepción de la pena, ello no significa rechazar del todo la función social o individual que pueda también acompañarla.

c. No resulta entonces contradictorio, ni lógica ni empíricamente hablando, sostener la posibilidad de asignarle a la sanción penal una función de prevención especial positiva, a saber, como instrumento de reinserción social del infractor. Por supuesto que no se trata ya de la mera resocialización y de la ideología del tratamiento, resabios positivistas, en que tratamos al infractor como a un enfermo al que hay que curar. Abandonando esos criterios, tan falsos como desactualizados, se trata de ofrecer al infractor penal, múltiples posibilidades que faciliten un proceso de socialización real, que le permitan recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas. Esta posición vendría a ser una obligación del Estado y un derecho del individuo. Consideramos que respecto de quienes decidan no acatar las reglas del juego, pese a las oportunidades que desde la sociedad civil o el Estado se le brinden, tendrá que atenerse a las consecuencias legalmente previstas, incluso el encierro, para los casos que signifiquen mayor riesgo social. Aun en estos extremos, la ejecución de la sanción penal tendrá que ocuparse de ofrecer condiciones de vida dignas, que no violenten los derechos fundamentales que toda persona tiene por el simple hecho de serlo y le mantengan la puerta abierta para una eventual reinserción social.

d. Desde el punto de visto macrosocial, estas concepciones no son incompatibles con una posición que le dé además a la pena una función preventivo general positiva, en el sentido que lo entiende Hassemer, a saber, como instrumento que afirma o confirma un elenco de normas y valores básicos que la sociedad enuncia como indispensables para su funcionamiento.

e. De igual manera, la pena puede tener un cometido simbólico. Esto lo entendemos como la posibilidad que tiene este instrumento jurídico para castigar aquellas conductas que signifiquen mayor daño social o individual. Para esto hay que replantearse el papel tradicional del sistema penal —como medio de selección y discriminación social en perjuicio de "los más débiles"— para convertirlo en el instrumento capaz de abordar los conflictos sociales básicos y resolverlos, sancionando prioritariamente aquellas conductas que dañen bienes jurídicos fundamentales y que son cometidas desde posiciones de poder económico, político, social, de edad, de género, etc. En este punto habría que tener claridad sobre el rol peligrosamente manipulador que puede asignársele al Derecho penal, si se le instrumentaliza únicamente para hacer creer que se está resolviendo un problema o conflicto social, sin que efectivamente se haga.

f. En nuestro criterio, y según veremos en detalle más adelante, esta concepción de la pena y las funciones socio-jurídicas que puede desempeñar, calzan perfectamente con una perspectiva que procure la minimalización de este instrumento de control social en dirección, incluso, a su abolición futura. Se trata de que cada vez más conductas y conflictos humanos sean abordados por otras áreas, ciencias y técnicas del conocimiento humano y no por el Derecho penal, al que tradicionalmente se le han encomendado tareas para las que se ha mostrado totalmente impotente. No participamos del criterio de que problemas graves como conductas que dañen el ambiente o que signifiquen agresiones a menores o mujeres tengan necesariamente que resolverse a través de la intervención penal tradicional. Por el contrario, la gravedad de esos problemas nos tienen que llevar a crear mecanismos

nuevos que den salida a lo que, repetimos, el Derecho penal no ha podido.

g. El Derecho penal mínimo, concebido como la necesidad de despenalizar todas las conductas que sea posible, eliminar al máximo el encierro como respuesta penal y la búsqueda de la abolición de todo el sistema según se ha concebido hasta ahora, no puede, sin embargo, caer en un mero agnosticismo, es decir, no puede caer en la negación de que al Derecho penal no es posible asignársele finalidad o justificación alguna. Ya dimos nuestro punto de vista en los párrafos anteriores, y lo repetimos ahora, pues partiendo de la necesidad de minimizar el sistema penal, hay que aceptar el componente retributivo que la pena tiene, la necesidad de no renunciar al ideal de reinserción social del infractor y la posibilidad de afirmar valores útiles para la convivencia humana. Creemos que la negación absoluta de que el Derecho penal pueda tener una función y legitimación, nos haría perder incluso la posibilidad de buscar esas alternativas hacia su propia superación. Por su parte, la labor demoledora de la llamada Criminología Crítica respecto de todas las teorías justificadoras del Derecho penal tradicional, tiene aún como tarea pendiente la elaboración de un marco teórico constructivo, que no deje anómicos a los operadores del sistema penal vigente. En este sentido la Criminología Crítica, cuyos aportes son indiscutibles e invaluable, debe cada día ser menos crítica y más Nueva Criminología. A esto volveremos más adelante.

h. Finalmente hay que decir que la consecuencia práctica de la anterior afirmación es que no creemos viable una propuesta de eliminación inmediata y radical del sistema penal, si bien es cierto, como diremos más adelante, ello no significa renunciar a la meta de construir una sociedad donde cada vez más el castigo, como mero instrumento de represión política, desaparezca para dar paso a medios idóneos de resolver los conflictos sociales que se presenten.

II. Modelos Explicativos del Origen o Naturaleza de la Pena Privativa de Libertad.

Al analizar los sistemas de clasificación y justificación de la pena y el sistema penal, nos hemos movido en un nivel teórico de análisis que nos ha permitido tomar posición con respecto a las posibilidades reales de darle legitimidad y fundamento a ese sistema. Entremos ahora a describir los enfoques críticos del origen de la sanción penal por excelencia en los últimos trescientos años, la privación de libertad. Este análisis nos permitirá ver el origen de la cárcel, su estrecha relación con los fenómenos económico-sociales que la explican y sus debilidades y contradicciones intrínsecas. La intención última es hacer evidente la ubicación del encierro como producto histórico, susceptible de ser explicado y superado como forma de control social y, hacia futuro, plantear como real la necesidad de sustituirlo, encontrando formas alternativas que lo reemplacen.

1. Cárcel y Mercado de Trabajo: G. Rüsche y O. Kirchheimer.

"La primera forma de la prisión moderna está por consiguiente ligada a las casas correccionales de trabajo y sus plantas productivas".

*G. Rüsche y O. Kirchheimer,
Estructura Social y Sistema Punitivo.³⁷*

La investigación acerca del origen histórico y funcionamiento de la pena privativa de libertad, en la práctica, es un aporte que, como era de esperar, no procede de los juristas, ni mucho menos de la dogmática jurídica, ocupados durante siglos en la búsqueda teórico-abstracta del fundamento y fin de la pena en general y de la

³⁷ Rüsche, G. u. Kirchheimer, O.; *Sozialstruktur...* pp. 36-102. La cita original dice: "Die frühe Form des modernes Gefängnisses war folglich mit den Zuchthäusern und ihren Produktionsstätten verbunden". (s. 93).

privación de libertad en particular. Esta otra vía de búsqueda se inicia más bien con el trabajo pionero de dos sociólogos alemanes, en la Universidad de Frankfurt, a finales de la década de los años treinta de este siglo. Su trabajo de investigación, convertido hoy en un clásico de la literatura penitenciaria "Estructura Social y Sistema Punitivo", realiza una serie de aportes entre los que destacan los siguientes:

a. La cárcel, en sentido moderno, surge a finales del siglo XVI en algunos países europeos, tales como Inglaterra y Holanda. Sus primeras manifestaciones están estrechamente ligadas al surgimiento a las "casas de corrección", centros de incipiente producción manufacturera.

b. Entre los factores socio-históricos más importantes que permitieron el surgimiento de esta institución están el aumento en la producción y tráfico internacional de mercancías (Mercantilismo Moderno); la importante disminución de la población mundial que coincidió para la época, lo cual se tradujo, en términos de relaciones laborales, en una demanda de mano de obra mucho mayor que la oferta existente; como derivación de lo anterior, en países como Inglaterra y Holanda se dio el peligro —desde el punto de vista de las clases mercantiles emergentes— de enfrentarse a un alto costo del trabajo en la producción y comercio de las mercancías y a la eventual capacidad de las clases trabajadoras de negociar ventajosamente la venta de su fuerza de trabajo.

c. Simultáneamente, se da la fuerte influencia de la religión, básicamente desde el Protestantismo y en la particular versión del Calvinismo. Se difunde una concepción del mundo basada en la ética del trabajo, que se convertiría en la religión ideal del capitalismo emergente.

d. El desarrollo histórico de la cárcel y su función social-estructural, va a depender de las necesidades y vaivenes del mercado de trabajo. Así, por ejemplo, en determinados períodos, la necesidad de captar mano de

obra barata y sacarle provecho al interior de las prisiones suscitará contradicciones cuando la oferta de mano de obra crece y el trabajo productivo en las cárceles comienza a competir con el trabajo de los obreros "en libertad".

En síntesis, entre los siglos XVI y XVII se fue gestando la institución carcelaria que, con el Iluminismo dieciochesco y el pensamiento reformador del siglo XIX conformó definitivamente el marco teórico-práctico de la moderna prisión. El aporte de Rüsche y Kirchheimer consiste básicamente en evidenciar las relaciones existentes entre mercado laboral, sistema punitivo y cárcel.³⁸ Los sistemas de punición, a partir del Mercantilismo de la modernidad y con el desarrollo posterior del modo de producción capitalista, están estrechamente ligados al desarrollo del mercado de trabajo. La cárcel se convertirá en una especie de mecanismo regulador de la oferta de mano de obra disponible, según sean las necesidades del sistema productivo. Habrá períodos de política criminal "dura", traducida en medidas de encierro generalizado, cuando esa oferta de mano de obra sea enorme y el "ejército de reserva obrero", en libertad, ya no se pueda controlar debidamente. Por el contrario, habrá períodos de política criminal "blanda" o de apertura, cuando sea necesario liberar mano de obra requerida en el mercado de trabajo en expansión.³⁹

1.2. Evaluación crítica.

La posición de Rüsche y Kirchheimer ha sido acusada de unilateralidad a saber, de focalizar la versión que dan sobre el origen de la institución carcelaria en esa única relación entre sistema punitivo y mercado de trabajo. Se ha señalado la imposibilidad de comprender cabalmente esos sistemas punitivos sobre la base de conocer únicamente las alteraciones del mercado de trabajo, al margen de otros factores también importantes de orden más bien sociológico o político. Pero, universalmente, al

³⁸ Baratta, A.; *Criminología Crítica*...pp. 200-206; Melossi, D. y Pavarini, M.; *Cárcel*...pp. 10,24,36,52,53,61,62,87,88 y 90.

³⁹ Rüsche G. u. Kirchheimer, O.; *Sozialstruktur*...ss. 36-102.

lado de ser los pioneros en la investigación sociohistórica del origen y evolución de la institución carcelaria, se les reconoce el énfasis que han puesto en la necesidad de investigar la función real que históricamente ha jugado la prisión y la necesidad de ubicar los análisis de esta institución en concretos y determinados contextos económico-sociales.⁴⁰ En este sentido, frente a un sistema penitenciario en concreto, sigue siendo válido analizar la situación del mercado laboral en que se inserta y las posibles relaciones y determinaciones que guarda con él.

2. Cárcel y Disciplina: M. Foucault.

*“Si algo político de conjunto está en juego en torno de la prisión, no es, pues, saber si es correctora o no; si los jueces, los psiquiatras o los sociólogos ejercerán en ella más poder que los administradores y los vigilantes; en el límite no existe siquiera en la alternativa prisión u otra cosa que la prisión. El problema actualmente está más bien en el gran aumento de importancia de estos dispositivos de normalización y toda la extensión de los efectos de poder que suponen, a través del establecimiento de nuevas objetividades”.*⁴¹

M. Foucault; *Vigilar y Castigar*.

El epígrafe que sirve de introducción a este apartado ha sido extraído de otro clásico de la literatura socio-histórica que toca profundamente el origen y función de la pena privativa de libertad. Foucault centra su estudio en los siglos XVIII y XIX europeos, particularmente en el análisis crítico de la reforma al sistema penal inspirada por el Iluminismo y si se quiere más específicamente, al

⁴⁰ Baratta, A.; *Criminología*...p. 202.

⁴¹ Foucault, M.; *Vigilar*...p. 313.

régimen de castigos que los pensadores adscritos a ese movimiento propusieron. Esas propuestas reformadoras, supuestamente inspiradas en un nuevo humanismo que acabaría con las crueldades, abusos y arbitrariedades de los regímenes monárquico-despóticos, son agudamente analizadas por Foucault para cuestionar su naturaleza “humanitaria” y explicar el sistema penal y la prisión como resultado de una nueva estrategia del poder surgido de la Revolución burguesa; poder que se caracterizaría por su vocación disciplinante, dirigido a construir un nuevo control social, si bien menos brutal que el anterior, mucho más extendido, sutil y eficaz. Tales serían para este pensador contemporáneo los rasgos fundamentales del control social en Europa durante los siglos XIX y XX, contexto en el que hay que ubicar la cárcel como uno de los instrumentos fundamentales de esa nueva estrategia de control.

2.1. Caracterización de la reforma penal del siglo XVIII, según Foucault.

2.1.1. Cambio de objeto sobre el que recae la pena.

Para este autor, una de las transformaciones más importantes que se operan a raíz del movimiento de reforma, consiste en cambiar el objeto sobre el que recae la sanción penal. Así, en el antiguo régimen, el suplicio de los cuerpos, la tortura y el espectáculo público, marcaban el régimen de ejecución penal. Con el advenimiento de la reforma se propugnan, en cambio, castigos moderados, si se quiere silenciosos, refinados y ejecutados en la penumbra de los claustros. El cuerpo deja de ser el objeto sobre el que recae el castigo y su lugar pasa a ser ocupado por “el alma” del condenado. Consecuencia jurídica de este viraje es que el castigo pasa de ser “un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”.⁴²

⁴² Foucault, M.; *Vigilar*...pp. 18, 24, 107.

2.1.2. Cambio en el papel desempeñado por el Juez.

La figura de este personaje del proceso deja de ser aquella directamente comprometida con el pronunciamiento de la sentencia y la ejecución de la misma. Se opera una ruptura entre la emisión del fallo judicial y su ejecución. El juez —tomando según Foucault una cierta vergonzosa distancia—, delega en otros la ejecución de sus dictados. Por otra parte, en contra de la proclamación teórica de su papel, el juez comienza a juzgar no únicamente hechos, sino también y principalmente “el alma del condenado”. Durante el proceso y en su sentencia, él entra en la apreciación de la normalidad o anormalidad del sujeto que tiene enfrente y dictamina de conformidad con prescripciones técnicas acerca de su posible o imposible “normalización”.⁴³

2.1.3. Sustitución de la figura del verdugo.

La figura del verdugo es sustituida por un ejército de técnicos y profesionales. Con la reforma del Iluminismo, el verdugo, ejecutor de la sentencia, es sustituido por un verdadero contingente de médicos, psiquiatras, psicólogos, maestros, trabajadores sociales, etc., que se transforman en verdaderos jueces paralelos, fruto de la delegación que el juez ha hecho de parte de sus atribuciones en la ejecución de las sentencias.⁴⁴

2.1.4. Surge el fin preventivo de la pena.

En la nueva visión del problema penal, no se trata tanto de castigar retributivamente al infractor por el hecho pasado que cometió, en la medida justa que se determine; sino que se trata, con el castigo, bien de prevenir desórdenes futuros por el surgimiento de imitadores del infractor, bien para que el propio infractor no reincida en su conducta.⁴⁵

⁴³ Foucault, M.; *Vigilar*...pp. 17 y 28.

⁴⁴ Foucault, M.; *Vigilar*...p. 28.

⁴⁵ Foucault, M.; *Vigilar*...pp.97 y 98.

2.1.5. Surge el fin corrector de la pena.

Directamente ligado a lo anterior, al castigo penal se le asigna ahora la tarea de “corregir” o “reeducar” al condenado. Esa corrección consiste, según Foucault, en una *reconstrucción del homo oeconomicus*, es decir, se trata de imponer penas privativas de libertad relativamente largas que posibiliten un proceso de aprendizaje con miras a una utilización económica de los delincuentes corregidos. Este fin resocializador también servirá para justificar y mistificar, por parte de los jueces, su rol de simples castigadores.⁴⁶

2.1.6. Se define la función disciplinante de la cárcel.

La prisión surge como una institución donde se ejecuta la pena por excelencia de la nueva época, la privación de libertad. Pero esta institución está inserta en una compleja red de instrumentos y mecanismos disciplinantes. Este es el objeto de las nuevas relaciones de poder en la sociedad burguesa, a saber, disciplinar a las capas sociales subordinadas, a través de la familia, la iglesia, la escuela, el taller, la cárcel, etc. Por otra parte, este ejercicio disciplinario estará ligado, en última instancia, a la reedificación del hombre en función de los requerimientos económicos de la sociedad. El modelo arquitectónico correspondiente a esta filosofía disciplinante será el *panóptico*, es decir, aquel diseño de encierro que permite la vigilancia y control constantes y óptimos de quienes se encuentren reclusos.⁴⁷

2.1.7. Diseño de una nueva tecnología del cuerpo.

La conclusión global de estas transformaciones propuestas a partir del movimiento reformador del siglo XVIII es el diseño de una “tecnología política del cuerpo”,

⁴⁶ Foucault, M.; *Vigilar*...pp. 25, 126 y 127.

⁴⁷ Foucault, M.; *Vigilar*...p. 203.

es decir, una nueva estrategia de dominio sobre las personas basada en un también nuevo saber centrado en el concepto de *disciplina*.⁴⁸

2.2. El caso particular de la institución carcelaria.

Con respecto a la prisión, siempre en el contexto de lo que Foucault percibe del movimiento reformador del Iluminismo, puntualiza:

a. La cárcel, como institución disciplinante, existía aún antes de que los códigos la utilizaran como instrumento penal. Las leyes lo único que hicieron fue formalizar, tardíamente, una situación que de hecho estaba establecida con anterioridad.⁴⁹

b. Si bien es cierto la prisión surge como alternativa "humanitaria" frente al régimen de castigos que la precede, también su surgimiento como forma de penalizar marca el momento en que los nuevos mecanismos disciplinantes "colonizan" la administración de justicia.⁵⁰

c. La prisión, en vez de combatir, fabrica la delincuencia. Este resultado, aparentemente paradójico de la función carcelaria, se explica porque la prisión escoge y señala a cierto sector como la clase criminal, opera un verdadero control y vigilancia sobre este grupo de individuos y concentra su actividad en delincuencia común, sin trascendencia económica o política. En síntesis, la paradoja se explica en tanto la prisión constituye una institución útil para concentrar y controlar a cierto sector del "ilegalismo".⁵¹

⁴⁸ Foucault, M.; *Vigilar*...p. 33, donde textualmente dice: "...puede existir un "saber" del cuerpo que no es exactamente la eficiencia de su funcionamiento, y un dominio de sus fuerzas que es más que la capacidad de vencerlas: este saber y este dominio constituyen lo que podría llamarse la tecnología política del cuerpo".

⁴⁹ Foucault, M.; *Vigilar*...p. 233.

⁵⁰ Foucault, M.; *Vigilar*...p. 233.

⁵¹ Foucault, M.; *Vigilar*...pp. 282 y 283.

d. La prisión se convierte en un verdadero instrumento de modulación de la pena. La sanción impuesta por el juez se ve notoriamente transformada por efecto de la actividad de los encargados de su ejecución. En este sentido se opera un claro desplazamiento de los jueces, en favor de lo que, no sin cierta ironía, Foucault llama "soberanía docta del guardián".⁵²

e. Finalmente, de frente al repetido señalamiento de "el fracaso de la cárcel", ligado a su imposibilidad de bajar las tasas de reincidencia y a su impotencia resocializadora, Foucault señala que no hay tal fracaso. Por el contrario, los reiterados esfuerzos por "reformular" la prisión pertenecen a su propia estrategia de sobrevivencia; cada reforma lo que pretende es hacer los ajustes necesarios para convertir el castigo carcelario en un instrumento más actualizado y eficaz. En este contexto se explica también por qué, cuando se habla de reformar la prisión, se opera una fuerte resistencia que no viene sólo ni principalmente de las instancias judiciales, sino de las instancias, determinaciones y vínculos extrajudiciales que la cárcel tiene como institución encargada de ejercer un rol disciplinario y vigilante dentro de la sociedad.⁵³

Por último argumenta Foucault:

"Lo cual no quiere decir que (la cárcel) no pueda ser modificada, ni que sea de una vez para siempre indispensable para un tipo de sociedad como la nuestra. Se pueden, por el contrario, situar los dos procesos que en la continuidad misma de los procesos que la han hecho funcionar son susceptibles de restringir considerablemente su uso y de transformar su funcionamiento interno. Y, sin duda, están ya ampliamente iniciados. El uno es el que disminuye la utilidad (o hace creer los inconvenientes) de una delincuencia acondicionada como un ilegalismo específico, cerrado y controlado; ...El otro proceso es el crecimiento de los sistemas disciplinarios, la multiplicación de sus

⁵² Foucault, M.; *Vigilar*...pp. 17,28,29,247 y 250.

⁵³ Foucault, M.; *Vigilar*...pp. 85,86,236,247,269,273,276.

intercambios con el aparato penal, los poderes cada vez más importantes que se les atribuyen, la transferencia cada vez más masiva hacia ellos de funciones judiciales; ahora bien, a medida que la medicina, la psicología, la educación, la asistencia, el "trabajo social" se van quedando con una parte mayor de los poderes de control y de sanción, el aparato penal, en compensación, podrá medicalizarse, psicologizarse, pedagogizarse; y con ello se hace menos útil el eje que constituía la prisión, cuando, por el desfase entre su discurso penitenciario y su efecto de consolidación de la delincuencia, articulaba el poder penal y el poder disciplinario".⁵⁴

2.3. Las críticas al pensamiento de M. Foucault.

A Foucault se le han hecho dos críticas fundamentales. La primera apunta a la abstracción metodológica que domina su desarrollo, es decir, la concepción de la cárcel como un modelo casi metafísico, un arquetipo sin dimensión histórica precisa y en la que "la nueva estrategia del poder" parece cobrar vida y destino propios. La segunda apunta a la imposibilidad o indemostrabilidad, desde el punto de vista empírico, de generalizar sus conclusiones sobre el carácter disciplinante de la institución carcelaria. Se apunta que no siempre ni en todas partes, la prisión ha jugado ese papel disciplinante y, por el contrario, en la mayoría de los países, aun europeos, la cárcel ha sido el reino del caos, el desorden y la barbarie.⁵⁵

Críticas aparte, de lo dicho nos interesa, por el contrario, retomar ahora la última conclusión a la que arriba Foucault y que ha sido transcrita, no para suscribirla por completo, sino para tomar nota de un riesgo que efectivamente se corre siempre que se pone sobre el tapete el tema de la reforma penitenciaria. En efecto, no compartimos el radical escepticismo foucaultiano respecto de toda reforma en este campo.

⁵⁴ Foucault, M.; *Vigilar...* pp. 312 y 313.

⁵⁵ Neppi, G.; *Prólogo a Cárcel y Fábrica...* pp. 8 y 14.

Tal posición sólo deja abierta la puerta del abolicionismo radical e inmediato. Pero si creemos necesario advertir que cualquier reforma que tienda a sustituir la pena privativa de libertad, o bien a proponer nuevos mecanismos de control social alternativos, debe bien reparar en no convertirse en un medio para introducir meros dispositivos de normalización que simplemente releven, amplíen o utilicen el sistema de control social, sin superar el problema de una sociedad disciplinante, vigilante y castigadora. Si bien, como parece ser el criterio de Foucault, en todo intento de transformación jurídico-penal, no puede a nuestro criterio verse necesariamente una propuesta para ampliar la red, que agrava, en el sentido de extender y profundizar el control social, si consideramos claro que la definición del sentido y el contenido con que se hagan las propuestas transformadoras, y del seguimiento que se les proporcione desde instancias no centralizadas ni jerarquizadas de control político, pueden tener efectos realmente positivos, sea desplazando la cárcel como único y principal mecanismo de penalización —cosa que el mismo Foucault acepta como posible—, sea creando las bases de una sociedad en la que los espacios políticos se ensanchen (procesos de democratización), a partir de una reducción al máximo del campo de influencia del sistema penal tradicional, de una reducción al máximo de la cárcel como mecanismo de control o contención social y, paralelamente, de la creación de un sistema garantista que efectivamente proteja las libertades y derechos de aquellos que el Derecho penal señale como infractores.

3. **Cárcel y modo de producción capitalista:** D. Melossi y M. Pavarini.

“...el sistema carcelario oscila más y más entre la perspectiva de la transformación en organismo productivo propiamente, siguiendo el modelo de la fábrica —lo que en el sistema moderno de producción significa encaminarse hacia la abolición de la cárcel como tal—, o la de caracterizarlo como un mero instrumento de terror, inútil para cualquier intento de readaptación social”.⁵⁶

D. Melossi; M. Pavarini; *Cárcel y Fábrica*.

En este otro clásico de la literatura penitenciaria contemporánea, “Cárcel y Fábrica, los orígenes del sistema penitenciario”, de los italianos Dario Melossi y Massimo Pavarini, se nos plantea una hipótesis de la génesis y desarrollo de la institución carcelaria, en la Europa de los siglos XVI a XVIII, así como en los Estados Unidos de América en la primera mitad del siglo XIX. Como los mismos autores lo reconocen, tanto desde el punto de vista metodológico, que podríamos enmarcar dentro del materialismo histórico, como desde el punto de vista de la orientación del contenido de la investigación, su trabajo sigue las huellas de Rüsche y Kirchheimer.

3.1. Las líneas fundamentales de las propuestas de Melossi-Pavarini

a. Mediante la utilización del método materialista-histórico marxista, se busca dar una explicación del origen, desarrollo y correspondencia de la institución carcelaria en determinados períodos históricos con específicas características económico-sociales.

⁵⁶ Melossi, D.; Pavarini, M.; *Cárcel*...p. 24.

“La perspectiva de esta mayéutica inicial consistió, por lo tanto, en construir una teoría materialista (en el sentido marxista de la palabra) del fenómeno social llamado cárcel; o, mejor, extender para la comprensión de este fenómeno los criterios básicos de la teoría marxista de la sociedad.

Llegamos así a establecer una conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y el origen de la institución carcelaria moderna”.⁵⁷

b. Esta perspectiva de los orígenes de la cárcel enfatiza que su surgimiento, como mecanismo de control social, se ubica en el ocaso del modo de producción feudal y albores del capitalismo, cuando fue necesario controlar y disciplinar a la masa de campesinos que quedaba liberada de sus antiguos señores, siendo preciso amoldarlos a las nuevas condiciones de producción del taller o la fábrica.

c. Intimamente ligado a este fenómeno macrosocial, la posibilidad de retribuir con pena privativa de libertad la comisión de delitos, sólo fue posible en ese determinado estadio de desarrollo económico-social, en el que se había madurado el concepto de “equivalencia” medido como “intercambio de valores”.

“...respecto de la naturaleza de la equivalencia, “para que pudiese aflorar la idea de la posibilidad de expiar el delito con un quantum de libertad abstractamente determinado era necesario que todas las formas de la riqueza fueran reducidas a la forma más simple y abstracta del trabajo humano medido por el tiempo” (Pasukanis); en presencia, pues, de un sistema socioeconómico —como el feudal— donde no existía aún completamente historizada la idea de “trabajo humano medido por el tiempo” (léase: trabajo asalariado), la pena-retribución, como intercambio medido por valor, no estaba en condiciones de encontrar en la privación del tiempo un equivalente del delito. Al contrario, el equivalente del daño producido por el delito se encontraba en la privación de los bienes socialmente considerados como valores: la vida, la integridad física, el dinero, la pérdida de status”.⁵⁸

⁵⁷ Melossi, D.; Pavarini, M.; *Cárcel*...p. 18.

⁵⁸ Melossi, D.; Pavarini, M.; *Cárcel*...p. 20.

d. En el desenvolvimiento histórico de la institución carcelaria existe una íntima relación entre fuerza laboral disponible y orientación resocializadora de las penas privativas de libertad. Si la oferta de mano de obra escasea, los regímenes penitenciarios se suavizan, se proclama el fin resocializador y se vacían las cárceles; si, por el contrario, la oferta laboral es abundante, los regímenes penitenciarios tienden a endurecerse, se convierten en "instrumentos terroristas de control social" y se encierra masivamente a la gente.⁵⁹

e. Hay también, finalmente, una relación directa entre las condiciones de vida en la cárcel y la orientación que se le dé a esta institución. Así, las condiciones serán mejores si el trabajo productivo y remunerado, constituye el eje de la vida intramuros. Directamente relacionado con este tema, los autores afirman que históricamente se han aprovechado las condiciones de libre competencia en el mercado, para convertir el trabajo asalariado en las cárceles en mecanismo que regule, en el sentido de mantener topes máximos, los niveles de salarios.

"El universo institucional vive así de reflejo las vicisitudes del "mundo de la producción": los mecanismos internos, las prácticas penitenciarias resultan así oscilantes entre la prevalencia de instancias negativas (la cárcel "destruictiva", con finalidad terrorista) y la instancia positiva (la cárcel "productiva" con fines esencialmente reeducativos). Entre estos dos extremos (tomados como puntos ideales y abstractos) se sitúan las experiencias concretas de la cárcel".⁶⁰

3.2. Críticas a este planteamiento.

También este análisis ha recibido algunas objeciones. La primera de ellas apunta a que no es posible generalizar la historia del origen y desarrollo de la cárcel, como una consecuencia directa y única de los albores del capitalismo y, concretamente, al surgimiento de las casas de

⁵⁹ Melossi, D.; Pavarini, M.; *Cárcel*...p. 24.

⁶⁰ Melossi, D.; Pavarini, M.; *Cárcel*...p. 190.

manufactura ligadas a este fenómeno. Se señala que si bien esta afirmación puede ser válida para los *Bridewells* y los *Workhouses* de la Inglaterra Isabelina, o bien para los *Raphuis* holandeses, a la altura del siglo XVI, o incluso para las *Zuchthäuser* en la Alemania del siglo XVII, en otras regiones de Europa y particularmente en Italia, tal fenómeno no se produjo y la cárcel no puede ser ligada en su origen a esa específica formación económico-productiva. La segunda objeción que se hace al planteamiento de Melossi-Pavarini es la de cierta tendencia al dogmatismo y a la generalización abstracta de sus conclusiones, mismo señalamiento crítico que se le ha hecho a Foucault en sus análisis.⁶¹

Aquí nos interesa, sin embargo, para nuestros propósitos, destacar dos logros fundamentales de la obra de estos dos autores italianos. El primero consiste en formular una hipótesis esclarecedora y sólida del origen de la institución carcelaria contemporánea, estrechamente ligada, al menos en determinadas coordinadas espacio-temporales, al surgimiento del modo de producción capitalista. Este señalamiento parece estar hoy día fuera de discusión y, como bien se ha dicho, permite conocer la "matriz histórica" que explica el surgimiento de la cárcel moderna.⁶² Directamente relacionada con esta primera idea, se encuentra el segundo aporte importante de estos autores, a saber, la relación constante entre cárcel y trabajo (cuestión ya elaborada por Rüsche-Kirchheimer, pero que ellos desarrollan); o más específicamente la relación que existe entre modelos carcelarios y condiciones económicas estructurales, relación que parece poder ser con mayor frecuencia detectable, a lo largo de la historia, tanto en el énfasis que se dé o no al factor "trabajo" dentro de los regímenes penitenciarios, como a las vicisitudes de éste, según abunde o sea escasa la mano de obra socialmente disponible.

Precisamente, nos parece rescatable de estas enseñanzas, que conviene ser prudentes respecto de las

⁶¹ Neppi, G.; *Prólogo a Cárcel y Fábrica*, pp. 7-14; Hassemmer, W.; *Fundamentos*...pp. 353-354.

⁶² Baratta, A.; *Criminología*...p. 174.

reformas que se planteen al interior del sistema penitenciario, cuando de la variable "trabajo" se trata, a saber, cuando se plantee fortalecer o debilitar la naturaleza y organización laboral dentro de la cárcel. En estas hipótesis estamos sin duda ante propuestas cualitativas, inspiradas en estrategias socio-económicas generales y de indudable impacto en la orientación futura del sistema penitenciario. Los aportes de Melossi-Pavarini pueden ayudar a esclarecer, en última instancia, si las propuestas laborales que se hagan, habrán de servir como meras cajas de resonancia de los vaivenes y crisis económicas globales, o si, por el contrario, se puede hacer del trabajo un factor que coadyuve en una estrategia que reduzca al mínimo los efectos negativos del encierro, fortalezca las oportunidades de reinserción social y forme parte de una política criminal respetuosa de los Derechos Humanos fundamentales de los reclusos.

4. La cárcel Latinoamericana como instrumento genocida: E.R. Zaffaroni.

"No debe pensarse que sólo es la proyección futura de nuestros sistemas penales en el marco de un genocidio tecno-colonialista lo que marca la necesidad y urgencia de una respuesta marginal a la deslegitimación del sistema penal, sino que ya, ahora, nuestros sistemas penales están operando como un genocidio en acto".⁶³

E.R. Zaffaroni; En Busca de las Penas Perdidas.

El maestro argentino, E.R. Zaffaroni, se ha encargado, en los últimos años, de hacer algunas de las contribuciones más significativas desde el "margen latinoamericano", como gusta llamarlo él, al análisis crítico y a la comprensión de nuestros sistemas penales. No es entonces

⁶³ Zaffaroni, E.R.; En Busca...p. 127.

su desarrollo una hipótesis explicativa del origen de la institución carcelaria propiamente dicha, pero sí una descripción analítica de cómo funciona este sistema penal en América Latina. De ahí que hayamos creído conveniente incluir este punto de vista en el apartado que ahora exponemos.

4.1. Lineamientos principales en la posición de E.R. Zaffaroni.

Los rasgos más sobresalientes del planteamiento del Profesor Zaffaroni, siempre en línea a nuestro interés, están compuestos de las siguientes ideas:

a. Deslegitimación del sistema penal. Para este autor, está sobradamente demostrado, desde los aportes de la criminología liberal, a saber, el interaccionismo simbólico y la fenomenología; tanto como desde la criminología radical o crítica, la imposibilidad de defender la legitimidad del funcionamiento del sistema jurídico-penal, en lo fundamental, si se confrontan los principios y fines declarados doctrinariamente, con la realidad operativa de los sistemas penales.

b. La historia del "margen latinoamericano" está signada por el colonialismo. A una primera fase de colonialismo mercantil (siglo XVI), siguió el colonialismo de la revolución industrial (siglo XVIII) y seguirá, de no operarse una contrapropuesta organizada, la tercera fase de colonialismo, el tecno-científico (siglos XX-XXI). Todas estas formas de coloniaje han sido acompañadas de verdaderos genocidios y etnocidios de la población latinoamericana.

c. El sistema penal funciona, sobre los grupos que selecciona y señala, a través de todo un proceso de "tratamiento", consistente en perseguir a esos grupos mediante diversos mecanismos, que van desde los registros policiales hasta diversos métodos de encierro y neutralización, impidiendo su ingreso al mercado laboral por ser pública su "criminalización", convirtiéndolos en

"sospechosos profesionales" y en definitiva, deteriorándolos, sobre todo con los reiterados ingresos a la cárcel.⁶⁴

d. La prisión es definida por este autor como una auténtica "jaula deteriorante", veamos:

"...la parte más importante del deterioro condicionante la tiene a cargo la "institución total" que conocemos con el nombre de prisión..."

La prisión o "jaula" es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: genera una patología cuya característica más saliente es la regresión, lo que no es difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, vestirse, etc.)⁶⁵

4.2. Análisis crítico de las posiciones de este autor.

La posición final de Zaffaroni, pese al panorama apocalíptico que describe, es rescatable por sus conclusiones, a saber:

a. Posibilidad histórica de las naciones latinoamericanas de organizarse para contrarrestar la estrategia del colonialismo tecno-científico.

b. Optimismo respecto de la posibilidad de articular una respuesta político-criminal en el marco de un minimalismo garantista, construido sobre la base de los Derechos Humanos fundamentales.

"...creemos que es posible reducir los niveles de violencia, salvar muchas vidas humanas, evitar mucho dolor inútil, y, finalmente, hacer desaparecer un día al

⁶⁴ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* pp. 72,126,127,138 y 139.

⁶⁵ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* p. 139.

sistema penal y reemplazarlo por mecanismos reales y efectivos de solución de conflictos".⁶⁶

c. Finalmente se presenta en Zaffaroni, de partida, una visión no menos optimista respecto a la fundamentación antropológica que da pie a todo su planteamiento. Tal visión positiva se refiere a la esperanza de que la especie humana, como ocurre con todas las demás, no tenga "vocación suicida", y encuentre caminos para la superación de los grandes dramas y contradicciones en que vive.⁶⁷

Creemos, por el momento, rescatable de la visión del autor bajo comentario, que toda la labor deslegitimadora que realiza, para desembocar en una posición que permita superar "la impotencia (meramente) crítica", buscando tender un puente entre esa crítica y una fundamentación racional y legítima del Derecho penal, desde una importante contracción (minimalización) del sistema en dirección a su abolición, es una búsqueda válida y posible, tomando en cuenta las enormes contradicciones y dramáticas condiciones de vida que imperan en el "margen latinoamericano". También resulta un aporte trascendental el hecho de que, mediante la vía propuesta por Zaffaroni, se trate de evitar que los operadores del sistema se queden sin un instrumento, si bien "mínimo", para hacer funcionar el engranaje social evitando su colapso. No obstante lo anterior, consideramos que el diseño de una verdadera política criminal o penitenciaria sigue siendo incipiente y quizá sea esto a la vez el reto y la debilidad más importantes del planteamiento de Zaffaroni.

⁶⁶ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* p. 164.

⁶⁷ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* p. 164.

III. Propuestas Alternativas al Sistema Penal.

Las propuestas alternativas al sistema penal, en su conjunto, están íntimamente vinculadas con la discusión, más general, de los modelos o paradigmas que se han propuesto y evolucionado desde las diferentes posiciones criminológicas. Diríamos aun más. La evolución de la Criminología, como ciencia, ha determinado precisamente la postulación de esos distintos modelos y, en esa medida, la historia de una disciplina tan relativamente nueva como la Criminología es a la vez la historia de la explicación y crítica de las formas tradicionales de sanción penal.

1. Criminología tradicional y sistema penal.

Se ha denominado "criminología tradicional" aquella disciplina surgida a finales del siglo XIX que pretendió conocer y estudiar el fenómeno delictivo a partir de los siguientes presupuestos caracterizadores:

a. Se trata de una criminología positivista, es decir, una disciplina profundamente influida por el auge de las ciencias naturales en el siglo XIX.

b. De conformidad con dicha influencia, su metodología está centrada en el estudio de las causas del fenómeno delictivo, de ahí que se afirme que se trata de una disciplina con paradigma etiológico.

c. Su concepción antropológica del delincuente presupone la existencia de un conjunto de seres humanos que son anormales o diferentes y, en esa medida, objeto particular de estudio.

d. Estos seres humanos bio-psicológicamente diferentes y determinados a delinquir, deben ser sometidos a un tratamiento que modifique su conducta.

e. El fin de la pena, prácticamente centrada en la privación de libertad, es obtener un doble propósito: la prevención general, que impida a cualquier miembro de la

comunidad delinquir, movido por el temor al castigo; y la prevención especial, dirigida a lograr la corrección del infractor y su resocialización.

f. Como resultado lógico de esta propuesta criminológica, se presupone que el delito es una entidad ontológica, preexistente a la definición que el Derecho penal pueda dar de él y preexistente también a la reacción social que suscite.

g. La ideología que acompaña a toda esta concepción criminológico-positivista es la Defensa Social. Se trata de defender a la sociedad, conceptualizada como un conjunto homogéneo y consensual "bueno", de las agresiones de los infractores, seres éticamente "malvados" y jurídicamente "peligrosos".⁶⁸

La criminología tradicional, de impronta positivista, ha sido la que mayor influencia ha tenido en América Latina, con vigencia aún en nuestros días en los círculos institucionales oficiales, tanto a través de la ideología del tratamiento como a través del discurso legitimante del sistema penal y hasta como justificador ideológico de regímenes autoritarios y dictatoriales, que recientemente han sido calificados como "genocidas", según ya vimos, por una de las voces más autorizadas en esta materia.⁶⁹

⁶⁸ A. Baratta resume los principios que rigen la ideología de la Defensa Social en los siguientes aspectos fundamentales: principio de legitimidad, es decir, el Estado se encuentra de por sí legitimado para reprimir la criminalidad; principio del bien y del mal, a saber, existe una sociedad "buena" que enfrenta a un criminal "malo"; principio de culpabilidad, consistente en que el delito expresa una actitud interior reprobable; principio del fin o de la prevención, mediante el cual se le asigna a la pena la doble función de prevenir o contramotivar a los ciudadanos para que no cometan infracciones a la ley y, por otra parte, para que aquel que haya infringido esa norma legal logre corregirse y resocializarse; principio de igualdad, es decir, todos los infractores son tratados por ley de la misma manera; y principio del interés social y del delito natural, lo que significa que los códigos penales contienen normas que protegen valores fundamentales, comunes a todos los ciudadanos, que describen un elenco de delitos "naturales". (Baratta, A.; *Criminología*... pp. 21,22,28,36 y 37)

⁶⁹ Zaffaroni, E.R.; *En Busca*... pp. 45-47.

El encadenamiento criminología positivista–discurso legitimador del sistema–ideología de Defensa Social, ha sido cuestionado desde la década de los años treinta de este siglo, principalmente a partir de los trabajos de investigación de la sociología norteamericana. A los principales momentos de ese cuestionamiento dedicaremos el próximo apartado.

1.1. Nueva Criminología y deslegitimación del fin de la pena.

Pareciera haber consenso entre buena parte de los expertos en el sentido de que la labor deslegitimadora o desmitificadora de la criminología tradicional y del discurso oficial es realizada, en primer lugar, por los aportes de dos corrientes de investigación sociológica norteamericana: el interaccionismo simbólico y la fenomenología.⁷⁰ Estas escuelas de pensamiento dieron paso a la llamada "criminología de la reacción social", cuyo principal aporte consistió en la teoría del labelling approach o del etiquetamiento⁷¹ postulando que la criminalidad y en particular el criminal, no es un sujeto por naturaleza "malo" que comete delitos por efecto de alguna determinación bio-psicológica o social, sino un sujeto al que se le ha etiquetado con éxito como "criminal", por parte de las instancias formales con poder para hacerlo y a través de procesos de selección y señalización.

⁷⁰ Dice el Profesor A. Baratta: "Según el interaccionismo simbólico, la sociedad -esto es, la realidad social- está constituida por una infinidad de interacciones concretas entre individuos, a quienes un proceso de tipificación confiere un significado que es abstraído de las situaciones concretas, y continúa extendiéndose por medio del lenguaje. Asimismo, según la etnometodología (inspirada en la sociología fenomenológica de Alfred Schutz) la sociedad no es una realidad que pueda ser conocida sobre el plano objetivo, sino como producto de una "construcción social", obtenido gracias a un proceso de definiciones y de tipificaciones por parte de individuos y de grupos diversos". (Baratta, A.; *Criminología*... p. 85).

⁷¹ El libro clave para la introducción de este tema es Becker, H.; *Outsiders*, Nueva York, Free Press, 1963; traducción al español de J. Tubert; *Los Extraños*, Tiempo Contemporáneo, 1971.

A la par de estas fuentes originales de cuestionamiento y deslegitimación del sistema penal, Zaffaroni apunta:

*“...los aportes teóricos deslegitimantes que contribuyeron más efectivamente a la descalificación del discurso jurídico-penal en nuestro margen fueron la criminología de la reacción social en sus vertientes interaccionistas, fenomenológicas, marxistas de los autores que trabajan teóricamente a partir del reconocimiento de la eficacia deslegitimante de las anteriores, los de Foucault en cuanto a la “micro-física del poder” y los más recientes de la criminología de la economía dependiente”.*⁷²

El efecto fundamental de la teoría del *labelling approach* recae sobre el supuesto fin preventivo —general y especial—, de la pena y en particular cuestiona y desmitifica la pretensión reeducadora o resocializadora de la prevención especial en la prisión. Efectivamente, si “delincuente” sólo es aquel sujeto que cae en las redes de las instancias de poder que logran etiquetarlo como tal, mal podría seguirse sosteniendo que la pena, básicamente la prisión, pueda tener algún efecto preventivo en la generalidad de los ciudadanos, conminándolos a no infringir la ley y, mucho menos, podría seguirse argumentando que la pena pueda tener una función reeducadora que sirva para rehabilitar al individuo que ha sufrido una condena que funciona esencialmente como estigma.⁷³

Los desarrollos posteriores de la criminología contemporánea desembocan en la “nueva criminología” o “criminología crítica”, definida en principio a partir de su oposición a la criminología positivista y cuyos postulados fundamentales los podemos resumir como sigue:

a. Se trata de una disciplina que cuenta con los aportes de una serie de influencias metodológicas, a partir de la tercera década de este siglo, a saber, la sociología criminal norteamericana, el marxismo, la fenomenología, el interaccionismo, etc.

⁷² Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* p. 73.

⁷³ Baratta, A.; *Criminología...* p. 89.

b. Con ella se rechaza “el paradigma etiológico”, es decir, se niega que el objeto de la Criminología sea el estudio de las causas o factores que supuestamente determinan el fenómeno criminal. A cambio, se propone como nuevo objeto de estudio el análisis de los procesos de definición, a saber, las condiciones objetivas, estructurales y funcionales que explican el hecho de que a ciertos individuos se les señale como “desviados” o “delincuentes”.

c. Se niega en consecuencia la posibilidad de que el fenómeno delictivo tenga una realidad ontológica, preexistente a la definición legal de los códigos y de las reacciones sociales que suscita. Por el contrario, se afirmará que los procesos de definición acerca de lo que es y lo que no es delito —instancia legislativa—, sobre quiénes son señalados y perseguidos como delincuentes —instancia judicial— y quiénes, finalmente, son sometidos a pena —instancia penitenciaria—, obedece a rigurosos procedimientos de discriminación social. El delincuente no es un ser anormal, es un ser humano común y corriente, al que se le ha impuesto la “etiqueta” correspondiente.

d. Se rechaza la ideología del “tratamiento”. Si el criminal es tan sólo un hombre común y corriente al que se le ha puesto un rótulo, no tiene ningún sentido pretender modificarlo. Lo que está en cuestión no es la injusticia de una determinada conducta individual, sino la justificación de los procesos de definición institucional que “crean” la criminalidad y con ello, se cuestiona la “justicia” de la sociedad misma.

e. Se rechaza, en directa relación con lo anterior y como ya quedó dicho, el pretendido fin preventivo de la pena y, particularmente, la declarada finalidad de la pena privativa de libertad: la resocialización del delincuente.

f. La criminología crítica será cada vez más una disciplina que se aboca al cuestionamiento del Derecho penal y del sistema penal en su conjunto.⁷⁴ En este

⁷⁴ Baratta, A.; *Criminología...* pp. 166 y 167; Sancha, V.; *Entrevista...* pp. 87 y 88.

sentido, el logro fundamental que pretende reivindicar la criminología crítica es la desmitificación del principio de igualdad, tanpreciado a la ideología de la Defensa Social, y que es desmentido en la medida en que el Derecho penal se denuncia como instrumento seleccionador y discriminador, que sólo señala a ciertas conductas y persigue a ciertos sujetos.

“...la negación radical del mito del derecho penal como derecho igual, es decir del mito que está a la base de la ideología penal —hoy dominante— de la defensa social”.⁷⁵

Finalmente podríamos agregar que, más recientemente y desde una perspectiva más autónoma, no en función de negar la criminología positivista, la criminología crítica se ha definido como aquella disciplina en la que se incluyen todas las corrientes que, a partir de “un uso correcto del *labelling approach*, tiene en cuenta para sus elaboraciones teórico-prácticas no sólo los procesos subjetivos de definición criminal sino también “las estructuras materiales de la sociedad”; asimismo, esta disciplina busca sustituir “el punto de vista interno del sistema”, característico de la criminología oficial, por un punto de vista externo al sistema, que le permita no sólo una labor crítica frente al mismo, sino contribuir efectivamente a su transformación.⁷⁶

A la llamada “nueva criminología”, o “criminología crítica”, se le ha hecho la objeción fundamental de no superar el ámbito del mero cuestionamiento de lo existente, sin poder desembocar en una verdadera labor constructiva, en especial se le señala su incapacidad para elaborar una política criminal alternativa, en consecuencia con la labor deslegitimadora o desmitificadora que ha realizado. Parcialmente, esa crítica ha sido reconocida por alguno de los principales autores de esta corriente criminológica contemporánea, sin embargo, se ha alegado la gran resistencia natural que opone el sistema oficial y sus instituciones a aceptar esquemas transformadores. Una cierta esperanza cree verse en la apertura de espacios teóricos y políticos en el ámbito europeo actual. Lo que se

⁷⁵ Baratta, A.; *Criminología*...p. 168.

⁷⁶ Martínez, M.; *Qué pasa*...pp. 120, 121 y 134.

propone, aún en términos muy generales, es la posibilidad de impulsar proyectos concretos de reforma al sistema penal, con métodos adecuados y en constante retroalimentación con la práctica judicial y penitenciaria, que involucren a la opinión pública y a las instancias formales de poder.⁷⁷

1.2. La crítica de la prisión: un proceso irreversible.

Una de las cuestiones más debatidas en la nueva criminología ha sido la crítica a la institución carcelaria y específicamente al pretendido fin resocializador de la pena privativa de libertad. La labor deslegitimante y desmitificadora de la cárcel se ha realizado desde muy diversos puntos de vista.

1.2.1. La cárcel: institución negadora de los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Se ha señalado que la pena privativa de libertad contradice, entre otros:

a. El principio de legalidad. Dentro de la subcultura carcelaria “todas las sanciones son posibles”; por vía reglamentaria y administrativa, a través de una gran vaguedad e imprecisión en la formulación de las conductas objeto de sanciones, los privados de libertad se encuentran en manos de una Administración penitenciaria, representante estatal, en el peor de los casos militar, que goza de poderes ilimitados para definir, calificar y sancionar “disciplinariamente”.

b. El principio de debido proceso. Al interior de los centros penitenciarios sólo se da, en el mejor de los casos, un remedo de proceso en la imposición de sanciones, a veces tan o más graves que las previstas en los códigos penales. No hay derecho a una verdadera defensa, se anula o limita la posibilidad de presentar pruebas, no hay términos para obtener decisiones que limiten las diversas etapas del proceso, etc.

⁷⁷ Martínez, M.; *Qué pasa*...pp. 132 y 133.

c. Principio "non bis in idem". Con frecuencia, los privados de libertad son sometidos, por un mismo hecho, a dos diversas instancias sancionadoras: la disciplinaria, aplicada por la Administración, y la penal, aplicada por la ley sustantiva y procesal penal ordinaria.

d. Principio de igualdad. No es cierto que la ley penal, concretada principalmente en la pena privativa de libertad, sea aplicada por igual a todos los ciudadanos. Por el contrario, existe un proceso de discriminación que determina que la población penitenciaria provenga mayoritariamente de sectores subordinados o marginales de la sociedad.⁷⁸

Con esta línea de cuestionamiento, se revela la auténtica naturaleza del sistema carcelario y su contradicción intrínseca con respecto a los principios que rigen el régimen de derecho en el que está inserta. Para Sandoval Huertas, la prisión es una institución paradójica en la que se muestra "la región más oscura" de la organización estatal, en la medida en que, al interior de sus muros, se niegan todos los principios declarados para el Estado de Derecho; y a la vez, la cárcel es "la región más transparente", porque ella revela, con toda claridad, la verdadera naturaleza de un discurso legal que se niega y traiciona en la práctica, tanto para la sociedad en general como, con mucha mayor razón, para la población privada de libertad.

1.2.2. La cárcel: institución reproductora de la "clase criminal".

Se ha señalado, con otro énfasis y desde otra perspectiva, que la cárcel es el punto de culminación de un proceso de discriminación y selectividad producto de relaciones desiguales e injustas en el seno de la sociedad. Esos procesos discriminatorios comienzan en la familia, tienen un punto fundamental en la escuela y continúan en las organizaciones de asistencia social y control de menores (juzgados, orfanatos, etc.). En definitiva, la cárcel

⁷⁸ Sandoval, E.; *La región...* pp. 296-309.

está imposibilitada, a través de la pena privativa de libertad, de hacer efectivo el fin resocializador teóricamente propuesto, y, por el contrario, sirve como centro de entrenamiento y reproducción de la "clase criminal".⁷⁹

Las cárceles producen efectos opuestos a la reeducación y reinserción social de los condenados. El carácter represivo y uniformante que rige en ellas, anulan la individualidad, la libertad y espontaneidad propias de cualquier proceso educativo realmente edificante. Por otra parte, científicamente se ha demostrado el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, desestructuradores de la personalidad, problema agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados. En la práctica, se da un proceso de socialización invertido, "para la cárcel" que no logra ser equilibrado por ningún tratamiento psicológico o educativo. El privado de libertad experimenta, por un lado, un proceso de desocialización que lo separa de una vida en libertad y le impide posteriormente reinsertarse en ella; por otra parte, experimenta un proceso de culturización o prisionización que lo hace introyectar las pautas de conducta vigentes en la subcultura carcelaria. En resumen, la cárcel opera, a nivel del sujeto privado de libertad, como entrenamiento que afianza su carrera delictiva y, a nivel social, reproduciendo la "clase criminal" que ese conglomerado social "padece".⁸⁰

1.2.3. La cárcel: máquina deteriorante.

También, desde una perspectiva crítica, se ha dicho que en dirección a la concepción de la cárcel como "institución total" (Groffmann), o bien como "institución de secuestro" (Foucault), la cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluido, privado de todas las libertades y capacidades que

⁷⁹ Baratta, A.; *Criminología...* pp. 139,174,175 y 197; del mismo autor; *Observaciones sobre...* pp. 738,739 y 741.

⁸⁰ Baratta, A.; *Observaciones sobre...* pp. 738-747.

como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisionización o "cultura de la jaula", una especie de "inmersión cultural" en la que la propuesta del fin resocializador es evidentemente irrealizable, y por el contrario, ésta y la ideología del tratamiento, se revelan como discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional y, en esa misma medida, ilegítimo.⁸¹

Los diversos enfoques críticos coinciden en la imposibilidad de seguir legitimando el sistema penal y la pena por excelencia, la privación de libertad. Sin embargo, el debate es amplio y pueden reconocerse varias tendencias:

a. Quienes niegan la legitimidad del sistema penal y proponen su radical abolición; posición que defienden principalmente pensadores europeos: T. Mathissen, N. Christie, L. Hulsman, M. Foucault.

b. Quienes niegan legitimidad al sistema penal, proponen una contracción o minimalización del mismo y terminan justificándolo como "un mal menor"; posición que representa fundamentalmente L. Ferrajoli.

c. Quienes niegan la legitimidad del sistema penal pero consideran utopía impracticable su abolición radical e inmediata, optando por una minimalización de ese sistema como paso previo a su ulterior abolición. En esta posición se encuentran autores como A. Baratta y E.R. Zaffaroni.

2. Propuestas alternativas al sistema penal.

La labor de cuestionamiento y deslegitimación del sistema penal, iniciada como quedó dicho, por la sociología criminológica norteamericana hacia la tercera década de este siglo, tiene su punto de inflexión más importante, como ya también se dijo, en la teoría del *labelling approach*.

⁸¹ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* pp. 139 y 140.

Esa labor de deslegitimación, se centra en el cuestionamiento "desde fuera" del sistema de todos los mecanismos, instituciones y procesos que describe el fenómeno criminal, así como de la supuesta finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad. Es quizá la crítica a esta medida sancionatoria, su crisis y su fracaso, lo que ha desembocado en la llamada "criminología crítica" contemporánea, como ya quedó expuesto, y dentro de la cual podríamos ubicar:

"...todas las expresiones contemporáneas de un saber aplicado a la cuestión criminal en el que la teoría de la definición (*labelling approach*) es usado correctamente. Uso correcto de esta teoría en el estudio de la cuestión criminal significa tener en cuenta no solamente los procesos subjetivos de definición, sino también las estructuras materiales de la realidad que las condicionan y la espiral abierta que debe ligar la "objetividad" y la "subjetividad" en la interpretación de fenómenos del control social y de su significado en la reproducción de la realidad social en un determinado momento histórico".⁸²

Tendríamos que ubicar en consecuencia dentro de esta "nueva criminología" al movimiento abolicionista, al denominado *minimalismo penal* y al *neorrealismo inglés*. Esta clasificación se hace en razón estrictamente didáctica o expositiva, ya que el panorama de las tesis en discusión es sumamente reciente y complejo. Así, si bien es cierto todas estas corrientes de pensamiento coinciden en la crítica y deslegitimación del sistema penal y de la pena privativa de libertad, hay variantes y matices que simultáneamente las acercan o diferencian. Por ejemplo, desde posiciones abolicionistas se aceptan, en mayor o menor grado, reformas "parciales" al sistema vigente; desde el minimalismo se plantea la necesidad "táctica" de contraer el sistema penal como fase previa a la abolición final del mismo y, desde el neorrealismo, también se acepta la reducción o contracción del sistema jurídico-penal, como fase inmediata en una estrategia abolicionista de largo plazo.

⁸² Martínez, M.; *Qué pasa...* pp. 120 y 121.

2.1. El Abolicionismo.

El pensamiento abolicionista del sistema jurídico-penal es relativamente nuevo. Surge en las últimas dos décadas, primero en Escandinavia con autores como T. Mathiesen y N. Christie (Noruega) y luego en otras regiones europeas con L. Hulsman, R. van Swaaningen y H. Bianchi (Holanda), e incluso H. Steinert (Austria) y S. Scheerer (Alemania).

Se trata de una perspectiva o movimiento de autores que si bien conoce importantes matices y tendencias, tiene su identidad propia y una plataforma política relativamente homogénea.⁸³ Se han señalado como factores importantes que propiciaron el surgimiento del abolicionismo: la labor de deslegitimación del sistema penal hecha desde diferentes posiciones ideológicas y metodológicas; la crisis de la pena privativa de libertad; las transformaciones, más recientes, en el modelo estatal, sea la crisis del llamado "Welfare State" o Estado Benefactor; la supuesta incapacidad de la llamada "nueva criminología" de proponer respuestas adecuadas al problema de la delincuencia, a saber, una política criminal alternativa; y el surgimiento de movimientos sociales que cuestionan el uso actual del Derecho penal, sea como instrumento tradicionalmente selectivo y represivo, hasta puntos de vista nuevos, como el movimiento feminista y el ecologismo, que claman por su aplicación re-definida.⁸⁴

Pese a la pluralidad de tendencias y posiciones, podemos resumir los lineamientos más generalizados dentro del abolicionismo de la manera siguiente:

a. El sistema penal es irracional, ilegítimo e injustificable. El concepto de "delito" no tiene una realidad "ontológica", como pretende el discurso oficial que busca justificar el sistema; por el contrario, este concepto es una categoría contingente, producto de determinaciones

⁸³ Martínez, M.; Qué pasa... p. 140.

⁸⁴ Larrauri, E.; Abolicionismo... p. 95.

histórico-culturales. Los llamados "delitos" son en realidad "situaciones conflictivas o problemáticas", catástrofes sociales o interindividuales, riesgos, casualidades, etc.⁸⁵

b. El Derecho penal es incapaz de alcanzar los fines que declara perseguir. Particularmente se muestra impotente para evitar o disminuir la delincuencia (prevención general) o bien para resocializar al delincuente (prevención especial). Muy por el contrario, el Derecho penal, lejos de resolver los conflictos en que interviene, los agrava, empeorando tanto la situación del infractor —a quien confina al encierro—, como la de la víctima —a quien en la inmensa mayoría de los casos, no puede resarcir del daño sufrido—.⁸⁶

c. El Derecho penal se revela como un puro instrumento de selección y discriminación penal, desde las conductas que son señaladas como delitos (instancia legislativa), pasando por las conductas que son realmente perseguidas (instancia judicial), hasta las sentencias que son efectivamente aplicadas (instancia penitenciaria), señalan y definen una cierta clientela, socialmente discriminada y perteneciente a los estratos económicos más carenciados. Tal proceso representa una maquinaria que en última instancia sirve para reproducir cierto tipo de criminalidad y de delincuentes a quienes se infringe penas que carecen de todo sentido, principalmente, el encierro. La otra cara de este proceso discriminatorio consiste en que al sistema penal no llegan o no entran cierto tipo de conductas que, aunque formalmente tipificadas como "delitos" o de gran dañosidad social por sí mismas, son excluidas por tratarse de hechos relacionados con el uso y abuso del poder económico y político.⁸⁷

⁸⁵ Hulsman, L.; Bernat De Celis, J.; Sistema Penal... pp. 85 y 90.

⁸⁶ Larrauri, E.; La Herencia... p. 198; de la misma autora; Abolicionismo... pp. 104 y 105.

⁸⁷ Larrauri, E.; Abolicionismo... pp. 104 y 105.

d. Como ya se adelantó, para la crítica abolicionista, la institución carcelaria no sólo no cumple con las tareas que declara tener sino que opera para todo lo contrario. El pensamiento abolicionista tiene precisamente su punto de arranque en la crítica y propuesta de eliminación de la institución carcelaria. Sin embargo, el objetivo "táctico", según la evolución más reciente de sus principales representantes, es la de apoyar cualquier propuesta de reforma que ayude a mejorar las condiciones de vida de las personas privadas de libertad. Estratégicamente se trata, no obstante, de eliminar por completo la institución carcelaria. En este proceso, según el pensamiento más generalizado, hay que evitar el riesgo de sustituir la prisión por una red más amplia de mecanismos de control social que configuren en definitiva algo mucho peor, como lo sería la "sociedad disciplinaria", profetizada por Foucault.

e. En consecuencia, la abolición de la cárcel es sólo parte de la lucha más general por la eliminación del concepto tradicional de pena, de la eliminación del castigo como forma de resolver conflictos sociales y, con ello, de la eliminación total del sistema penal. En esta labor demoledora se incluye, por supuesto, la eliminación de la ley penal como mecanismo de intervención legal-formal en la solución de las "situaciones conflictivas", así como también el desmantelamiento de todo el aparato institucional de tribunales de justicia y carcelario. Lo que ha sido hasta ahora un irracional sistema de intervención ha de ser reemplazado por otro conjunto de mecanismos e instancias que solucionen las conflictos sociales de manera mucho más adecuada.⁸⁸

f. Esos mecanismos e instancias van desde la revalorización de los principios que rigen en comunidades primitivas (relaciones humanas cercanas y directas, "cara a cara", no verticalizadas ni jerarquizadas), que permitan devolverle a los particulares la posibilidad de resolver por sí mismos sus conflictos; hasta mecanismos e instancias

⁸⁸ Zaffaroni, *En Busca...* p. 102.

propios del Derecho civil, administrativo, de policía, etc., que posibiliten ese mismo objetivo. En este aspecto se trata de eliminar en lo posible el aparato judicial como mecanismo "supra-partes" de resolución de conflictos.

g. El andamiaje estatal, burocrático e inefectivo, tendrá que ser reemplazado por instancias comunitarias dinámicas y descentralizadas, que le den a la víctima una mayor relevancia e intervención en la "negociación" del conflicto.

h. No se trata de creer que pueda vivirse en una sociedad sin delitos o, como prefiere referirlos el pensamiento abolicionista, sin "situaciones conflictivas", sino de buscar nuevas formas para resolver esos problemas, sustituyendo el Derecho penal por respuestas que tomen en cuenta a la comunidad, a la víctima y al ofensor. El Derecho penal será sustituido por estas "medidas" que consisten básicamente en la compensación, reparación o restitución del daño causado a la víctima y, por otra parte, en el respeto a los derechos del ofensor, cuidando que no sea objeto de excesos vindicativos por parte de las instancias oficiales o por parte del mismo ofendido.⁸⁹

2.1.1. Diferentes énfasis dentro del movimiento abolicionista.

a. En principio, desde una posición más bien ortodoxa del marxismo, a T. Mathiesen se le reconoce la paternidad del abolicionismo al concretar su primera proclama.⁹⁰ Su construcción teórica se hace desde los conceptos básicos del materialismo histórico, a saber, determinación de la superestructura jurídica por la infraestructura económica de la sociedad; concepción del Derecho en general y del Derecho penal en particular como instrumento de dominación de una clase sobre otras

⁸⁹ Larrauri, E.; *Abolicionismo...* p. 112.

⁹⁰ Se trata del libro *The politics of abolition* editado en Londres, 1974.

y necesidad de abolir el sistema económico y social en su conjunto.⁹¹

b. L. Hulsman combina su metodología fenomenológica con un profundo humanismo de raigambre cristiana. El resultado es una posición existencial de "solidaridad vivida con los seres concretos o los grupos concretos: personas, animales, objetos concretos", que lo lleva a hacer un llamado a anteponer el valor del ser humano por sobre las instituciones y a tratar de desprofesionalizar, desinstitucionalizar y descentralizar la administración y atención de los conflictos sociales.⁹²

En efecto, este autor dice estar convencido de que deben retomarse principios y formas de resolver conflictos propios de las sociedades primitivas, de manera que sean los sujetos directamente afectados por esos problemas quienes busquen y encuentren soluciones, sin que el Estado les expropie de ese derecho. Frente a un sistema penal totalmente ilegítimo, la privación de libertad implica un castigo corporal por las privaciones de todo tipo que implica, y que además significa pérdida de empleo, deterioro de condiciones de vida y perjuicios para la familia del detenido. La prisión como forma más generalizada de respuesta penal es, en resumen, un universo alienante donde "toda relación está falseada" y "tal es lo que hace de la prisión un mal social específico: es un sufrimiento estéril ... La prisión es un sufrimiento no creador, carente de sentido. Este sentimiento es un contrasentido... En la prisión pierden los hombres su personalidad y su sociabilidad".⁹³

Quizá es en esta última tesis de Hulsman donde se encuentra uno de sus aportes más destacados, a saber, la crítica del sistema penal por ser una maquinaria que "causa sufrimientos innecesarios, que se reparten socialmente de modo injusto; no tiene efecto positivo sobre las personas involucradas en los conflictos; (y) es

⁹¹ Mathiesen, T.; *Überwindet...* ss. 163-190.

⁹² Hulsman, L.; Bernat de Celis, J.; *Sistema Penal...* p. 30.

⁹³ Hulsman, L.; Bernat de Celis, J.; *Sistema Penal...* pp. 50 y 51.

sumamente difícil someterlo a control".⁹⁴ Y lo paradójico de todo ello es que estos resultados reales del sistema penal, se dan sobre la base teórica declarada de que el Derecho penal sirve para evitar la delincuencia, hacer justicia y resocializar a través de la prisión, a quienes han cometido delitos.⁹⁵

c. Finalmente, podemos agregar que dentro de la corriente abolicionista, el autor que mayor énfasis ha hecho en la necesidad de resolver las "situaciones conflictivas" por medio de instancias comunitarias informales es N. Christie. Esto se debe al método histórico-antropológico que ha utilizado en sus análisis, centrados en el estudio de formaciones sociales primarias.⁹⁶ Los conflictos pueden dirigirse a través de relaciones intersubjetivas de horizontalidad, sin la burocratización y jerarquización que se presenta en los estados modernos. Directamente asociado a este planteamiento, está la idea de que la víctima debe tener mayor oportunidad de expresar sus aspiraciones, adquiriendo una mayor relevancia en el proceso y dándole al Derecho una notable "función simbólica", sirviendo de mediador en la solución de situaciones problemáticas a través de la discusión y el consenso, y no tanto a través del castigo. Por otra parte, en la medida en que se trata, al imponer una pena, de la aplicación de una sanción que significa "dolor", ella debe reducirse al mínimo y redistribuirse entre la comunidad toda en la que ha surgido el conflicto.⁹⁷

⁹⁴ En esta misma idea de "sufrimiento inútil o estéril" está inspirado el título de E.R. Zaffaroni *En Busca de las Penas Perdidas*.

⁹⁵ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* p. 103.

⁹⁶ Christie, N.; *Limts...* p. 81-90.

⁹⁷ Larrauri, E.; *Abolicionismo...* p. 110; Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* pp. 105 y 106.

2.1.2. Análisis crítico del abolicionismo.

Al movimiento abolicionista se le han reconocido dos méritos fundamentales: una crítica demoledora y coherente al sistema penal en general y a las instituciones carcelarias en particular; y una sólida posición ética válida frente a la inutilidad, dañosidad y dolor que produce el sistema, imponiéndose en consecuencia la búsqueda de alternativas al mismo.

Pero simultáneamente, se acusa al abolicionismo de dispersión y heterogeneidad metodológicas, en la medida en que se vale de todo tipo de escuelas y corrientes de pensamiento para su labor deslegitimadora. En esa misma medida se le achaca poca consistencia científica, la carencia de un planteamiento político global, la ausencia de una teoría del Estado coherente y la también ausente política criminal alternativa, para el caso de la desaparición del sistema penal que propugna.⁹⁸ Más recientemente, se les señala a los autores abolicionistas cierta ingenuidad en sus propuestas concretas para la solución de los conflictos sociales actualmente manejados a través del Derecho penal y un gran riesgo en el hecho de que, desaparecido el sistema penal, cunda la venganza privada y colectiva, o bien la remisión a instancias policíacas, psiquiátricas o administrativas de los conflictos, en orden a una "sociedad disciplinante" o con fuertes mecanismos de autocontrol moralistas, mucho peor de lo que podría ofrecer, por ejemplo, en Derecho penal garantista. En ese sentido se ha acusado al abolicionismo de ser "regresivo", frente a lo que podría ser una auténtica alternativa progresista de un Derecho penal mínimo, provisto de todas las garantías sustantivas y procesales.⁹⁹

Creemos que el mérito fundamental del movimiento abolicionista mundial ha consistido en su labor crítica de instituciones marcadas por un gran irracionalismo. Nunca podríamos estar de acuerdo con quienes sostienen que se trata de un movimiento regresivo, aunque sí consideramos

⁹⁸ Pavarini, M.; *El Sistema de Derecho...* pp. 141 y 142.

⁹⁹ Ferrajoli, L.; *Derecho Penal...* p. 36, 43 y 44.

que sus dos grandes debilidades estriban en la poca claridad de los mecanismos alternos al Derecho penal respecto de las conductas más dañinas o agresivas de ciertos miembros de la sociedad y a la falta de madurez en las propuestas globales de esas alternativas. No consideramos, sin embargo, que tal búsqueda sea inválida o inútil. Muy por el contrario, los señalamientos que ha hecho el abolicionismo para encontrar nuevas formas de resolución de los conflictos sociales —hoy enmarcados dentro del Derecho penal y el delito—, nos parecen un aporte fundamental que cada grupo social, según sean sus antecedentes y características propias, debe dedicarse a encontrar.

2.2. El Neorrealismo Inglés.

Para una comprensión amplia y cabal del neorrealismo inglés, habría que entrar a detallar lo que fue el paradigma de la criminología radical norteamericana de los años sesentas y su fuerte influencia en Gran Bretaña. Sobre todo, habría que tener presente cómo, esa criminología radical surge, se define y estructura sus tesis, de cara al enfrentamiento con la criminología tradicional, de impronta positivista. Ambos objetivos escapan al propósito que nos ocupa en este momento,¹⁰⁰ pero sí podemos hacer un esfuerzo sintético para tener una idea general de los orígenes y características fundamentales de esta tendencia crítica dentro de la criminología contemporánea:

a. Se trata de un grupo de autores radicados en Gran Bretaña, con una plataforma política homogénea, que en su caso es la socialdemocracia inglesa. Uno de los representantes más destacados de esta corriente lo es J. Young.¹⁰¹

b. Su evolución marca una ruta que parte del radicalismo de izquierda norteamericano y su posterior

¹⁰⁰ Para una visión amplia y detallada de esos desarrollos teóricos ver Baratta, A.; *Criminología...*; ver también Larrauri, E.; *La Herencia...*

¹⁰¹ Martínez, M.; *Qué pasa...* p.140.

revisión y reforma hasta desembocar en tesis social-demócratas.

c. Ese viraje del radicalismo al "realismo" —y de ahí su nuevo bautizo—, tiene su base en los siguientes fenómenos sociales: *necesidad de "tomar en serio" el fenómeno de la criminalidad común y cotidiana*, abandonado como objeto de estudio por la criminología radical; tal necesidad surge de la evidencia que arrojan estudios de victimología, cada vez más numerosos y contundentes, donde se demostraba la violencia criminal contra mujeres, niños y en general contra sectores sociales débiles, lo cual hizo llegar a la conclusión de que la criminalidad es, objetivamente vista, un fenómeno que causa amenaza y daño sobre todo al interior de las clases sociales bajas, más desprotegidas; *necesidad de retomar el estudio de las causas de la criminalidad*, también rechazadas por la criminología radical, según vimos, y entre las que se destacan las inherentes a la estructura económico-social, como el desempleo y otras condiciones estructurales del sistema social; *necesidad de jugar un papel activo frente al problema de la delincuencia*; lo anterior, desde el punto de vista político, para no continuar al margen de la posibilidad de influir, desde dentro del sistema, a través de la propuesta de reformas importantes. Se trata entonces con esta posición, de tener respuestas concretas a la delincuencia común, a la corrupción de las instancias formales como la policía o la judicatura, construir y con ello recuperar, la posibilidad de una estadística al servicio del conocimiento real e independiente de los efectos de la criminalidad, etc.

d. En el fondo, el neorealismo inglés se explica políticamente como la *búsqueda desde la izquierda de redefinir posiciones* en tanto la clase trabajadora, las mujeres y las minorías son clientela electoral tradicional de la socialdemocracia (Partido Laborista Inglés); así como presentar una propuesta alternativa, de cara a la realidad de la delincuencia común que se diferencia y se enfrenta a las concepciones, no menos políticas, simplistas y conservadoras, encarnadas en las campañas de "ley y orden" o de "seguridad nacional", con sus efectos

contraproducentes de pura represión y mayor violencia social.

e. En síntesis, el neorealismo inglés, surgido de la criminología hiperradical de los años sesentas y setentas, pretende no abandonar la crítica al sistema penal vigente, pero se define por la *vía de la reforma desde dentro del sistema*, defendiendo ahora una propuesta que en definitiva consiste en un Derecho penal mínimo y garantista. En este mismo orden de ideas, se define este movimiento bajo la óptica de un análisis pragmático de "costos-beneficios", por afirmar que es mucho más ventajoso mantener un sistema penal mínimo y garantista que proponer su abolición.¹⁰²

2.3. El Minimalismo Penal.

Podemos englobar dentro del minimalismo penal, corrientes y autores que ciertamente son diversos y en algunos puntos opuestos. Así, los rasgos que se pueden señalar para esta tendencia del pensamiento jurídico y criminológico contemporáneo son los siguientes:

a. No constituye un grupo de autores homogéneo ni necesariamente comparten una plataforma política común.¹⁰³

b. Sin embargo, su coincidencia principal está en una *deslegitimación del sistema penal y de la pena privativa de libertad* que, con énfasis diversos y diferencias de grado, todos estos autores están de acuerdo en proponer.

c. El camino que lleva a esta labor deslegitimante es la *necesidad de minimizar o contraer el sistema penal, todo cuanto sea posible, eliminando la institución carcelaria como forma de sanción penal y enfatizando el*

¹⁰² Larrauri, E.; *La Herencia...* pp. 182 y 198; Martínez M.; *Qué pasa...* p. 140 y 141; Young, J.; *Radical Kriminologie...* ss. 247-264.

¹⁰³ Martínez, M.; *Qué pasa...* p. 140.

garantismo sustancial y procesal en tanto se mantenga ese sistema penal mínimo.

d. El punto de divergencia más importante es que, mientras algunos autores ven esa minimalización del sistema penal como paso previo hacia la abolición del mismo (Baratta, Zaffaroni), otros rechazan la alternativa abolicionista y se quedan en la legitimación del Derecho penal y la pena "como mal menor" (Ferrajoli).

e. Consecuencia política importante del minimalismo, lo mismo que para el abolicionismo o el neorealismo, es que en el fondo se está proponiendo un modelo de sociedad nuevo, en la medida en que minimizar el sistema de control social implica transformaciones profundas en la organización y relaciones tradicionales básicas.¹⁰⁴

2.3.1. El minimalismo relegitimante de L. Ferrajoli

Las principales definiciones de Ferrajoli en punto a su concepción del Derecho penal y la fundamentación de la pena, parten de su polémica con el abolicionismo; así, para este autor:

a. El abolicionismo radical del sistema penal es inadmisibles por dos razones básicas: la primera consiste en que con tal política sobrevendría la venganza generalizada, —particular y colectiva—, como forma inmediata de resolver los conflictos; la segunda es el riesgo inminente de no encontrarse mecanismos adecuados que sustituyan el sistema penal en la solución de esos conflictos, y por el contrario, propuestas como recurrir a instancias comunales, administrativas, policíacas o médico-psiquiátricas, pueden tener efectos mucho peores que los que conlleva un sistema penal garantista.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* pp. 109 y 110.

¹⁰⁵ Ferrajoli, L.; *El Derecho...* p. 43; Zaffaroni, E.R.; *En Busca...* p. 108.

b. La pena se justifica siempre y cuando combine un doble propósito: el fin de prevenir delitos —rol que se le ha asignado tradicional y exclusivamente desde el Iluminismo—, y el fin de procurar el "menor daño posible" o "menor sufrimiento necesario" al infractor de la norma penal.¹⁰⁶

c. Debe eliminarse la institución carcelaria por ser una pena "inhumana, inútil y absolutamente dañina", pero a la vez debe mantenerse la pena "como técnica institucional de minimización de la reacción violenta contra la desviación socialmente intolerada".¹⁰⁷

d. El conflicto se torna en consecuencia un problema de costos y equilibrios: debe evitarse el alto costo que traería la venganza privada y colectiva así como los castigos excesivos y, por otra parte, el instrumento penal debe garantizar el máximo bienestar posible a todos los miembros de la comunidad que respetan las normas jurídicas (los "no desviados"), pero a su vez debe procurar el menor malestar posible a aquellos que se desvían, convirtiéndose en "infractores" merecedores de sanción penal. En síntesis, "Hay que prevenir tanto los injustos delitos como los injustos castigos".¹⁰⁸

e. El fin del Derecho penal es en consecuencia reducir al mínimo la violencia social. No se trata, para este autor, de reproponer la ideología de la Defensa Social, sino de convertir el Derecho penal en el "derecho de los más débiles frente a los más fuertes", entendiendo por esto no sólo al ofendido débil frente al delincuente fuerte, sino también al delincuente débil, frente a la venganza desmedida del ofendido o del aparato estatal de justicia, solidario con éste. En este mismo orden de ideas, el abolicionismo es regresivo pues de hacerse realidad sus

¹⁰⁶ Ferrajoli, L.; *El Derecho...* pp. 33 y 34.

¹⁰⁷ Ferrajoli, L.; *El Derecho...* p. 36.

¹⁰⁸ Ferrajoli, L.; *El Derecho...* p. 37.

planteamientos, se volvería a la barbarie violenta de las sociedades pre-civilizadas y lo que se torna realmente progresista e incluso utopista, es un Derecho penal mínimo y garantista.¹⁰⁹

f. Finalmente, se trata de reducir al mínimo el campo de acción del sistema penal, como se dijo también, eliminando la institución carcelaria y, a través de un Derecho penal sustantivo y procesal garantista, asegurar el doble fin propuesto para la sanción penal: prevención del delito y limitación racional del castigo.

Respecto de las posiciones sostenidas por Ferrajoli y fundamentalmente respecto de su justificación de la pena como *mal menor*, lo que implica la justificación, en esos mismos términos del Derecho penal "mínimo", las críticas no se han hecho esperar. A. Baratta replica que el análisis de los sistemas penales y de lo que históricamente han sido, revelan que dichos sistemas sancionatorios no han cumplido con las funciones que declara Ferrajoli; por el contrario "los más débiles" han sido a la vez "los más desprotegidos" y "los más reprimidos" por ese sistema.¹¹⁰ En términos similares ha replicado E.R. Zaffaroni, señalando que la propuesta de la necesidad de la pena para evitar la venganza ya se hizo hace siglos por parte del Iluminismo, siendo que tal "programa" nunca fue realizado. Agrega el profesor argentino que, por otra parte, en el plano de la realidad social, está sobradamente probado que el sistema penal funciona sobre un reducidísimo número de casos, quedando al descubierto la inmensa mayoría de ellos, sin que esta inoperatividad del sistema penal desencadene venganzas generalizadas; por el contrario, casos de impunidades gravísimos tampoco han provocado reacciones vindicativas de importancia.¹¹¹

Estas objeciones son a su vez contestadas por Ferrajoli con el argumento epistemológico ya visto en el apartado correspondiente a las diversas teorías fundamentadoras

¹⁰⁹ Ferrajoli, L.; *El Derecho*...p. 39.

¹¹⁰ Martínez, M.; *Qué pasa*...pp.140 y 141.

¹¹¹ Zaffaroni, E.R.; *En Busca*...p. 11.

de la pena Ferrajoli distingue, en primer lugar, entre teorías del fin de la pena, a las que llama *normativas* y que corresponden al *deber ser* del derecho y, aquellas teorías más bien *descriptivas*, correspondientes al *ser* del derecho. No es lógicamente admisible, para este autor, en consecuencia, descalificar una teoría sobre el fin de la pena (nivel del "deber ser" o normativo) con argumentos de lo que esa teoría ha sido en la práctica (nivel del "ser" o descriptivo); de tal suerte que no es posible afirmar que la pena, en tanto históricamente no ha servido ni para prevenir el delito, ni para resocializar al delincuente, tenga que abandonarse definitiva y totalmente como institución jurídica que proponga fines y sirva para fundar un Derecho penal mínimo y garantista.

Consideramos que el argumento de Ferrajoli, desde la perspectiva lógico-abstracta en que se plantea, es irrefutable. En el fondo, sin embargo, el problema sigue sin resolverse desde una perspectiva científico-formal. No existe ninguna razón fundada para esperar del sistema penal —por mínimo y garantista que se presente—, lo que a través de los siglos se ha mostrado incapaz de dar; pero a su vez, en abono de este autor italiano, tampoco tenemos suficiente fundamento para renunciar radical y definitivamente a la posibilidad de transformar el instrumento penal y darle, en la práctica, funciones y finalidad hasta ahora no logradas.

La posición de Ferrajoli salta el plano científico para abrazar el de las simples probabilidades, en el sentido de que un derecho tal y como él lo concibe, sí será capaz de realizar los fines propuestos. Pero tal propuesta queda librada a una comprobación futura, sin que sea del todo válido descalificarla o aprobarla. Si se ve con detenimiento, la postura de Ferrajoli no dista mucho, en última instancia, de la del abolicionismo más rancio. También desde este movimiento se termina "apostando" a la posibilidad de encontrar mecanismos de solución de conflictos superadores del sistema penal, cuestión que sigue abierta a la incertidumbre, es decir, a lo que, caso de concretarse las propuestas, nos traiga el futuro.

En consecuencia, es en la alternativa de deslegitimar el sistema penal y la pena, tal y como han operado hasta ahora, pero dejando abierta la posibilidad de una etapa de

transición hacia el abolicionismo, donde parece perfilarse la salida más “realista” y coherente, no sólo a la discusión teórica hoy planteada, sino a la superación efectiva del sistema penal. En sus respectivos ámbitos de influencia, creemos que ese es el camino trazado por el neorealismo inglés y es también la ruta a la que apuntan el “abolicionismo realista” de Baratta, o la “propuesta desde el margen” de Zaffaroni. Con estos dos últimos autores, sin embargo, creemos tener una diferencia importante: la posibilidad que existe de fundamentar el Derecho penal, aunque sea mínimo y en dirección a su abolición futura. Esa posibilidad es irrenunciable si no queremos caer en un contrasentido lógico y práctico, en la medida en que estaríamos permitiendo la operatividad de un sistema al que se reconoce absolutamente ilegítimo.

2.3.2. El minimalismo “realista” de A. Baratta.

El profesor A. Baratta ha ido construyendo en los últimos años una propuesta minimalista cuyos rasgos más sobresalientes podemos resumir así:

a. El sistema penal es ilegítimo y ni siquiera puede hablarse de que sea parcialmente útil.¹¹²

b. El sistema penal no puede realizar funciones instrumentales, es decir, no puede llevar a cabo los fines teóricamente declarados. A lo sumo, el Derecho penal, a través de la pena sólo puede realizar, en ciertos casos, funciones simbólicas, cuando se aplica como castigo a casos de suma gravedad como hechos delictivos que implican violaciones a los derechos humanos, perpetrados por los detentadores del poder político.¹¹³

c. Debe ampliarse el concepto tradicional de “sistema punitivo” para que con él se abarque no sólo el Derecho penal y las instancias formales u oficiales, sino que

¹¹² Martínez, M.; *Qué pasa...* p. 141.

¹¹³ Martínez, M.; *Qué pasa...* pp. 142 y 155.

además abarque las “penas extralegales y extrajudiciales”, como lo son las que aplican los grupos paramilitares o similares y que en la práctica forman parte importante del control social punitivo informal.¹¹⁴

d. Se trata de diseñar un Derecho penal mínimo y garantista. Esto significa que la ley penal cumpla con una serie de requisitos establecidos en las cartas de Derechos Humanos fundamentales. Este elenco de Derechos Humanos tendría una doble función: negativa en tanto limita la intervención penal y positiva en tanto defina el objeto de la tutela del Derecho penal. Este marco legal sería a su vez el sustento de una política criminal alternativa.¹¹⁵

e. La propuesta de mínima intervención está compuesta de un conjunto de principios divididos en principios intrasistemáticos, referidos al punto de vista interno del sistema y que indican los requisitos para la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley penal; y principios extrasistemáticos, referidos al punto de vista externo al sistema, que tienen que ver con los criterios políticos y metodológicos para una política de descriminalización y para la solución de los conflictos en forma alternativa al sistema penal tradicional.¹¹⁶

f. La meta es sustituir, a largo plazo, el sistema de justicia penal, pasando previamente por una fase de transformación del Derecho penal, especialmente de la dogmática jurídica. En este proceso debe facilitarse un “uso alternativo” del Derecho, haciendo de éste un instrumento de reducción y de control de la violencia punitiva.¹¹⁷

¹¹⁴ Martínez, M.; *Qué pasa...* p. 118.

¹¹⁵ Baratta, A.; *Principios...* pp. 623 y 627.

¹¹⁶ Baratta, A.; *Principios...* p. 627; Larrauri, E.; *La Herencia...* p. 198.

¹¹⁷ Martínez, M.; *Qué pasa...* p. 143.

g. Metodológicamente, Baratta propone integrar los elementos materiales y económicos del análisis, con el empleo de instrumentos indispensables que han sido desarrollados en el interaccionismo simbólico, marco adecuado para estudiar el fenómeno de la criminalidad.¹¹⁸

h. Este autor reconoce las dificultades y limitaciones que desde la criminología crítica se tiene para formular una política criminal alternativa viable. Señala que el principal obstáculo está en las políticas criminológicas oficiales, que operan en el interior de las instituciones encargadas de atender el problema de la delincuencia. Sin embargo, reconoce a la vez que en Europa se están abriendo algunos espacios políticos para ello y se permite proponer lineamientos generales para una política penal alternativa.

i. Esa política penal alternativa trataría de articular una serie diversificada de respuestas en distintas áreas de intervención: el Derecho, la Administración Pública, la comunidad, etc. En este punto, ante el fenómeno criminal, una política alternativa tendría que preocuparse por impulsar mecanismos de auto-organización con los afectados, movilizaciones político-culturales que hagan del problema criminal un asunto de interés crucial para la sociedad en busca de nuevas respuestas.

j. Se trata también de impulsar una amplia política de despenalización y descriminalización, intentando a la vez satisfacer las constantes demandas que de justicia hace la comunidad. Para lograr estos objetivos es importante una labor de difusión y concientización sobre el público, los políticos y los medios de comunicación masivos, para convencerlos de la necesidad de transformar las respuestas tradicionales que ofrece el sistema penal. Paralelamente, habría que consolidar ese mismo nuevo mensaje al interior de las instituciones encargadas de atender el problema delincuencia, a saber, las instancias policial, judicial y penitenciaria.

¹¹⁸ Martínez, M.; *Qué pasa...*p. 131.

k. Respecto del problema carcelario en particular, hay que reducir al mínimo el número de personas que se ingresan en los centros de reclusión penitenciaria y darle a esa población en encierro las mejores condiciones posibles, de tal manera que se reduzcan al máximo las condiciones deteriorantes de la cárcel. Así, las mejoras se alcanzarán no a través de la cárcel, sino a pesar de ella.¹¹⁹

l. Con todo lo anterior, y en especial con la posibilidad de poder realizar un trabajo efectivo en el interior de las instituciones, Baratta considera posible abrir espacios a reformas parciales en dirección a un cambio radical y de largo plazo. No ignora este autor el riesgo de caer en reformismos relegitimantes del sistema penal, pero apuesta a que la vertiente minimalista, que él defiende, podrá sortear dicho riesgo, convirtiendo el Derecho penal mínimo, dentro del marco de los Derechos Humanos, en instrumento de una fase previa que conduzca finalmente al abolicionismo. Precisamente este es el punto que lo separa y diferencia de la posición sostenida por Ferrajoli. Baratta estima que en este autor, la "reproducción ideológica del sistema" y en última instancia su relegitimación, resulta ineludible, en la medida en que Ferrajoli, al hablar de la pena como *mal menor* está, desde el mismo punto de partida, relegitimando la totalidad del sistema.¹²⁰

L. Ferrajoli, como ya fue visto, ha criticado a A. Baratta la imposibilidad de "deslegitimar" todas las teorías normativas referentes al *deber ser* del derecho, que proponen asignar a la pena determinados fines utilizando para ello teorías criminológico-descriptivas, a saber, de lo que el Derecho *ha sido en la práctica*, y que se refieren más bien a las funciones que la pena ha cumplido fácticamente. En ese mismo orden de ideas, Ferrajoli disiente de Baratta cuando éste llama "ideologías" a todas las teorías de la pena cuya finalidad resulta incumplida, proponiendo en cambio que tal calificativo debe dársele

¹¹⁹ Sancha, V.; *Entrevista...*p. 99 y 100.

¹²⁰ Martínez, M.; *Qué pasa...*p. 145.

más bien únicamente a aquellas teorías normativas cuya finalidad es inalcanzable —como es el caso de la prevención especial positiva con su fin resocializador—, mas no a aquellas cuya finalidad sólo es incumplida.¹²¹

Desde otro punto de vista, Zaffaroni criticó en su momento a Baratta la ausencia de respuestas político-criminales concretas, cuya consecuencia inmediata era dejar “anómicos” a los operadores del sistema jurídico-penal. Aunque casi simultáneamente le reconoció el esfuerzo que este autor ha hecho por articular respuestas en esa dirección, ligadas a los principios rectores de los Derechos Humanos. Subsiste, sin embargo para Zaffaroni, cierta vinculación o confusión que hace Baratta entre la limitación del Derecho penal y su justificación, lo cual le resta coherencia a su planteamiento.¹²² Por otra parte, el profesor argentino rechaza la imposibilidad que ve Baratta de construir un nuevo modelo integrado de ciencias penales, básicamente entre dogmática penal y criminología, haciendo una propuesta que pretende superar esa otra carencia. Esa propuesta de Zaffaroni es la que habla de un nuevo modelo de saber penal que se construya partiendo precisamente de la deslegitimación, admitiendo incluso la posibilidad última del abolicionismo y no necesariamente ligando esta propuesta a un nuevo modelo de sociedad.¹²³ Más recientemente, Baratta ha reconocido este aporte de Zaffaroni adhiriéndose a él.¹²⁴

3.2.3. El minimalismo de E.R. Zaffaroni: una propuesta desde el margen latinoamericano.

Ya hemos visto en un apartado anterior, cómo el profesor E.R. Zaffaroni ha hecho, desde Latinoamérica, una de las labores más importantes en la crítica y

¹²¹ Ferrajoli, L.; *El Derecho*...pp. 27 y 29.

¹²² Zaffaroni, E.R.; *En Busca*...p. 96.

¹²³ Zaffaroni, E.R.; *En Busca*...pp. 98-99.

¹²⁴ Baratta, A.; *Viejas y Nuevas*...pp. 77; Martínez, M.; *Qué pasa*...pp.141-142.

deslegitimación del sistema penal. Ahora nos interesa retomar sus ideas en punto a su propuesta, que nosotros ubicamos dentro del minimalismo penal y cuyos aspectos más relevantes podemos resumir así:

a. El punto de partida es la ilegitimidad de los sistemas penales latinoamericanos. Esa falta de legitimación es absoluta, tanto en el presente como hacia el futuro; no puede encontrarse siquiera una justificación parcial o probable del sistema penal, ni de la sanción penal por excelencia, la privación de libertad.

b. La única salida real es un Derecho penal mínimo, garantista, que tenga como marco para su formulación y limitación, el programa de Derechos Humanos fundamentales. La meta propuesta es bajar el nivel de violencia que impregnan nuestros sistemas penales y particularmente proteger la vida de millones de seres humanos amenazados por esta maquinaria genocida.

c. El Derecho penal mínimo no debe, sin embargo, concebirse como una finalidad en sí mismo. Es una etapa de transición hacia el abolicionismo definitivo de todo el sistema.

d. En la medida en que la “agencia judicial” signifique un mecanismo menos violento que otros modelos disponibles de control social y de solución de conflictos, el sistema penal garantista debe mantenerse e incluso ampliarse en su radio de influencia.

e. Frente a las propuestas minimalistas, lanzadas desde Europa, Zaffaroni argumenta que más que un “uso alternativo del derecho”, se requiere para América Latina un “derecho alternativo”, es decir, un instrumento jurídico que posibilite una “aceleración histórica” que permita eludir la amenaza de un colonialismo técnico-científico y, con ello, la prolongación de una transnacionalización del control social genocida.¹²⁵

¹²⁵ Zaffaroni, E.R.; *En Busca*...pp. 111,112,113 y 119.

f. Debe finalmente, según Zaffaroni, hacerse una clara distinción entre Derecho penal y sistema punitivo. Este último es algo más que el conjunto de órganos públicos que cumplen funciones penales; se trata también de los mecanismos e instancias formales e informales que "ejercen coerción" y que, en esa medida, forman parte del sistema de control social punitivo.¹²⁶

Debemos, llegados a este punto, hacer dos observaciones críticas que consideramos de importancia. La primera tiene que ver con la excepción que hace A. Baratta a la estrategia de la minimalización, referida a hechos que tengan que ver con graves violaciones a Derechos Humanos fundamentales, lo cual deja abierta la posibilidad de ampliación del sistema punitivo prácticamente ilimitada. En el mismo sentido, E.R. Zaffaroni, habla de la posibilidad de "ampliar" el Derecho penal garantista para incluir conductas hoy día no abarcadas por el sistema punitivo. A este respecto, bien se ha cuestionado E. Larrauri si un programa que amplíe el alcance del Derecho penal a todas esas conductas o "situaciones conflictivas" puede seguir siendo llamado "mínimo".¹²⁷ Lo anterior nos confirma aún más en la necesidad de dar una legitimación al Derecho penal, por mínimo que lo conceptualicemos y por muy de acuerdo que estemos en su abolición futura. La segunda crítica que personalmente suscribimos y que tiene que ver con el planteamiento de Zaffaroni, es la de que resulta sumamente difícil impulsar una minimalización del sistema penal, sin que ello implique, necesariamente, la propuesta de un nuevo modelo de sociedad. Quizá sea éste el aspecto que más tenga que ser trabajado en el futuro respecto de una propuesta alternativa de política criminal. Por supuesto que estamos de acuerdo con los argumentos que deslegitiman el sistema, tal y como funciona en la actualidad. También estamos de acuerdo en la necesidad de prefigurar una etapa intermedia entre lo que se tiene

¹²⁶ Martínez, M.; *Qué pasa...* pp. 141-143; Zaffaroni, E.R.; *Informe Final...* p. 438 y 439.

¹²⁷ Larrauri, E.; *La Herencia...* p. 230.

ahora y la futura abolición de ese sistema, concretada en un Derecho penal mínimo dentro del marco de los principios generales de los Derechos Humanos y cuyo objetivo inmediato sea bajar los niveles de violencia que nuestros sistemas penales producen. Pero esta tarea no creemos que pueda ser llevada a cabo al margen de un movimiento político-cultural que aborde simultáneamente problemas estructurales básicos como el de la producción y distribución de la riqueza social, las relaciones laborales y la satisfacción de demandas fundamentales como la alimentación, la educación, la salud, la vivienda, la recreación, etc. Si bien es cierto pueden plantearse varios frentes de lucha y uno de los focos más apremiantes es el constituido por el sistema jurídico-penal, se corre el riesgo de plantear reivindicaciones o reformas aisladas, que no encuentren apoyo, sino más bien todo lo contrario, en otros sectores sociales llamados a participar en la solución global de las áreas de conflicto de nuestras sociedades. Es en este punto, como puede verse de lo expuesto hasta ahora, donde la posición de A. Baratta, para el contexto europeo, parece haber ido bastante más lejos de lo construido hasta el momento para América Latina.

IV. Penas Alternativas a la Prisión, Sanciones Alternativas en el Derecho Penal y Alternativas al Derecho Penal.

1. Introducción.

El debate acerca de la deslegitimación del sistema penal tuvo su punto de partida, según ha quedado expuesto, en el cuestionamiento de la pena privativa de libertad, la cárcel, tanto por la evidencia de su deshumanizante efecto sobre las personas encerradas, como por la evidencia del fracaso de los fines perseguidos, particularmente la resocialización de los condenados. Así como Foucault pudo afirmar que la reforma de la prisión nace con ella misma, podríamos nosotros enfatizar que la búsqueda de alternativas a la cárcel y al Derecho penal es parte de la historia de estas instituciones. En consecuencia, creemos de importancia distinguir entre lo que se refiere —en un ámbito si se quiere de corto alcance— a simples penas alternativas a la prisión, de otras propuestas de mucho mayor perspectiva, a saber, la posibilidad de introducir un elenco de sanciones alternativas dentro del Derecho penal, tanto sustantivo como procesal y, lo que va aun más allá, la posibilidad de introducir alternativas que eviten el ingreso de determinados conflictos al sistema penal mismo. Hasta ahora, los logros en el plano legal o formal han estado constituidos fundamentalmente por la introducción de penas alternativas a la prisión, lo cual, a nuestro criterio, debe superarse por esas otras perspectivas de mayor alcance que hemos señalado. En efecto, hablar de alternativas a la prisión supone quedarse dentro del estrecho marco que hace distinción entre penas principales y penas accesorias,¹²⁸ y supone seguirle otorgando a

¹²⁸ El artículo 50 del Código penal costarricense, dice:

“Las penas que este Código establece son:

1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación.

2) Accesorias: inhabilitación especial.”

El proyecto de reforma a la Parte General del Código, como luego se verá, mantiene esta bipartición, aunque introduce una gama mucho más amplia de alternativas.

la prisión un rol protagónico a partir del cual se define y estructura toda la política penal de un determinado contexto jurídico. Superar esa estrecha visualización del problema, significa en consecuencia empezar a proponer reformas a los códigos procesal penal, penal sustantivo y, si las hay, a las leyes de ejecución penal, donde la pena privativa de libertad no conlleva necesariamente al encierro total con cercenamiento de todos los derechos y libertades individuales —como hasta ahora ha sido—; significa también reordenar el sistema de sanciones de manera que la prisión quede reducida a una medida de *última ratio*, dentro de un elenco o abanico mucho más rico y amplio de posibilidades, para quienes hayan entrado a la maquinaria del sistema y significa por último, superar esa estrecha visualización, la búsqueda de mecanismos adecuados que impidan, de principio, en el mayor número de casos posible, que el conflicto social —tradicionalmente llamado "delito"— ingrese precisamente a esa maquinaria.

Paralelamente a este debate, hay otro de transfondo que no podemos dejar de retomar en este momento. La vía de plantear alternativas a la prisión y al Derecho penal corre el riesgo, según algunos autores nos lo han advertido, de convertirse en una ampliación de las redes, en vías a la conformación de una sociedad autoritaria y disciplinante, funcional a partir de un sofisticado aparato de control social. Pero a esta manera de ver el problema, se contrapone la de quienes ven en la búsqueda de esas alternativas, la posibilidad de sortear ese riesgo, mediante la contracción y abolición final del sistema penal mismo, en la perspectiva de edificar sociedades en las que los conflictos sociales puedan resolverse de manera mucho más racional, adecuada y democrática.

Las líneas maestras que permitirían la distinción entre una y otra vía está, según lo entendemos nosotros, en los siguientes puntos:

a. La constitución de mecanismos idóneos para la efectiva reparación del daño causado por la conducta "delictiva" o, si se prefiere usar un nuevo lenguaje, de la conducta "conflictiva" o "negativa". Por supuesto que en ningún caso se trata de propiciar la mera impunidad y el ofensor debe siempre resarcir el daño que ha ocasionado.

b. La solución de los conflictos, hasta ahora objeto del Derecho penal, depende de la introducción de instancias y medios racionales y proporcionales, de tal suerte que la respuesta social e individual al problema no propicie su expansión o agravación.

c. La víctima, el victimario y los terceros afectados, deben convertirse en los protagonistas fundamentales de la resolución del conflicto que es suyo y los afecta preponderantemente a ellos. Se trata de oír y satisfacer las pretensiones del ofendido, tanto como de proteger y garantizar los derechos personales del ofensor. Creemos sin embargo indispensable mantener cierto número de conductas que por su dañosidad y trascendencia social no pueden dejarse en manos únicamente de los afectados directos.

d. Debe propiciarse la modificación del concepto de "ley penal" como fórmula general y abstracta, válida para todos los casos, independientemente de las características particulares y personales de los involucrados en el problema. Hay que empezar a contemplar la posibilidad de que esos conflictos sean resueltos a través de mecanismos informales, en los que el contenido de la norma que lo resuelva sea "llenado" por los propios afectados y sus negociaciones.

e. En estrecha relación con lo anterior, hay que reducir el rol supra-partes y protagónico que ha venido jugando el aparato institucional (policía, tribunales de justicia, administración penitenciaria), en la resolución de los conflictos, para que en el peor de los casos, sean mediadores o interlocutores válidos y legítimos que ayuden a resolver, pero no a decidir por sí solos, el fondo de la situación conflictiva presentada.

Bajo la perspectiva de tales premisas, conviene entrar a ver las características más importantes y el tratamiento formal o informal que se ha dado a las alternativas a la prisión y al Derecho penal en algunos países europeos. Hemos seleccionado cuatro países bajo los siguientes criterios: Holanda, por considerarse vanguardia, a nivel mundial, de las políticas criminales novedosas; Alemania

e Italia, por haber experimentado, a partir de la mitad de la década de los años setentas, procesos similares, tanto en las propuestas como en los desarrollos posteriores de sus experiencias; y hacemos finalmente una breve mención de España por ser un modelo bastante conservador que ha acusado cierto subdesarrollo en esta materia y, en esa medida, es prototipo de lo que en nuestro criterio ha sucedido en la mayoría de los países latinoamericanos, a los que les dedicaremos otro capítulo.

1.2. El caso de Los Países Bajos.

Cuando de Holanda se trata, hay que decir, en primer lugar, que estamos frente a una nación de larga y consolidada tradición democrática. Durante el presente siglo ha desarrollado una política general sobre la base del concepto de Estado Benefactor, propiciando legislación social protectora de menores, mujeres, minorías, y atendiendo problemas claves como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda. Se trata también de una sociedad con una cultura política que descansa sobre la negociación y el consenso, sin grandes desgarramientos o traumas internos.

En consonancia con esas tendencias generales, podemos decir que Holanda ha generado una política criminal que ha estado a la vanguardia del desarrollo universal. Se desconoce la pena de muerte desde 1860 y de hecho, desde esa misma época, no se aplican penas perpetuas; asimismo los institutos de la suspensión de penas y de la libertad condicional se introdujeron en legislación que data de 1915. Por otra parte, la resocialización se ha consagrado, desde décadas atrás, en el fin de la pena privativa de libertad procurándose, también desde siempre, mantener un cierto nivel de respeto por los derechos básicos de los presos. Todo esto ha hecho de Holanda un país al que tradicional y generalmente se le reconoce su labor humanitaria y progresista en materia de política criminal.¹²⁹ El desarrollo de esas políticas en los últimos cuarenta años trataremos de resumirlos de seguido.

¹²⁹ Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* pp. 2, 3 y 7.

1.2.1. Primer período: la descarceración 1950-1975.

El documento jurídico clave en este período, con rango de ley, lo constituye el "Acta de Principios Penitenciarios", promulgado en 1951. Los lineamientos básicos de la política penitenciaria que se establece están conformados por:

a. El fin resocializador de la pena privativa de libertad se enuncia como "principio-guía" de la política criminal holandesa. Sin embargo, la necesidad de transar con sectores políticos más conservadores dio como resultado la incorporación simultánea del principio retributivo de esa pena. La redacción final del texto reza literalmente:

*"Bajo el mantenimiento de la naturaleza (se sobrentiende retributiva) del castigo..., la ejecución de la condena debe preparar al reo para su regreso a la sociedad".*¹³⁰

b. El principio resocializador se conseguiría, según esta misma legislación, reemplazando el rígido sistema penitenciario celular anterior, por un régimen "comunal limitado", combinando el encierro celular con actividades fuera de las celdas; se implementarían diferentes cursos educativos, asistencialismo de trabajadores sociales para otras necesidades de los reclusos y atención psiquiátrica para los casos requeridos; a nivel legal se formuló un elenco de "derechos y problemas" básicos de los detenidos y a nivel ideológico se puso énfasis en la necesidad de tratar al reo como persona normal y no como un "desviado" o "anormal". ✓

c. Para 1977, con el propósito de preparar a los detenidos para un adecuado regreso a la sociedad y con el fin de limitar sus libertades y derechos a lo estrictamente necesario, se agregó al Acta de Principios Penitenciarios, un capítulo de "procedimiento formal de quejas".

¹³⁰ Párrafo 26 del Acta de Principios Penitenciarios (1951).

d. A la par de estos principios penitenciarios, la legislación penal y procesal penal, así como la instancia judicial, propiciaron la interposición de penas privativas de libertad en el menor número de casos posible y también se evitó al máximo la encarcelación por períodos cortos o la imposición de penas de prisión excesivamente prolongadas.

Todo lo anterior definió en Holanda, entre 1950 y 1975, un período caracterizado por una clara política criminal inclinada hacia la descarceración que por diversos factores, como se verá enseguida, fue modificándose paulatinamente.

1.2.2. Segundo período: la época del fracaso (1975-1980).

Ya para finales de la década de los años sesentas, las tasas de encarcelación comenzaron a subir en Holanda. Poco después, para el período que va de 1975 a 1990, ese fenómeno se agravó al punto de que la tasa de ingresos a centros penitenciarios se triplicó.¹³¹

Las causas de este fenómeno han querido verse no tanto en el "fracaso" del principio resocializador de la pena privativa de libertad, como en fenómenos macro-jurídicos paralelos, ligados sobre todo a la agencia judicial en puntos como: imposición por parte de los jueces de condenas largas, contra la tradición holandesa, en un clima desatado de "guerra contra el tráfico de drogas"; la ampliación de los criterios para imponer la prisión preventiva; y el incremento en la construcción y capacidad de las cárceles, sobre la base de que la delincuencia común se había incrementado.

Los efectos prácticos de este período del "fracaso" fueron, por un lado, la ya señalada expansión del sistema carcelario y, aunque en apariencia paradójico,¹³² la

¹³¹ Por cada 100.000 habitantes, la población carcelaria pasó en este país de 17 (en 1975) a 52 (en 1992); de igual manera, se pasó de 2.356 celdas disponibles (en 1975) a 7.624 (en 1992). (Ver Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* p. 25).

¹³² Decimos "aunque en apariencia paradójico" porque visto

introducción de distintas medidas y sanciones alternativas a la prisión. En todo caso, de transfondo estaba la convicción de que el fin resocializador en el encierro es inalcanzable y que la búsqueda de soluciones debía continuar. Las propuestas alternativas, ya fuera para evitar que el conflicto ingresara al sistema penal, ya fuera para resolverlo en el curso del proceso mismo, se concretaron en las siguientes medidas:

a. Eliminación de las penas privativas de libertad cortas, objetivo que se logró a través de la otorgación general y casi mecánica del beneficio de ejecución condicional de la pena en condenas de hasta dos años de prisión.

b. Resolución de la mayor cantidad de conflictos a través de vías "extra-sistémicas" de entendimiento.

c. Desviación de casos tradicionalmente considerados delictivos, en los estadios más tempranos del proceso penal. Esto se logró a través de la introducción en el proceso mismo del principio de oportunidad. En Holanda, el principio de oportunidad permite a diferentes autoridades y a través de todas las fases del proceso (Policía, Ministerio Público, Judicial), suspender o retirar una serie de casos, sea por consideraciones técnicas (por ejemplo, falta de pruebas), sea por razones políticas (irrelevancia del caso, no-contrariedad del hecho con el interés público, etc.), lo cual implica un gran poder de decisión delegado en las distintas instancias de autoridad.¹³³ En la práctica, la amplia posibilidad que

detenidamente, el fenómeno obedece a una sola y coherente lógica: la "contención" del problema criminal a través de todos los medios posibles, es decir, más cárceles y más alternativas a ellas ante los límites "naturales" que esa institución soporta. Ya veremos que el problema estriba no tanto en las estrategias mismas de plantear alternativas a la cárcel y al sistema penal, como en la naturaleza y orientación de las mismas.

¹³³ Aquí hay que hacer la aclaración de que en Holanda esa capacidad de "desviación", para el caso de la instancia policial, funciona informalmente, como en la totalidad de los países del mundo, es decir, sin que

tienen sobre todo los fiscales holandeses para renunciar a la persecución penal, es una deliberada, aunque indirecta, política de alternativas. A la base de este amplio poder discrecional está el principio de que no debe haber persecución penal a menos que exista un caso de claro interés público de por medio.¹³⁴

d. En 1979 se introdujo, como medida alternativa de sanción penal y en fase de experimentación, el llamado trabajo gratuito de interés público. Ya en 1984 se convirtió esta alternativa en una sanción formal de castigo, según reforma del párrafo noveno del Acta de Principios Penitenciarios y, para 1989, esa disposición legal tuvo que volverse a reformar para quedar convertida en una medida que sólo puede aplicarse si el acusado la solicita, como forma alternativa de sanción a la cárcel. Esta fórmula convierte el trabajo gratuito en el único castigo que curiosamente puede solicitar el propio convicto, lo cual tuvo que disponerse así para no entrar en contradicción con el principio de que los trabajos forzados, como forma de castigo, están prohibidos en Holanda.

La mayoría de las "sanciones alternativas" han sido organizadas y supervisadas por un servicio de funcionarios de "probation", dependencia no adscrita al Ministerio de Justicia, encargada de la ejecución de estas medidas cuando el condenado las solicita. Algunos de los programas específicos ligados a esta alternativa son:

a. Plan de Entrenamiento en Tareas Sociales. El Juez puede suspender una pena privativa de libertad, a

tenga un respaldo legal explícito que lo autorice. El caso es diferente, por el Principio de Oportunidad dicho, respecto de los miembros del Ministerio Público y, por supuesto, de los Jueces, que sí cuentan con ese respaldo formal para desechar o interrumpir el desarrollo de un caso, sea en su fase inicial, sea en las etapas intermedias y hasta finales del proceso.

¹³⁴ A la base de un adecuado funcionamiento de este principio de oportunidad, por lo demás jerárquicamente controlado, están fenómenos sociológicos de importancia como el respeto y credibilidad que puedan inspirar -y que de hecho en los Países Bajos inspiran- las autoridades públicas. (Ver Van Swaaningen, R.: *Uit Beijerse, J.; Las Paradojas...* p. 7).

solicitud del servicio de "probation" con la condición de que el condenado se someta, con su consentimiento, a determinado curso de enseñanza o entrenamiento de proyección social. El agente del Ministerio Público es puesto en conocimiento de la medida tomada y puede en cualquier momento gestionar la revisión de la misma para su revocatoria.¹³⁵

b. Plan de Entrenamiento en Tareas Específicas. Estas alternativas consisten en definir tareas con algunos objetivos educativos específicos, conforme a la naturaleza del delito de que se trate. El proceso se lleva a cabo normalmente y el juez reduce la pena o hasta la puede eliminar, si el acusado se ha sometido a la tarea educativa que se le ha propuesto. Ejemplos de estos planes específicos son: Curso sobre Alcoholismo en Accidentes de Tránsito; Intervención Terapéutica para casos de Incesto; Proyectos de Educación no Terapéutica para Delitos Relacionados con Drogas (sobre todo orientados a que consumidores de drogas "duras" se desintoxiquen y dejen el hábito); Cursos Educativos contra el Vandalismo, dirigidos a restaurar los daños producidos, por ejemplo, por los conocidos "hooligans" en el fútbol, a quienes el juez puede imponer condiciones financieras en lugar de privación de libertad; Proyecto de "Exploración Carcelaria", consistente en la visita o detención hasta por una hora en la cárcel, dirigida a aquellos delincuentes, sobre todo juveniles, para los que no han funcionado las llamadas de atención policiales o las más formales reprobaciones judiciales por determinadas conductas. ✓

c. Otra forma alternativa de sanción que ha surgido casi espontáneamente es el acudir a la vía civil, para reparar los daños causados por el incumplimiento de un arreglo o acuerdo respecto de una conducta dañina que en principio era de naturaleza penal. Ha sucedido, sobre todo en casos de amenazas, daños u ofensas a mujeres, que acuerdan con el victimario determinados resarcimientos que sin embargo son incumplidos. La solución del

¹³⁵ Van Swaaningen, R.; *Uit Beijerse, J.; Las Paradojas...* pp. 9, 10 y 11.

problema se consigue manteniendo la despenalización del conflicto, pero acudiendo la parte ofendida a la jurisdicción civil para los reclamos del caso.

d. Por supuesto que hay que mencionar también las clásicas modalidades de suavización o alternativas al encierro estricto: detención durante el día con pernoctancia en el hogar; pernoctancia en la cárcel con trabajo diurno; visitas al hogar en fines de semana, otros.

e. Finalmente, se han desarrollado acuerdos judiciales, que funcionan de manera bastante informal. En este caso nos encontramos frente a las llamadas "sentencias no punitivas" como el caso de fallos judiciales penales, estrictamente compensatorios; las órdenes también judiciales penales de tratamiento psiquiátrico obligatorio; la privación de beneficios ilegalmente obtenidos; arreglos económicos con el Estado, como algunos modelos de "transacción" con la Policía o el Ministerio Público, para evitar un proceso posterior en delitos fiscales o similares. Esta última medida es criticada por el peso que tiene el factor estrictamente económico, es decir, por la posibilidad que tendrán de transar sólo aquellas personas con suficientes ingresos para hacerlo.

El balance general durante este período del "fracaso" es un fortalecimiento del sistema carcelario holandés, tanto cuantitativa como cualitativamente y, por otro lado, una búsqueda dirigida a plantear alternativas a la pena privativa de libertad clásica, sobre todo en razón de las limitaciones estructurales o naturales que tiene este instrumento penal, a saber, los altos costos económicos de construir y mantener más cárceles, acompañado del convencimiento, más ideológico, de que el encierro no cumple ninguno de los fines asignados programáticamente.¹³⁶

¹³⁶ En 1990 hubo en Holanda 16.321 condenas a prisión incondicionales, frente a 7.153 sentencias a servicios comunitarios y 6.700 Cursos sobre Alcohol en Accidentes de Tránsito. Tales resultados revelan que, al menos cuantitativamente, sólo estas dos últimas formas alternativas tienen algún significado real frente a la pena privativa de libertad. (Ver Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* pp. 11, 12 y 13).

1.2.3. Tercer período: la contradicción entre teoría y práctica (1980-1990).

En informe oficial emanado por el Ministerio de Justicia del año 1982, se evalúa la tendencia para entonces evidente de expansión del sistema carcelario holandés. En este documento se comienza por reconocer que la cárcel misma es el principal obstáculo para la adecuada resocialización de los condenados; se interpretó también que era difícil preparar al detenido para su reingreso a la sociedad, sobre el presupuesto, contradictorio, de la segregación y se vio como salida la necesidad de centrar una nueva política penitenciaria en la humanización de las condiciones de vida de los centros de detención y minimizar los daños causados por la reclusión.

Los medios que se propusieron para hacer realidad esta nueva política "humanitaria" fueron la regionalización de los centros de detención, de manera que el reo estuviera lo más cerca posible de su lugar natural de residencia; se regularizó un sistema progresivo de ejecución penal, de manera que el preso pudiera ir alcanzando poco a poco regímenes más abiertos y se creó una serie de regímenes especiales para grupos con problemas también especiales, como drogodependencia, enfermedades mentales, etc.

El otro documento clave, en la más reciente política criminal holandesa de este período, está constituido por el programa "Sociedad y Delito", (Ministerio de Justicia, 1985) que pretende ser una respuesta al crecimiento de la delincuencia común de poca monta. En este nuevo instrumento jurídico se proclama una "reorientación radical" y una enunciación de "claros principios" que ayuden a resolver el problema, socialmente percibido como cada vez más grave, de la pequeña delincuencia urbana. A este respecto, fueron acogidos tres principios-guías para enfrentar la delincuencia menor:

a. Reforzar el control que cierto tipo de profesionales y trabajadores puedan ejercer, tales como los conductores de autobús, los conserjes en los edificios públicos y privados, los empleados de tiendas, los entrenadores deportivos, los trabajadores sociales juveniles, etc., para controlar eventuales infractores.

b. Desarrollar un medio ambiente urbano acorde con el planteamiento de una ciudad con espacios y posibilidades de recreo y seguridad, con criterios arquitectónicos dirigidos a la prevención de oportunidades para delinquir; y

c. Reforzar los lazos de unión entre las jóvenes generaciones y el resto de la sociedad.¹³⁷

En Holanda, la contradicción ahora estriba en que a nivel de la instancia legislativa, el Parlamento ha estado percibiendo el problema de la criminalidad, en los últimos años, como asunto al que hay que aplicar remedios "duros" y no "blandos" como los intentados en décadas pasadas. Se percibe el problema de la criminalidad como un fenómeno del cual hay que proteger a la sociedad, con lo que se retoman la ideología "peligrosista" y de Defensa Social; por otra parte se hacen en general consideraciones de tipo cuantitativo (a cuántos hay que encerrar) y no cualitativo (si el encierro logra algún efecto positivo), lo cual, en la práctica, se ha traducido en una política penitenciaria que acentúa la tendencia a edificar más prisiones como respuesta inmediateista y al endurecimiento del sistema penal en general.¹³⁸

Por su parte, las alternativas a las sanciones penales se han transformado en la práctica en modalidades de ejecución no custodial, manteniendo la naturaleza retributiva del castigo tradicional, y acerca de las cuales cabe preguntarse si convendría más mantenerlas a nivel de funcionamiento informal o debe realizarse su codificación legal. Mantener "la naturaleza retributiva del castigo" puede estar influyendo en la posibilidad de reintegrar a los convictos a la sociedad. Si se etiquetan las alternativas como castigos, pierden su carácter de alternatividad. El servicio comunitario gratuito, los cursos de entrenamiento y las propuestas de "restricción de libertad" terminan siendo absorbidas por la racionalidad del sistema penal tradicional.

La conclusión fundamental a la que se puede arribar respecto de la realidad holandesa en nuestros días es que

¹³⁷ Uit Beijerse, J.; Van Swaaningen, R.; *El Control Social...* p. 2.

¹³⁸ Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* pp. 5, 6 y 14.

se da un proceso regresivo, en el sentido de que instancias de decisión político-legislativas cada vez se alejan más de las soluciones que convirtieron ese país en vanguardia del movimiento humanista en la política criminal y, por otro lado, hay que convenir, respecto de las alternativas propuestas y ensayadas que:

*"Vivimos la relación paradójica entre la reforma penal y las garantías legales como el "dilema del reduccionista" (Snacken, 1992): la informalidad del enfoque alternativo evita que las alternativas se vuelvan otro sistema rígido dentro del sistema, pero al mismo tiempo ha llevado a un desarrollo en el que las sanciones alternativas están enmarcadas por garantías legales bastante limitadas para el delincuente".*¹³⁹

Una evaluación crítica de los modelos alternativos de política criminal propuestos en Holanda durante la última década, en especial el programa dirigido a los delitos menores, señala que la mayoría de las medidas tomadas, en la práctica, se han concentrado en reducir las oportunidades de cometer delitos en los espacios urbanos, tales como la protección de establecimientos comerciales con cortinas metálicas y otras defensas; otras medidas se orientaron estrictamente al control, aplicadas de manera puramente represivo-preventiva, con la detención de personas. El objetivo de estrechar los lazos de las jóvenes generaciones con la comunidad ha resultado un total fracaso, pues las medidas más frecuentes se dirigieron a controlar y establecer alternativas sancionatorias para la juventud. Finalmente, algunos críticos han resaltado que en las nuevas políticas criminales holandesas, se ha hecho caso omiso de las posibles causas estructurales del problema delincencial, a saber, desempleo, conflictos raciales, culturales, etc.¹⁴⁰

Desde la segunda mitad de los años ochentas, la política criminal holandesa, en relación a delitos menores, ha estado caracterizada por un enfoque multifactorial de intenciones social-preventivos. En las iniciativas de prevención del delito realmente desarrolladas, no se ha

¹³⁹ Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* p. 18.

¹⁴⁰ Uit Beijerse, J.; Van Swaaningen, R.; *El Control Social...* pp. 7 y 8.

prestado atención al contexto socio-económico de las situaciones percibidas como "problemas delictivos" y, por último, hay un marcado pesimismo respecto de esperar efectos preventivos reales y, por el contrario, sí es dable una mera dispersión del control social hacia esferas administrativas en estrecha correspondencia con el control penal, lo cual conlleva ciertos riesgos.¹⁴¹

Por otra parte, la experiencia holandesa en materia de sanciones alternativas arroja el dudoso resultado de que sólo tienen importancia cuantitativa las sentencias a tareas o servicio comunitario gratuito y los cursos para alcoholismo en accidentes de tránsito. El grueso del sistema sigue funcionando sobre la pena privativa de libertad y las sanciones de carácter financiero como la multa.

Cabe rescatar, sin embargo, que lo que pueda aún quedar del principio resocializador como fin de la pena, se ha concentrado en las sanciones alternativas clásicas. De ello se deduce que esa aspiración resocializadora debe conservarse para no convertir las prisiones en meras "jaulas" donde los seres humanos sean tratados como animales.

Digamos finalmente que en los Países Bajos, el control social a través de medios electrónicos ha sido rechazado como alternativa a la prisión preventiva o a la ejecución de las penas, por considerarse tanto o más estigmatizante que la privación de libertad y por tener efectos peligrosamente ampliatorios del control social sobre los allegados al sancionado, contrario todo ello a un moderno Estado de Derecho.¹⁴²

1.2.4. Principios que deben regir las sanciones alternativas en una construcción "positiva" de reforma penal.

De la labor crítica que hacen R. van Swaaningen y J. Uit Beijerse, con respecto a la experiencia holandesa en

¹⁴¹ Uit Beijerse, J.; Van Swaaningen, R.; *El Control Social...* pp. 7 y 8.

¹⁴² Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* pp. 14 y 20.

materia de alternativas a la prisión y al sistema extraen una serie de principios que en cri autores, deben regir esta materia. Por la ir para cualquier experiencia alternativa pue enunciados, nos permitimos resumirlos:

a. *Principio de oportunidad procesal.* La incorporación de este principio permite abrir un amplio espacio para reducir el número de casos que ingresa a la maquinaria penal. En términos abolicionistas, el principio de oportunidad brinda el margen de maniobra "más inacabado" para llegar a arreglos extrapenales que ayuden no sólo a contraer la esfera de influencia del sistema, sino a dar prioridad a los hechos que realmente justifiquen echar mano a la instancia penal como *ultima ratio*. Sin embargo, estos autores, que reconocen un buen funcionamiento de la oportunidad en Holanda, consideran necesario limitarla para evitar excesos. Ese límite viene dado, en primer lugar, por el juicio crítico del agente del Ministerio Público, obligado a investigar si realmente el asunto bajo examen puede ser arreglado fuera del sistema; en segundo lugar, si el caso puede ser resuelto exitosamente fuera del sistema, el Ministerio Público deberá perder formalmente el derecho de perseguirlo posteriormente.

b. *Principio de minimalización de la capacidad carcelaria.* El sistema carcelario debe dejar de crecer. Siempre que haya celdas disponibles, la maquinaria tenderá a ocuparlas. Sólo la reducción de la capacidad actual de encarcelamiento, obligará o forzará al sistema de justicia penal a buscar alternativas al encierro. En el mejor de los casos, la alternativa a la cárcel debe existir en el momento procesal en el cual se decide la prisión preventiva, para evitar también la espera del juicio en prisión.

c. *Principio de prioridad de las sanciones alternativas.* Las medidas o sanciones alternativas serán impuestas en todos los casos posibles. Sólo como último recurso podrá ser utilizada la privación de libertad.

pr. d. *Principio de la ejecución en comunidad.* Lo menos dañino sería que las reacciones alternativas tuvieran lugar, tanto como fuera posible, en el seno de la comunidad de pertenencia del afectado. Esa integración pasa por programas de ocupación, vivienda y asociación. Sanciones tradicionalmente conjuntas, como el registro de antecedentes penales y su utilización en nuevos procesos, deben eliminarse para facilitar la incorporación laboral y social del individuo.

e. *Principio de la naturaleza de la medida alternativa ajustada a su finalidad.* Para evitar que las medidas alternativas se conviertan en una indeseable extensión de la red punitiva o de control social, convirtiendo la sociedad misma en una gran cárcel, la naturaleza de la alternativa debe corresponder al sentido programático con el que se la ha concebido. Por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva, debe decretarse sólo ante la posibilidad de evasión o reincidencia antes de que el juicio se lleve a cabo. Las alternativas a la prisión deben apuntar a la reparación y no al castigo o represión; a la integración del preso a la sociedad y no al control del delito o a la terapia; a la compensación y no a la retribución; a influir sobre comportamientos específicos y no a entrenamientos de "buena ciudadanía". Por supuesto que, tal y como ocurre con la privación de libertad, cualquier medida alternativa debe estar claramente delimitada en el tiempo y deben desecharse todo tipo de controles policiales o judiciales, ni siquiera disfrazados de "ayuda" después de haberse pagado lo debido.

f. *Principio de apelación.* Cualquier afectado con una medida o sanción alternativa debe tener la posibilidad de apelar contra cualquier decisión acerca de su inclusión o no, y del seguimiento o no, en un plan alternativo.

g. *Principio de debida información.* El sujeto de sanción debe estar debidamente informado acerca de las consecuencias de pedir o no una sanción alternativa, y ésta debe tener lugar sólo si expresamente la solicita.

h. *Principio de no exclusión.* Ninguna categoría de delitos ni de delincuentes pueden excluirse de participar en planes alternativos.¹⁴³

1.3. El caso de la República Federal de Alemania.

En materia de política criminal y de alternativas a la prisión, el panorama en Alemania tiene características propias y diferencias importantes con respecto a otros de los países seleccionados. Este diverso panorama está determinado por un proceso histórico-social también muy particular. La actual República Federal de Alemania conoció un proceso tardío de unificación nacional (último tercio del siglo XIX); su desarrollo histórico está profundamente marcado por la pérdida de dos guerras mundiales en la presente centuria, fenómeno que fue acompañado de auténticas búsquedas democráticas, como el período de la República de Weimar o el período que se abrió después de la última gran guerra. Pero también Alemania conoce la caída en períodos de autoritarismo y barbarie, como el dominado por el nacionalsocialismo. Estamos pues frente a una sociedad convulsionada por enfrentamientos hacia el exterior y hacia lo interno; una sociedad con un destino desgarrado por los conflictos y que no es sino hasta en las últimas décadas que ha encontrado una sólida base de apoyo democrático, dentro del marco de un Estado Social de Derecho. La reciente re-unificación (1989) y los nuevos conflictos internos que enfrenta la sociedad alemana, son todavía muy recientes como para poder ser evaluados, cosa por lo demás que escapa a los propósitos de este trabajo. Digamos desde ahora, eso sí, que el panorama en cuanto a búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad y al Derecho penal en general, si bien teóricamente muy elaborado y debatido, ha tenido escasa incidencia en el sistema jurídico-penal formal y en la práctica penitenciaria, todo lo cual perfila cierto conservadurismo que se ha impuesto, pese a esa señalada estabilidad democrática de las últimas décadas.

¹⁴³ Van Swaaningen, R.; Uit Beijerse, J.; *Las Paradojas...* pp. 18-22.

1.3.1. El cuadro general del sistema punitivo en Alemania.

En el Código Penal Alemán, se establecen las tres modalidades clásicas de penas: privativas de libertad (prisión), patrimoniales (multas) y las inhabilitaciones.¹⁴⁴

1.3.2. Las penas privativas de libertad.

La pena de prisión o privativa de libertad es teóricamente la más importante de las sanciones penales previstas en el ordenamiento jurídico alemán. Es a partir de ella que se define y organiza la política penitenciaria en este país.

Tanto en el Código Penal, como en la Ley General Penitenciaria¹⁴⁵, el fin de la pena está centrado en el principio de resocialización. Sin embargo, podemos aclarar que en realidad son dos los fines que se le asignan a este instrumento jurídico, a saber: la corrección o resocialización del individuo infractor y la seguridad de los demás ciudadanos frente al delincuente. Hay, igual que en el derecho holandés, una transacción entre diferentes tendencias político-criminales que dio como resultado una formulación híbrida que, si bien enfatiza la prevención especial positiva resocializadora, no deja de integrar la prevención general y el contenido retributivo de la pena; así, en particular, la Ley General Penitenciaria establece:

"En la ejecución de la pena privativa de libertad debe capacitarse al recluso para llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos."

*La ejecución de la pena privativa de libertad sirve también para proteger a la sociedad de la comisión de otros delitos".*¹⁴⁶

¹⁴⁴ El Código Penal Alemán vigente en la actualidad fue promulgado el 2 de enero de 1975. (*Strafgesetzbuch -StGB-*, In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1975 (BGBl. I S. 1). Diese Fassung gilt mit Wirkung vom 2.1.1975).

¹⁴⁵ Ley promulgada el 16 de marzo de 1976. (*Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung Strafvollzugsgesetz -StVollzG-*, Vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 581, ber. S. 2088).

¹⁴⁶ Parágrafo 2., párrafo 1° Ley Penitenciaria (1976).

1.3.3. Primer período: la reforma resocializadora (1960-1970).

La definición del fin resocializador de la pena es fruto de un importante "clima de reforma" que se dio en Alemania durante la década 1960-1970. Por influencia escandinava se abrió el debate de las alternativas a la prisión y al Derecho penal en general; se hizo énfasis en la necesidad de respetar la dignidad humana; en encontrar mecanismos eficaces en el Derecho penal y, como parte de todo ello, se propuso el fin resocializador de la pena como nuevo fundamento de todo el sistema punitivo.

A estas propuestas se unió un fallo del Tribunal Constitucional Alemán que, precisamente emitido ante queja interpuesta por un prisionero, vino a establecer que cualquier limitación o atentado contra los derechos ciudadanos de personas que estuvieran bajo regímenes especiales de sujeción administrativa (escuela, ejército, régimen penitenciario, etc.), tendrían que estar sustentadas en una ley especial, y no se podrían, por vía reglamentaria o decisión puramente administrativa, conculcarse o limitarse esos derechos.

Aunque tuvo que esperarse diez años, con base en esos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, se emitió la Ley General Penitenciaria de 1976, receptando el principio de resocialización como fin de la pena, especialmente la privativa de libertad, en los términos en que ha quedado transcripto.¹⁴⁷

Esta finalidad central de la pena privativa de libertad fue acompañada por la ideología del tratamiento, tanto para que el recluso avanzara dentro del régimen penitenciario a etapas cada vez de mayor libertad, como para su futura reincorporación definitiva a la sociedad.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Información recabada en entrevista al Profesor Winfried Hassemer, Frankfurt a.M., 27 de julio de 1993.

¹⁴⁸ Parágrafos 6 y 63, Ley General Penitenciaria (1976).

1.3.4. Segundo período: los problemas prácticos y el desencanto reformista (1970-1990).

Pasada esta primera fase reformista, sobrevino una época en que se enfrentaron problemas prácticos. La reforma había propuesto convertir los centros penitenciarios en Centros de Atención Terapéutica Individualizada. Así se estipuló tanto en el Código Penal como en la Ley General Penitenciaria. Sin embargo, alejados los ímpetus reformadores, sobrevinieron argumentos pragmáticos, de naturaleza económica, en el sentido de los altísimos costos que tal transformación implicaba, y en el sentido también, ya de orden ideológico, de las dudas acerca de las posibilidades reales de resocializar a los delincuentes encerrados. Se abandonó en la práctica la tarea terapéutica individual y nunca se instaló la infraestructura necesaria para hacerla realidad. El Código Penal se reformó y la atención psico-terapéutica quedó reducida a departamentos de asistencia psicológica o psiquiátrica, dentro de los tradicionales centros penales.

El concepto resocializador ha caído en un total descrédito en la Alemania de hoy. Las metas reeducativas, la necesidad de evitar la recaída en el delito y la incorporación efectiva de los delincuentes a la sociedad, quedaron en meras metas inalcanzadas. Sin embargo, a nivel doctrinario se sigue insistiendo, por parte de autores de importancia, en que tal finalidad no debe abandonarse del todo; que históricamente vistos, el fin resocializador y la ideología del tratamiento, resultan un avance frente a las formas de penalidad antiguas, como los castigos corporales, la pena de muerte o la pura segregación y aislamiento. También se replantea en la actualidad si acaso existen ciertas formas de tratamiento, que puedan tener efectos resocializantes y liberadores, sobre la base de la participación voluntaria del afectado y el uso de modernas técnicas psicoterapéuticas.¹⁴⁹

En resumen, la situación actual en Alemania se caracteriza por desarrollar alternativas a las penas

¹⁴⁹ Hassemer, W.; *Fundamentos...* pp. 354, 360-364.

privativas de libertad dentro del marco de las sanciones clásicas, a saber, la multa y las inhabilitaciones, acompañadas de un importante esfuerzo por ir más allá en materia de legislación juvenil. Veamos.

1.3.5. Las sanciones patrimoniales (la multa).

La segunda modalidad clásica de la pena dentro del ordenamiento jurídico alemán es la multa, sanción dirigida a afectar el patrimonio del condenado.

Esta modalidad de pena, teórica y doctrinariamente, se coloca después de la prisión, aunque en la práctica ha ido sustituyendo a ésta, sobre todo en los casos de pequeña y mediana gravedad.¹⁵⁰

En esta materia, la política penitenciaria alemana se ha dirigido a dar independencia a la pena patrimonial y no tanto a convertirla en pena conjunta. Simultáneamente se ha tendido a imponer las penas patrimoniales en el mayor número de casos posibles y, finalmente, se ha introducido hace relativamente poco tiempo, el sistema de días-multa, que data de 1969.

En su conjunto, se ha evaluado positivamente el proceso de sustitución de la prisión por la multa. Respecto del sistema de días-multa, se ha considerado mucho más justo, ya que supone una ponderación de la capacidad económica real de los afectados, con la ventaja de que se impone bajo los mismos principios generales de las penas privativas de libertad, a saber, ponderado el injusto y el grado de culpabilidad por el hecho. A ello hay que agregar que, en Alemania, hay cierta flexibilidad en los plazos dentro de los cuales el pago de las multas puede hacerse efectivo, e incluso existe la alternativa de cubrir los montos totales a través de cuotas convenidas con la autoridad judicial. No hay que olvidar tampoco que

¹⁵⁰ Del total de sentencias condenatorias dictadas en la República Federal de Alemania durante 1990, el 81,6% correspondieron a multas; el 12,6% fueron remisiones (suspensiones) condicionales de penas privativas de libertad; y sólo el 5,8% fueron efectivas penas privativas de libertad. (Kaiser, G.; Kerner, H.J.; Sack, F.; Schellhoss, H.; *Kleines Kriminologische Wörterbuch*; C.F. Müller Juristischen Verlag, Heidelberg, ss.18-19).

estamos hablando de una sociedad desarrollada, con promedios de ingreso personal y familiar hasta ahora relativamente altos, que significan niveles de vida donde las necesidades básicas están satisfechas y puede pensarse, por consiguiente, en que un instrumento penal como la sanción patrimonial tiene mucho mayor sentido y funcionalidad.

Sin embargo, "el gran fracaso" de esta sanción penal sigue viéndose en las discriminaciones que promueve, pues la persona patrimonialmente solvente puede enfrentar la multa impuesta sin problemas; mientras que los insolventes ven de nuevo amenazada su libertad personal ante el incumplimiento del pago, a través de la conversión de la multa en pena privativa de libertad.¹⁵¹

1.3.6. La Inhabilitación.

La tercera y última de las clásicas medidas penales en la República Federal de Alemania es la inhabilitación. Dentro del ordenamiento jurídico germánico, esta medida es de carácter accesorio, su imposición depende siempre de que se imponga simultáneamente una condena penal "principal". Se prevén tres distintas modalidades de inhabilitación; sea, la primera, para ejercicio de una profesión, con un máximo previsto de hasta cinco años; la segunda forma referida al retiro del permiso para conducir vehículos automotores, con cancelación de licencia que bien puede ser de hasta cinco años o, en algunos casos, para siempre; y la tercera modalidad de inhabilitación que consiste en control o vigilancia, de primero y segundo grado, sobre el conductor de vehículos automotores que ha infringido ciertas disposiciones penales.¹⁵² Por su carácter accesorio, la inhabilitación no juega ningún papel relevante como alternativa frente a la privación de libertad.

¹⁵¹ Hassemer, W.; *Fundamentos...* pp. 368 y 369.

¹⁵² Kaiser, G.; et alere; *Kleines...* pp. 18 y 19.

1.3.7. Formas alternativas de impedir o acortar la ejecución de las penas privativas de libertad.

También dentro del marco de las opciones tradicionales que inciden sobre la pena privativa de libertad, en la República Federal de Alemania se conocen varios institutos:

a. La remisión o suspensión condicional de la pena. Este instituto jurídico pretende en ciertos casos y bajo determinadas condiciones impedir que se impongan o ejecuten las penas privativas de libertad de corta duración. En este sentido se convierten en alternativas a la prisión, pero únicamente para condenas que no superen los dos años. Puede tener la modalidad de *amonestación con reserva de pena*¹⁵³; o bien la *simple suspensión* de la pena impuesta.¹⁵⁴

W. Hassemer señala que los dos grandes defectos que tiene la remisión o suspensión condicional de la pena, consisten en que se aplica sólo a penas privativas de libertad muy cortas y que, por otro lado, la forma en que se otorgan las hace aparecer como meros beneficios o gracias; así, el "beneficiario" vive la experiencia penal como si no se le aplicara ninguna sanción y se le dejara simplemente en libertad, lo cual interpreta como un puro perdón.¹⁵⁵

b. La libertad condicional.¹⁵⁶ Conoce dos variantes en la legislación alemana, según sea que se hayan

¹⁵³ Artículo 59 y siguientes del Código Penal Alemán.

¹⁵⁴ A través de una reinterpretación judicial del artículo 56 del mismo Código Penal, se amplió el límite original máximo para otorgar la suspensión de pena, de seis meses a dos años, lo que permitió un uso más flexible y amplio de esta alternativa.

¹⁵⁵ Hassemer, W.; *Fundamentos...* p. 374.

¹⁵⁶ Esta modalidad de acortamiento de la ejecución de las penas privativas de libertad está prevista en el artículo 57 del Código Penal Alemán.

✓ cumplido dos terceras partes de la pena originalmente impuesta, o sólo la mitad de ella. En la práctica constituye sólo una reducción alternativa de la pena privativa de libertad, ya sobre la marcha de su ejecución.

A esta medida se le ven riesgos similares que a la remisión o suspensión condicional de la pena. Puede ser percibida por el recluso como una mera medida de gracia que lo beneficia, sin que tenga conciencia de las obligaciones que le son ajenas; los jueces, por su parte, pueden tender a imponer penas privativas de libertad más altas, entendiéndolo que, por su medio, la libertad condicional reduce efectivamente el tiempo que el recluso estará en prisión y se da en consecuencia una contradicción inconveniente entre la instancia judicial que impone determinada medida de pena y la instancia ejecutiva que promueve su acortamiento.¹⁵⁷

c. Podemos finalmente apuntar que existe la modalidad de renuncia a la pena en casos de graves consecuencias del hecho delictivo para el delincuente mismo.¹⁵⁸ Este es un regulamiento excepcional de escasa incidencia en la práctica judicial.

1.3.8. El principio de oportunidad procesal: instituto con efectos indirectos alternativos.

Igual que lo hemos visto para el caso holandés, la introducción en la legislación procesal penal alemana del principio de oportunidad procesal¹⁵⁹, permite a la autoridad pública, principalmente a los agentes del Ministerio Público, impedir que determinados casos ingresen al sistema de justicia penal, ejerciendo por sí mismos la posibilidad de desechar casos, sea por razones técnicas (insuficiencia probatoria), sea por razones políticas (irrelevancia del caso o no afectación del principio

¹⁵⁷ Hassemmer, W.; *Fundamentos...* pp. 375 y 376.

¹⁵⁸ Artículo 60 del Código Penal Alemán.

¹⁵⁹ Artículo 127, parágrafo 10, párrafo 1, número 7 del Código de procedimientos penales alemán.

de interés público preponderante); o bien porque se ha promovido exitosamente una mediación entre la víctima y el victimario con el resultado de un arreglo satisfactorio para las partes.¹⁶⁰

1.3.9. Alternativas en el control social juvenil alemán.

La legislación para el control social juvenil, comprendiendo en tal concepto a niños y adolescentes¹⁶¹, ha abierto una vía mucho más amplia de alternativas a la prisión y al Derecho penal en Alemania. Se trata bien de que los conflictos no sean intervenidos por el Derecho penal o bien, si no hay más remedio, que la salida no sea en todo caso la privación de libertad. Al respecto se han previsto medidas educativas, medios correctivos y "penas juveniles".¹⁶² Únicamente el arresto juvenil y la prisión incondicional significan efectiva privación de libertad. Las otras medidas se concretan en instrucciones, ayudas educativas, apercibimientos, condiciones, etc. Estadísticamente este último tipo de medidas son las que prevalecen en la práctica.¹⁶³

La ideología que sustenta esta apertura es la *prevención especial*. Se procura evitar que el niño o adolescente sufra los traumas y estigmas que conlleva verse sometido a un proceso o condena penales. De esta manera, la legislación de la materia, tal y como ya se dijo, ha organizado un amplio catálogo de medidas o sanciones alternativas que van desde la suspensión de la imposición

¹⁶⁰ Información obtenida de entrevista al Profesor Winfried Hassemmer; Frankfurt a.M., 27 de julio de 1993.

¹⁶¹ Ley promulgada el 11 de diciembre de 1974. (*Jugendgerichtsgesetz -JGG-*, In der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 1). Diese Fassung gilt mit Wirkung vom 1.1.1975).

¹⁶² Artículo 5 de la Ley Penal Juvenil.

¹⁶³ Entrevista al Prof. Heinz Muller Dietz; Sulzburg, 5 de agosto de 93.

de pena,¹⁶⁴ hasta la incorporación de la "probation"¹⁶⁵, con similar contenido del que tiene en el sistema anglosajón de suspensión del procedimiento bajo condición y a prueba; y, en general, se incorporan medidas asistenciales, educativas o protectoras, todas de aplicación antes o durante el proceso judicial propiamente dicho.¹⁶⁶

1.3.10. Observaciones finales sobre Alemania.

Respecto del caso alemán, podemos concluir con las siguientes observaciones:

a. Las alternativas a la pena privativa de libertad y al Derecho penal se han orientado en la República Federal de Alemania, dentro de marcos relativamente conservadores.

b. Un elenco clásico de penas coloca, al lado de la pena de prisión, las otras dos sanciones penales tradicionales, a saber, la multa y la inhabilitación en sus diversas modalidades.

c. Importantes avances se han tenido, sin embargo, en cuanto a la sustitución cada vez mayor de la multa en relación a la cárcel, así como una mayor flexibilidad en la aplicación de ciertas medidas, también tradicionales, como la remisión condicional de la pena o la libertad condicional.

d. Sin duda, uno de los logros más importantes, por su impacto en la práctica judicial cotidiana, ha sido la incorporación del principio de oportunidad procesal, que permite "desviar" del sistema penal una parte significativa de los casos que son sometidos a su consideración. Sin embargo, esta posibilidad ha operado restrictivamente y

¹⁶⁴ Artículos 27-30 de la Ley Penal Juvenil.

¹⁶⁵ Artículo 27 de la Ley Penal Juvenil.

¹⁶⁶ Kaiser, G.; u. altere; Kleines...p. 20.

con un impacto menor al que se puede percibir en comparación con otros países europeos, como el caso de Holanda.

e. El mayor logro está representado en Alemania por la legislación penal para jóvenes. Es en este campo donde la innovación y la creación de auténticas alternativas a la prisión y al Derecho penal, se han abierto un importante espacio.

f. La desilusión acerca del fin resocializador de la pena privativa de libertad, ha ido cediendo paso a una concepción más pragmática de este principio, que significa no renunciar a él buscando formas más sofisticadas de tratamiento. Pero a la vez, este pragmatismo significa no hacerse de muchas ilusiones y poner el acento no tanto en el objetivo resocializador, como en el respeto de la dignidad humana de quien se encuentra privado de libertad, minimizando los efectos dañinos que tiene la cárcel y diversificando, todo lo que sea posible, el tratamiento y las ofertas educativas y laborales que se puedan hacer a cada infractor condenado, según sean sus características y condiciones personales.¹⁶⁷

g. Para el Prof. Müller Dietz, científicamente, a pesar de las corrientes neoclásicas que postulan la regresión al mero retribucionismo y al endurecimiento del sistema penal, a nivel teórico, en la Alemania de hoy, hay acuerdo en las siguientes postulados: limitación del ámbito de aplicación de la privación de libertad, a causa de sus efectos dañinos y desintegradores; limitación de penas privativas de libertad largas; aumento creativo de alternativas ambulantes; ampliación y garantía de los Derechos Humanos en el sistema penitenciario donde una cierta importancia tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Contra la Tortura del Consejo Europeo; mejoramiento de las problemáticas condiciones de vida en detención; apertura del sistema penitenciario

¹⁶⁷ Entrevista al Prof. Winfried Hassemer, Frankfurt a.M., 27 de julio de 93.

en el sentido de una mayor flexibilidad del cierre hacia afuera y seguridad hacia adentro. Esto significa una más fuerte participación de los reclusos en las ofertas y posibilidades de la sociedad libre, una más fuerte inclusión de ciudadanos libres en la organización de la prisión, una ampliación de las posibilidades de organización de los presos y una limitación de las cárceles de máxima seguridad a los reos que realmente lo ameriten. Según el criterio de este experto, entre los presos que deben conceptualizarse como peligrosos se incluyen las bandas del crimen organizado y las sociedades de mafiosos.¹⁶⁸

1.4. El caso de Italia.

1.4.1. Nota preliminar.

Italia es otro caso de una nación agitada por grandes sobresaltos históricos. Como en el caso de Alemania, esta otra nación europea conoció una integración nacional tardía que se logra hasta en la segunda mitad del siglo XIX. Es también una sociedad que ha conocido accidentes históricos de importancia, tanto políticos globales como su participación y derrota en dos grandes guerras mundiales y la influencia del fascismo durante un período importante. Italia también ha conocido formas de criminalidad peculiares como lo es la organización mafiosa. No obstante ello, el legado que en el campo jurídico ha dado esta nación sureuropea ha sido innegable. Se remonta esa herencia hasta la época romana y hoy día, tanto en la práctica jurídica como en la discusión doctrinario-académica, Italia marcha a la cabeza por sus aportes. Ciertamente, en cuanto al punto tratado en concreto, esta nación ha entrado diríamos que tardía y tímidamente al grupo de pueblos que han buscado salidas a la paradoja de la cárcel. Como veremos, no es sino hasta en las últimas décadas que esa búsqueda se ha concretado en proyectos y experiencias de las cuales podemos aprender todos.

¹⁶⁸ Entrevista al Prof. Heinz Müller Dietz, Sulzburg, 5 de agosto de 1993.

1.4.2. Primer período: los antecedentes.

Históricamente Italia conoce sanciones alternativas a la prisión, sobre todo a las penas privativas de libertad cortas, a partir del Código Penal de 1889. El conocido como "Código Zanardelli" introdujo una serie de "surrogaciones penales", de aplicación sumamente restrictiva y con muy poco impacto en la práctica judicial.¹⁶⁹ A partir de reformas legales introducidas en el año 1904, comenzaron a tener mucha importancia la pena pecuniaria y el instituto de la ejecución condicional de la pena, aunque siempre circunscritas en su aplicación a conductas de criminalidad menor. En todas formas, comparando el caso de Italia al de otros países europeos, durante las primeras décadas de este siglo, este país conoce una aplicación mucho más restringida de la multa, debido fundamentalmente a una situación de pobreza generalizada imperante en esta época, caracterizada por estructuras agrarias arcaicas.

1.4.3. Segundo período: la posguerra.

El panorama cambia después de concluida la Segunda Guerra Mundial. Penas alternativas como la multa, se convirtieron en formas de sanción penal más regularmente aplicadas. Hoy día, las penas pecuniarias constituyen cerca del 50% del total de las sentencias condenatorias declaradas.¹⁷⁰

Esta rigidez legislativa en materia de alternativas a la prisión ha hecho que a través de su historia, el

¹⁶⁹ Estas "surrogaciones" fueron: el arresto domiciliario (Art. 41, inciso 2.), la prestación de trabajo al servicio del Estado, Provincia o Municipio (Art. 10, inciso 5; Art. 22 y Art. 24, inciso 2.), el confinamiento (Art. 18) y la reprensión judicial (Arts. 26, 27 y 28 inciso 5.)

¹⁷⁰ No obstante, éste sigue siendo un porcentaje bajo si lo comparamos con otros países europeos, por ejemplo, Alemania con un 80% de penas pecuniarias, Inglaterra con un 86%. La comparación con otros países del planeta también revela esta situación, como por ejemplo, si la comparación se hace con Australia donde la multa ocupa un 70% de las penas impuestas.

ordenamiento jurídico italiano eche manos a otras instituciones jurídicas para controlar el problema de la saturación carcelaria. Tal ha sido el caso de la Amnistía, convertido en verdadero instrumento para controlar la sobrepoblación penitenciaria. Decretos de 1978, 1979 y 1981, para citar sólo los casos más recientes, constituyeron en su oportunidad verdaderos mecanismos para descongestionar los centros penales sobrepoblados.

Por su parte, la llamada suspensión condicional de la pena ha funcionado como suspensión de la ejecución de la pena impuesta, en la práctica no controlada, que prevé sólo eventualmente contenidos de tipo resarcitorio. Se trata en concreto de un instituto penal de carácter fundamentalmente simbólico y potencialmente afflictivo. Nacida, como se dijo, con las reformas de 1904, la ejecución condicional ha evolucionado muy poco. Originalmente fue concebida para ser aplicada a delitos cuya sanción no fuera superior a los seis meses de prisión; hoy día puede ser aplicada a sanciones de hasta dos años y aun en casos de delincuentes no primarios.¹⁷¹

1.4.4. Tercer período: la reforma de 1981.

No es sino hasta la reforma que se introdujo mediante Ley No. 689 del 24 de noviembre de 1981, que por primera vez en Italia se encara directamente el problema de las penas privativas de libertad cortas con el recurso a las sanciones sustitutivas en sentido estricto, tales como la semidetención, la libertad controlada y la pena pecuniaria sustitutiva. Estas modalidades alternativas fueron agregadas a las tradicionales penas pecuniarias y a la suspensión condicional de la pena. La tendencia ha sido como se ve, no crear y aplicar sanciones sustitutivas autónomas, sino introducir medidas de tipo suspensivo o sustitutivo en sentido estricto, es decir, mecanismos que

¹⁷¹ La Corte Constitucional italiana, mediante resolución No. 86 del año 1970, estableció que la suspensión condicional se puede aplicar a quien haya sufrido una condena a reclusión (modalidad de privación de libertad) que no haya sido suspendida, siempre y cuando las dos penas acumuladas no excedan los límites de ley.

buscan sustituir las penas privativas de libertad cortas después de la imposición formal de éstas.

Respecto de este tema, hay que reconocer que las sanciones sustitutivas o alternativas en sentido estricto, introducidas a partir de 1981, han producido un impacto considerable en la práctica judicial. Sin embargo, mecanismos como la semidetención, siguen siendo institutos de poca aplicación dentro del sistema.

El juez que conoce de un caso puede en sentencia sustituir la pena privativa de libertad de hasta seis meses con la semidetención; la pena privativa de libertad de hasta tres meses puede sustituirla con la libertad controlada y con la misma semidetención; y la pena privativa de hasta un mes puede sustituirla con pena pecuniaria, la semidetención o libertad controlada. Dentro del sistema italiano, estas posibilidades de sustitución rigen para ambas modalidades de privación de libertad, a saber, la reclusión y el arresto. Por su parte, la pena pecuniaria o multa puede, en todo caso, aplicarse en forma conjunta o alternativa.¹⁷²

Entre las sanciones sustitutivas, la pena pecuniaria y la libertad controlada pueden ser aplicadas a petición del imputado, en cuyo caso, la decisión que se toma por el juez asume la forma de una sentencia absolutoria.¹⁷³

Sin embargo, el legislador italiano, con la reforma de 1981, le ha dado a la pena pecuniaria sustitutiva un espacio que puede considerarse muy reducido. Se estimó en su oportunidad que las penas de multa no son apropiadas en un país caracterizado por grandes desigualdades en cuanto a la distribución de la riqueza, según se consideren los diversos estratos sociales y áreas geográficas. El recurso de la adecuación de la multa a las condiciones económicas del condenado tampoco se consideró suficientemente funcional, ya que sigue sin garantizarse un grado homogéneo de efectividad de esta sanción, dadas las dificultades procesales de ponderar la verdadera situación económica del acusado.

¹⁷² Ver Art. 53, Cap. III de la Ley 689-1981.

¹⁷³ Ver Art. 77 y siguientes de Ley No. 689-1981.

Por otro lado, mediante sentencia No. 131 del 21 de noviembre de 1979, antes de las reformas introducidas por la Ley No. 689, se declaró la ilegitimidad constitucional de la conversión de la pena pecuniaria en pena de privación de libertad. En su fallo, la Corte Constitucional consideró esta conversión como una forma "incivilizada" de sancionar la pobreza, auspició una reflexión a fondo de la disciplina de la pena pecuniaria y trazó líneas para una eventual reforma a la ley en esta materia. Según ese alto Tribunal se debía dar pie a un sistema de multa adecuado, en su monto y modalidad de pago, a las condiciones económicas del reo, conforme el principio de igualdad constitucional y a las más recientes tendencias de reforma dentro del Derecho penal.

Con este antecedente, el legislador del 81 tomó en cuenta las condiciones económicas del reo dentro de los criterios de medida de la pena, e introdujo la posibilidad de un pago en cuotas aceptando paradójicamente ofrecer garantías personales o patrimoniales. Sin embargo no se abandonó el sistema por "tasas jornaleras", evitándole al juez la obligación de entrar en una averiguación complicada de la verdadera situación económica del acusado, pero manteniéndose un régimen que sigue siendo esencialmente discriminatorio en relación a la capacidad de pago del condenado.

Curiosamente, en los últimos años, se ha producido una progresiva marginación de la pena pecuniaria dentro del sistema penal italiano. Se han tratado de introducir ciertas medidas de despenalización, tanto de carácter sustantivo como procesal que están a la base de este fenómeno.

En cuanto a la libertad controlada, estamos frente a la prohibición que se impone al sancionado de alejarse del lugar de residencia y de la obligación de presentarse periódicamente, al menos una vez al día, a un control policial.

Otras medidas introducidas por el legislador del 81 resaltan la tradicional disciplina de las medidas de prevención, tales como la prohibición de tener armas, la obligación de mostrar a la policía los términos de la modalidad de ejecución de pena en que se encuentra el reo, la suspensión de la licencia de conductor, el retiro del pasaporte, otros.

La semidetención consiste por su parte en la privación de la libertad personal por algunas horas al día, acompañada de una serie de obligaciones y límites a la libertad individual, que se dan cuando el sujeto no se encuentra en la cárcel. Esta modalidad de sanción implica la permanencia de por lo menos diez horas diarias en un establecimiento destinado a la ejecución de la semilibertad. En la ejecución de esta sanción el reo es sometido a los reglamentos penitenciarios en lo que le sean aplicables. Se manda también por ley que los establecimientos donde se ejecuta la pena sustitutiva de semilibertad estén ubicados en la comunidad de residencia del condenado o en una comunidad vecina.

El semidetenido es también sometido a una serie de prescripciones idénticas a las previstas en la ley para el controlado en libertad. Se le prohíbe tener armas, se suspende su licencia de conductor, se le retira el pasaporte, se le obliga a conservar y presentar la ordenanza donde se describe la modalidad de pena a que está sometido, etc.

Toda esta gama de medidas sustitutivas a las penas privativas de libertad cortas (semilibertad, libertad controlada, pena pecuniaria), no son medidas de clemencia sino que a cada efecto sancionatorio se lo dota de precisos contenidos aflictivos que se orientan hacia la prevención general en el momento de la amenaza y hacia la prevención especial, mediante la enmienda, en el momento de la ejecución.

La finalidad de las medidas sustitutivas en Italia es claramente la no desocialización del condenado. Así por ejemplo, la semidetención implica necesariamente la obtención de trabajo o estudio del afectado.¹⁷⁴ El juez debe orientar su escogencia sobre la base de un criterio de no desocialización, asegurando a la vez un nivel mínimo de intimidación o reprimenda que aparezca como necesario para garantizar la prevención especial.

Las medidas sustitutivas sólo pueden otorgarse por el juez cuando la pena impuesta no es superior a dos años de privación de libertad y han transcurrido más de cinco años

¹⁷⁴ Ver Art. 55 de la Ley No. 689-1981.

de la última o única condena. Una cuestión fundamental en esta materia es la introducida por el Art. 53 de la citada Ley 689, que otorga al juez esta discrecionalidad en la sustitución de las penas privativas de libertad cortas. El juez debe preguntarse, en cada caso, cuál de las diversas sanciones sustitutivas aplicables son idóneas para producir un positivo efecto de intimidación-amonestación y escoger entre ellas la menos desocializadora para el caso concreto.

Un orden jerárquico según afluencia en la tipología legal de las penas sustitutivas sería: pena pecuniaria suspendida, pena pecuniaria, libertad controlada suspendida, semidetención suspendida, libertad controlada y semidetención.

La crítica hace un juicio sólo parcialmente positivo de las reformas introducidas a partir de 1981. La introducción de las sanciones sustitutivas a las penas privativas de libertad de corta duración ha señalado, si bien es cierto con retardo, el ingreso del ordenamiento jurídico italiano a la familia de ordenamientos modernos europeos, dotados de instrumentos no privativos de libertad. No obstante, esta reforma no pone en discusión la primacía de la pena privativa de libertad, aunque sí ha resquebrajado su monopolio, por vez primera, sin recurrir a medidas puramente indulgentes o de gracia, que tenían el efecto real de confirmar la cárcel como sanción penal por excelencia.

El sistema de penas sustitutivas italiano sufre de graves carencias respecto de su coordinación con el cuadro general de los instrumentos sancionatorios preexistentes, por ejemplo, en relación a la tradicional suspensión condicional de la pena. Parece ser que el vicio más importante en esta reforma de 1981 fue hacerla con total desconocimiento empírico-estadístico de cómo funcionaba la realidad. Se le ha criticado asimismo que tampoco se tomaron suficientemente en cuenta los problemas prácticos a que se abocaron las instancias oficiales de la justicia penal al aplicar institutos totalmente nuevos.

Finalmente, puede afirmarse que en Italia todavía hay desconocimiento acerca de en qué área las sanciones sustitutivas hayan realmente superado a las penas privativas de libertad breves. Consecuentemente, no se

sabe a ciencia cierta, qué espacio real ocupa la pena privativa de libertad de corta duración.¹⁷⁵

1.5. Breve comentario sobre España.

Para la Profesora Elena Larrauri el movimiento que impulsó las alternativas a la prisión tuvo su origen y principal desarrollo en los Estados Unidos de América, en la década de los años sesentas de este siglo. Este movimiento tardó casi veinte años en llegar a Europa y no influyó de manera alguna el mundo hispánico. De manera que cuando el viejo continente empezó a discutir e introducir tímidamente algunas de las reformas que implicaba la política de alternativas, ésta ya estaba siendo seriamente cuestionada en América del Norte.

Así, la historia reciente de España, marcada en lo político general por el retorno a la democracia, no ha conocido una verdadera transformación en la política criminal. Formalmente, a nivel jurídico, el código se mueve dentro del esquema tradicional de penas: privación de libertad, multa e inhabilitación. Incluso la multa no ha tenido la evolución que en otros países europeos y ha sido fundamentalmente una pena conjunta y no alternativa a la prisión.

Este esquema se complementa con alternativas también clásicas: el arresto domiciliario para penas privativas de libertad menores a un mes; la remisión o suspensión condicional de la pena para delincuentes primarios que reciban penas no mayores de dos años; y la libertad condicional para los casos en que se han cumplido efectivamente las dos terceras partes de la condena de cárcel.

Únicamente en campos como la delincuencia de drogas o la legislación penal de menores, se han introducido cambios legales que traen algunas novedades, aunque cuestionables. Para el caso de los drogodependientes, se

¹⁷⁵ Toda la información utilizada para este apartado sobre Italia ha sido tomado de Dolcini, Emilio; Pàliero, Carlo Enrico; *In Carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della Detenzione Breve nell' Esperienza Europea*; Milano-Dott. A. Giuffare Editore-1989.

puede ejecutar la pena en instituciones de desintoxicación o deshabituación. Aquí sigue operando el sistema tradicional sobre los esquemas de la declaración judicial de conducta delictiva, la condena y su inscripción, el requisito de que la pena sea menor de dos años y que el delincuente sea primario. Lo que se hace es agregar un requisito más consistente en el tratamiento obligatorio de deshabituación.

En cuanto a la legislación de menores se han ensayado institutos como la composición o reparación del daño, que sí abren nuevas perspectivas frente a la cárcel. Ha sido, sin embargo, en el campo de la legislación penitenciaria y sobre todo en la práctica de esta disciplina, con institutos como la "cárcel abierta", donde se han dado las transformaciones más significativas en España.

Para la Profesora Larrauri, las alternativas a la prisión deben reevaluarse cuidadosamente. No es posible descalificarlas en sociedades donde ni siquiera se han ensayado seriamente y sólo tienen sentido en la medida en que sean verdaderas alternativas al castigo y no simples castigos alternativos.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Entrevista personal a la Profesora Elena Larrauri, Frankfurt a.M., 27 de julio de 1993.

V. Sistema Penal y Sistema Penitenciario en América Latina y el Caribe. Alternativas a la Cárcel en la Región.

1. Introducción.

Escapa a nuestras posibilidades y propósitos intentar una caracterización histórico-social de América Latina y el Caribe. Esta tarea demandaría un desarrollo especializado que no estamos en condiciones de hacer. Pero sí resulta pertinente recordar que el desarrollo histórico de esta región está marcado, a partir del siglo XVI, por el coloniaje y la dominación europeos de los pueblos aborígenes inicialmente asentados en el continente. Este proceso socio-histórico determinó fenómenos estructurales, económicos y políticos, caracterizados por el subdesarrollo y la dependencia, en una relación de subordinación, aún después de alcanzada la independencia política de nuestros países —desde entonces periféricos—, con respecto a las potencias de los centros hegemónicos. Al interior de las naciones latinoamericanas y del Caribe, se conformó un ordenamiento social marcado por las grandes diferencias de status, entre los pequeños grupos oligárquicos y las grandes masas de mestizos e indígenas, situación que prevalece aún hoy día y que a lo largo de los siglos ha constituido uno de los capítulos en la historia universal más sangrientos de explotación y etnocidio.

Políticamente, semejante antagonismo social ha necesitado, pese a las fachadas republicanas y los incipientes intentos democratizadores, una historia de autoritarismo y dictadura, cuando no de populismo y demagogia, que han impedido el desarrollo de verdaderos procesos democráticos en la región. En las últimas décadas, la determinación de los intereses económicos de los principales centros de poder en el mundo, han definido los dos rasgos más importantes de la situación económica actual: un endeudamiento externo de dimensiones gigantescas y, como la cara opuesta de la misma moneda, un proceso de ajustes económico-sociales que han empobrecido aún más a los sectores sociales menos favorecidos de la región y, están determinando desgarramientos estructurales verdaderamente explosivos. La nota

más sobresaliente de este panorama económico y social, es el desfinanciamiento de los programas de asistencia social y el abandono, de por sí históricamente crónico, de los servicios básicos de la ciudadanía, a saber, alimentación, salud, vivienda, educación etc.

El sistema penal se ha visto afectado por ese deterioro generalizado, particularmente el subsistema penitenciario que, como parte de las tareas y servicios encomendados al Estado, se ha visto profundamente desfinanciado por la crisis global que padecemos. Precisamente, dentro de ese contexto es que debemos analizar la situación actual del sistema penal, norte sin el cual cualquier intento serio de estudio y propuestas de salida, no tendría sustento alguno.

2. Caracterización jurídico-penitenciaria de la región.

Los rasgos más sobresalientes respecto de la situación jurídico-penitenciaria en el área latinoamericana y del Caribe podemos resumirlos así:

a. A los efectos negativos universalmente conocidos de la prisión (deterioro psíquico y físico de los reclusos, traslación de la pena a familiares y allegados, altos costos sociales y económicos del encierro, reproducción de la criminalidad, etc.), hay que agregar, para el caso de la región, los fenómenos macroeconómicos de la situación antes mencionada, a saber, recortes fiscales que afectan los servicios básicos de nuestros países y que, en materia delincencial, perjudican los programas de prevención primaria y aumentan la criminalización de los sectores sociales más vulnerables.¹⁷⁷

b. Otro rasgo que adquiere significado especial en el problema penitenciario latinoamericano y del Caribe es el crecimiento constante, en términos relativos y absolutos de la población reclusa. Siendo la región una de las zonas

¹⁷⁷ Carranza, E. y otros; *Sistemas Penitenciarios...* pp. 11 y 12.; Carranza, E.; *Situación y Perspectivas...*; p. 94.

del mundo con tasas de crecimiento poblacional general más altas, el número de presos crece a un ritmo aún más acelerado, lo que se traduce en una agravación del problema de hacinamiento carcelario. Al respecto se han registrado índices de sobrepoblación en nuestras cárceles que van desde el 200% al 900%.¹⁷⁸

c. Como ocurre también universalmente, la población penitenciaria latinoamericana proviene de los sectores sociales más carenciados y empobrecidos. La marginalidad es el caldo de cultivo en donde florecen y se reproducen los seres humanos que son señalados, perseguidos y reclutados por el sistema penal. La contraparte de este fenómeno es la ineficacia e ineficiencia de ese mismo sistema frente a conductas criminales socialmente dañinas, provenientes de personas que pertenecen a capas sociales inmunizadas por su alta posición, por su poderío económico o político.¹⁷⁹

d. Uno de los problemas más graves que se han detectado y estudiado en el subcontinente es el referido a la cantidad de personas que guardan prisión en espera de juicio. Los presos sin condena representan entre un 45% y un 91% del total de la gente encarcelada en América Latina.¹⁸⁰ Esta situación, lejos de mejorar con los años, empeora, pues los índices y estudios más actualizados revelan que la población penitenciaria en esta condición, sin sentencia condenatoria, crece constantemente y el uso del encierro como medio casi exclusivo de control o contención social es generalizado.¹⁸¹

e. Si bien es cierto el área caribeña muestra cifras mucho más bajas respecto de presos en espera de juicio, el

¹⁷⁸ Carranza, E. y otros; *Sistemas Penitenciarios...*; pp. 12, 13 y 20.; Carranza, E.; *Situación y Perspectivas...*; p. 94.

¹⁷⁹ Carranza, E. y otros; *Sistemas Penitenciarios...*; p. 21.; Carranza, E.; *Situación y Perspectivas...*; p. 101.

¹⁸⁰ Carranza, E. y otros; *El Preso sin Condena...*; pp. 33 a 66.

¹⁸¹ Carranza, E.; *Situación y Perspectivas...*; p. 98.

número de personas encarceladas con condena es también muy elevado, incluso comparativamente con el resto de América Latina, lo que hace que esta subregión insular padezca también el mismo mal de un uso exagerado de la cárcel.¹⁸²

f. En América Latina y el Caribe se presenta una carencia total de política criminal a mediano y largo plazo.

✓ Al respecto, campean la improvisación, desorganización, falta de financiamiento y apoyo a una verdadera planificación que se anticipe y resuelva satisfactoriamente las demandas de este sector.

✓ g. Por otra parte, la administración de centros penales históricamente ha sido delegada en manos de cuerpos militares o policíacos, correlato de lo cual es la falta de personal especializado e idóneo para la atención de esta problemática social.

h. A nivel jurídico se carece, en la gran mayoría de países de la región, de legislación sistemática y moderna. Proliferan las leyes, reglamentos, circulares y disposiciones normativas de todo tipo, con las cuales se pretende regular esta temática, siendo el caos y la dispersión las notas dominantes en la práctica. El resultado de esta falencia se concreta en sistemas penitenciarios arbitrarios, en los que no se respetan las garantías mínimas de los prisioneros y se violan constantemente los derechos humanos.¹⁸³

i. Como consecuencia de todo ello, puede afirmarse que en la región latinoamericana y del Caribe, existe una ruptura entre lo que normativamente se dispone y lo que en la realidad funciona y se aplica. Así, está muy generalizada, a niveles constitucional y legal, la proclamación del fin resocializador de la pena privativa

¹⁸² Liverpool, N.; *Panorama de las Alternativas...*; en *Sistemas Penitenciarios...*; p. 93 a 103.

¹⁸³ Zaffaroni, E.R.; *Sistemas Penales...*; pp. 199 a 237.

de libertad, siendo que en la realidad, nuestros sistemas carcelarios se muestran incapaces de concretar tales objetivos y, por el contrario, exhiben resultados totalmente opuestos por constituir centros de hacinamiento, deterioro humano y de reproducción de la delincuencia. También se encuentran con frecuencia leyes y reglamentos que declaran la progresividad del sistema y el enunciado de una serie de alternativas frente a la prisión y pautas de seguimiento pospenitenciario. Pero nuevamente la realidad se encarga de hacernos ver que tales propósitos se implementan muy fragmentariamente o no se aplican del todo. Las clásicas medidas alternativas a la prisión, sea con control y supervisión judicial o administrativa (Condena Condicional, "Probation", Libertad Condicional, "Parole", Servicio Comunal Gratuito, Trabajo Terapéutico, Semilibertades, etc.), sea sin esos controles (Multa, Libertad bajo Fianza, Libertad Juratoria, Amonestaciones y Apercibimientos, Resarcimientos de Daños, etc.), se aplican muy escasa y desordenadamente.¹⁸⁴

Con estos antecedentes, las principales recomendaciones de expertos para la región latinoamericana y del Caribe han girado en torno a las siguientes medidas:

a. Promulgación de sistemática y moderna legislación de ejecución penal en la que se garanticen los principios básicos de un Estado de Derecho (Legalidad, Defensa, Culpabilidad, Non bis in idem, etc.) para todos los reclusos y se vigile judicialmente, a través de la figura del juez o tribunal ad-hoc, la ejecución de la pena privativa de libertad.

b. Difusión de la ideología del minimalismo penal, tanto en dirección a descriminalizar y despenalizar conductas que actualmente constituyen delitos, como a reducir al mínimo las conductas que impliquen privación de libertad.

¹⁸⁴ Rodríguez Manzanera, L.; *Panorama de las Alternativas...*; en: *Sistemas Penitenciarios...*; pp. 45 a 83.

* c. Diseño y fortalecimiento de regímenes penitenciarios progresivos, sin renunciar al fin resocializador de la pena de prisión, pero superando la mera ideología del tratamiento y haciendo del Estado y de la comunidad los ejes que ofrezcan verdaderas alternativas educativas y laborales que promuevan la reinserción social.

d. Poner en manos civiles, de profesionales en ciencias sociales, la administración, organización y funcionamiento de los sistemas penitenciarios, acabando con la militarización y regímenes disciplinarios contrarios a los Derechos Humanos.

e. Para los países latinoamericanos de tradición jurídica continental-europea, dar prioridad al problema de ofrecer alternativas a los privados de libertad en espera de juicio, para lo cual se propone la ampliación y flexibilización del instituto de la excarcelación, sea con garantías económicas, sea simplemente bajo promesa de presentarse al juicio.

f. Para el área del Caribe, donde la prioridad habría que ponerla en la atención de la elevada población penitenciaria ya condenada, se propone atender esta grave situación ampliando y flexibilizando las instituciones jurídicas ya existentes, con el propósito de hacer descender los niveles de dicha población. Lo anterior, por supuesto, sin descuidar el hecho de que también se trata de reducir al mínimo y mantener bajos los porcentajes de prisioneros sin condena.

o p. g. Para toda el área, consideramos por nuestra parte que se trataría de ensayar todo tipo de modificaciones, desde las procesales que impidan el encuadramiento de determinadas conductas en el ámbito del proceso penal, donde jugaría un papel primordial la introducción del principio de oportunidad, debidamente reglado, en manos del Ministerio Público, hasta medidas sustantivas que cambien la pena de prisión por otros mecanismos sancionatorios ya experimentados con éxito, tales como las

penas pecuniarias,¹⁸⁵ los trabajos comunales gratuitos, las diversas modalidades de semilibertad, etc.

h. Se trataría de desplazar la cárcel como la más importante y casi exclusiva respuesta penal, convirtiéndola en una medida más, dentro de un amplio elenco de respuestas sancionatorias, destinada a aplicarse en los casos imprescindibles y siempre con el propósito de alcanzar la reinserción social. En este sentido es hora ya de dejar el tema de "las penas alternativas a la prisión" y colocarse, desde una perspectiva realmente transformadora, en el tema del nuevo elenco de las respuestas penales, destronando a la que ha sido la reina de las penas y poniendo esta temática en una nueva perspectiva.

i. Se trata también de diseñar programas de atención y seguimiento postpenitenciario, fase de la ejecución penal que resulta de primordial relevancia en ese mismo proceso que pretende la reinserción social de los infractores. Este aspecto que, como la mayoría de los enunciados, se los encuentra en la región como meros pronunciamientos de buenos propósitos, deben superar esa etapa, sabiendo que la implementación de tales programas no son baratos ni se podrán llevar adelante sin el personal especializado o sin la decisión política expresa de las instancias formales de gobierno.¹⁸⁶

¹⁸⁵ No creemos que, dados los rasgos característicos de la clientela penal en América Latina y el Caribe, principalmente su extracción social paupérrima, de sobrevivencia, las sanciones pecuniarias puedan jugar el papel que desempeñan en contextos sociales desarrollados. Un criterio contrario es expuesto por González A, Daniel y Garita V, Ana I. en: **La Multa en los Códigos Penales Latinoamericanos**, pp. 135 a 143. No obstante, consideramos que la multa, principalmente bajo la modalidad de sistema de días-multa, puede ser un sustitutivo interesante, en delitos fiscales o de "cuello blanco".

¹⁸⁶ Para un amplio análisis de esta temática y recomendaciones, ver Rodríguez Manzanera, L.; **Panorama de las Alternativas...**; en: **Sistemas Penitenciarios...**; pp. 83 a 91. Ver también Zaffaroni, E.R.; **Sistemas Penales...**; pp. 191 a 237.

VI. ¿A Dónde Va Costa Rica?

1. Notas sobre la evolución penal y penitenciaria en Costa Rica.

Ya vimos, con el pensador Michel Foucault, que la historia de la prisión es simultáneamente la historia de su reforma. Dicho en palabras que tienen que ver más con nuestro enfoque, podemos afirmar que la historia de la prisión es a la vez la historia de la búsqueda de sus alternativas. Esta afirmación es válida y se refleja con toda nitidez en el desarrollo institucional costarricense, como de seguido veremos.

Estamos totalmente de acuerdo con la perspectiva que ubica el desarrollo de los sistemas punitivos en correlación directa con el desarrollo económico-social y político de una nación. Así, nos adscribimos a los recientes intentos de reescribir la historia penitenciaria de Costa Rica, como un proceso en el que se han reflejado los principales cambios y estadios de desarrollo por los que ha atravesado nuestro país.¹⁸⁷ Sin embargo, el propósito que nos anima aquí es

¹⁸⁷ La bibliografía en este campo ya es extensa. Cronológicamente podemos citar como los aportes más importantes los siguientes: Viquez Jiménez, Mario Alberto; **La Prisión, posición y función en la sociedad costarricense**; tesis para optar al grado de Maestría, Instituto de Formación Profesional, México, 1982; González Valverde, Ana Lorena; **Origen de las leyes contra la vagancia en Europa Precapitalista. Su inserción en el precapitalismo periférico. El caso de Costa Rica (1821-1841)**; tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1985; Granados Chaverri, Mónica; **Bases Históricas para la Construcción de una Teoría Político-Económica de la Pena en la Costa Rica del siglo XIX**; tesis para optar al grado de Maestría en Criminología; Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1986; Artavia Cubero, Pablo Reiner y otros; **El Estudio de la Institución Carcelaria y la Política Penitenciaria del Estado Costarricense**; tesis para optar al grado de Licenciados en Sociología, Universidad de Costa Rica, Departamento de Ciencias Sociales, San José, 1986; Muñoz Villalobos, Vernor; **Costa Rica: Orígenes de la Represión Penal (1502-1842)**; tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1987; Arroyo Muñoz, Guillermo; **Desarrollo Histórico del Sistema Penitenciario Punitivo Costarricense**; Ministerio de Justicia, mimeografiado, San José, 1992.

destacar únicamente cómo, independientemente de la formulación jurídica en leyes y códigos de un sistema punitivo dado, la realidad impone en la práctica determinadas formas de sanción, según hayan sido las necesidades que los sectores sociales con poder para hacerlo, han definido conforme sus propios intereses. En particular queremos destacar la manera en que, cuando la pena privativa de libertad surge y se desarrolla hasta convertirse prácticamente en pena exclusiva, comienza simultáneamente a establecerse toda una contraestrategia alternativa, que busca superar los efectos negativos que social e individualmente le son consustanciales a la cárcel.

1.2. Descubrimiento y Conquista.

En este orden de ideas, hay un primer período en la historia costarricense que va del descubrimiento de su territorio (1502), hasta la "pacificación" del mismo por parte de los españoles (hacia 1575), en el que la nota dominante es la de la exploración y conquista de sus suelos. Sigue siendo válida la afirmación de que este período está regido por las leyes de la guerra, a saber, se trata de la imposición violenta de códigos arbitrarios, por parte de los enviados de la Corona, sea para sancionar conductas al interior de las huestes conquistadoras, sea para castigar conductas de los pobladores aborígenes conquistados.

Refiriéndose a la época de la Conquista, siglo XVI, don Ricardo Jinesta apunta:

*"Al iniciarse la conquista, los procedimientos empleados para castigar fueron únicamente los usados entonces en la guerra. La situación no era para expedientes, ni para vacilaciones. El Capitán, como Jefe y representante de la Corona, imponía penas a voluntad, ya fueran de azotes, tormento, privación de haberes, y de muerte según el caso... De las sentencias de los Gobernadores y demás funcionarios se apelaba ante la Audiencia Colonial, y según el caso, ante el Consejo de las Indias, instalado en España. Para determinados expedientes estaba el Santo Tribunal de la Inquisición".*¹⁸⁸

¹⁸⁸ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 77.

1.3. La Colonia.

La época colonial propiamente dicha, período que va de la fecha anteriormente mencionada (hacia 1575) y hasta la declaratoria de independencia (1821), se caracteriza por la vigencia en Costa Rica, como provincia de la Capitanía General de Guatemala, Reino de la Nueva España, de los principales códigos legales vigentes para el Imperio, y de las disposiciones particulares para los territorios "de Indias".¹⁸⁹

En estas codificaciones formales predominan las penas corporales (muerte, tormentos, azotes, picota, etc.) infamantes (exhibición de cadáver, ciertas vestimentas o desnudeces antes de la ejecución de la sentencia, vergüenza pública, corte de cabello para aborígenes, etc.), las segregaciones (destierro, confinamiento) y la servidumbre. El carácter de estas penas es esencialmente retributivo, de gran contenido moralista y, en segundo término, con propósito atemorizador o aleccionador. En lugar muy relegado estaban las penas pecuniarias, limitadas a ciertas delincuencias, como delitos económicos o comercio ilegal. Si bien es cierto se tiene noticia de la existencia de fortalezas o presidios desde comienzos del siglo XVII, es de suponer que tales sitios tuvieron la connotación propia de la época, más como instrumentos de contención en espera de la verdadera penalidad, que como sanciones autónomas.¹⁹⁰

Es de destacar que ya para esta época comienza a detectarse un mal crónico referido a la carencia de instalaciones adecuadas que fungieran como cárceles. Voces oficiales, reiteradamente, se detienen a señalar la mala condición de los edificios, la poca seguridad que ofrecen, sus problemas de salud e higiene, etc. Es aquí

¹⁸⁹ Las principales codificaciones de la época están constituidas por **Las Recopilaciones** y sus modificaciones, **Las Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación de las Indias**, dadas por Felipe II el 13 de julio de 1573, Madrid, Ministerio de Vivienda, Secretaría de Publicaciones, 1973; **Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias**; Madrid, Consejo de la Hispanidad, 1791.

¹⁹⁰ Jinesta, R.; *Evolución...*, p. 85.

donde detectamos cómo la estrategia carcelaria empieza a mostrar sus fisuras. Los intentos por superar esas contradicciones, buscando salidas alternativas, constituirá históricamente la contraestrategia que simultáneamente comienza a delinearse.¹⁹¹

Para mediados del siglo XVIII el encierro en prisión es una institución que había evolucionado en dirección a su fortalecimiento y autonomía, según se desprende del siguiente párrafo:

*"Llegó a Cartago el 2 de febrero de 1744 el Teniente coronel don Luis Diez Navarro, ingeniero y visitador general de los presidios y plazas, con el propósito de ver el fuerte de San Fernando de Matina, y revisar las cuentas de construcción que llegaron a cuarenta mil pesos".*¹⁹²

Para finales de esa misma centuria, la idea del encierro como penalidad autónoma se define al diversificarse. Esto se demuestra con la idea, cada vez más insistente, de crear casas correccionales para "mujeres públicas".¹⁹³

Este proceso culmina cuando, a principios del siglo XIX se impulsa la desaparición de ciertas penas corporales (abuso en pena de muerte, tortura, azotes, etc.) y se propone a cambio el fortalecimiento del encierro y los trabajos forzados:

*"El 8 de setiembre del mismo año (1813) se declaró abolida la pena de azotes en toda la monarquía, extendiéndose esa prohibición a los establecimientos de corrección y colegios, debiéndose en su lugar, agravar las de presidio y obras públicas. (Desenvolvimiento int. de C.R. en la época Colonial L.F. González)".*¹⁹⁴

¹⁹¹ Jinesta, R.; *Evolución...* pp. 95, 100, 101.

¹⁹² Jinesta, R.; *Evolución...* p. 99.

¹⁹³ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 102. Debe hacerse notar que estas casas "correccionales" en realidad no introducen con claridad la idea del fin resocializador de la pena. Es todavía un concepto demasiado embrionario y limitado a conductas y sectores sociales considerados moralmente dañinos, como lo era la prostitución.

¹⁹⁴ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 106.

Alternativas a distinto tipo de sanciones comienzan a verse en esta época, por ejemplo, en la posibilidad de conmutar la pena de multa por la obligación de prestar un servicio público, cuando en caso de gente muy pobre no se tenían recursos para cubrir este tipo de sanción. Generalmente se destinaba al penado, hasta por un período de tres meses, a servir como soldado vigía en algún confín de la Provincia. Se conoció también la amonestación en casos de absolutoria. Asimismo se conmutó la prisión por destierro, con pago de costas procesales y satisfacción verbal al ofendido.¹⁹⁵ También resulta de interés mencionar que, demonstrado el nexo fíal, ya fuera legítimo o ilegítimo, entre víctima y ofensor, se despenalizaba el hecho:

*"...pues el lazo de la sangre se impone a la conciencia pública con toda su realidad y efectividad natural..."*¹⁹⁶

Para casos estimados de locura se optó por el internamiento hospitalario, tal y como hoy se hace a través de las medidas de seguridad.

Finalmente, lo que es de mucha importancia, se admite la "composición entre partes", cuando el hecho delictivo no trasciende el interés de éstas, aun en casos de cierta relevancia como las lesiones graves, pudiéndose por esta vía llevar a un entendimiento satisfactorio:

"Siguiendo la práctica establecida, se embargaron los bienes del reo y se depositaron en persona responsable, a fin de asegurar con tiempo el pago de costas procesales y personales, la indemnización de los daños causados con el delito. Pero, antes de llevarse la tramitación de la causa hasta su fenecimiento, entraron en composición el reo y el perjudicado, y así lo comunicaron al Juez..."

Esta composición era de todas maneras acompañada por verdaderas formas de alternativas al castigo. Se apercibía a los involucrados de que en caso de continuar el problema entre ellos se reabría la causa, se los condenaba a pagar la mitad de las costas procesales hasta ese momento ocasionadas y para "desagravio de la

¹⁹⁵ Alfaro, A.; *Arqueología...* pp. 40, 130 y 131.

¹⁹⁶ Alfaro, A.; *Arqueología...* p. 71.

vindicta pública" se los condenaba a "un mes de servicio en las obras públicas de esta ciudad". A los reos se los ponía finalmente en libertad.

Otro pasaje que ilustra esta misma tendencia al entendimiento y composición del conflicto puede notarse en el siguiente párrafo:

*"Había transcurrido, pues, un gran período colonial en Costa Rica, hasta incluir todo el siglo XVIII, sin que los Gobernadores españoles necesitasen aplicar la pena de muerte por delitos comunes; antes por el contrario, con tolerancia extremada a veces, consintieron en la composición entre las partes, aun tratándose de heridas graves... hubo sí exagerado celo para impedir que se portasen armas prohibidas, como dagas, puñales, pistolas, etc., y se castigaba con la pena de doscientos azotes a los infractores de tal disposición".*¹⁹⁷

1.4. La República.

Para la primera época de la vida republicana nacional, período que podemos ubicar desde la fecha de la independencia (1821), hasta la fundación de la República (1847), los rasgos más sobresalientes del sistema penal y penitenciario de esta época pueden resumirse así:

a. El sistema formal de penalidad heredado de la Colonia se mantiene con vigencia hasta 1835. Desde los momentos inmediatos posteriores a la declaratoria de independencia, fuera mediante disposiciones de las Asambleas Nacionales, fuera mediante Decretos Ejecutivos, se comenzó a normar en materia penal y penitenciaria, hasta que, con Carrillo (1838-1842) se emite la primera legislación (Código General de 1841) y reglamentación específica (Reglamento del Presidio Urbano de 22 de febrero de 1839 y Reglamento de Policía de 18 de diciembre de 1841). Estas últimas normas trazaron las grandes líneas de la penalidad y el control social en Costa Rica hasta que llegó la era liberal, hacia la década de los años setentas del siglo pasado.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Alfaro, A.; *Arqueología*... pp. 142, 143, 145 y 180.

¹⁹⁸ Alfaro, A.; *Arqueología*... pp. 149, 151 y 152.

b. Via decretos ejecutivos estos primeros años de vida republicana hicieron énfasis en la penalización de la vagancia y los juegos ilícitos,¹⁹⁹ siendo la respuesta legal más generalizada la condena a obras públicas que, en la práctica, se tradujo en trabajos forzados, sobre todo, en la apertura y mantenimiento de caminos públicos y privados.²⁰⁰

¹⁹⁹ González, A.L.; *Origen*... p. 354; Jinesta, R.; *Evolución*... pp. 115 y 118. Sin duda, como se verá luego, estas disposiciones penales obedecen a la necesidad de aprovechamiento al máximo de la mano de obra en momentos de cambios económicos importantes.

²⁰⁰ El origen económico-político de esta particular fórmula de penalidad lo explica A.L. González en los siguientes términos: "...se constataron los factores que dieron origen a las leyes sobre vagancia en Costa Rica. La concentración de los habitantes en los núcleos de población provocó un excedente de fuerzas productivas en relación con el sistema de tenencia de los medios de producción...

"Se determinó que hubo presión sobre la tierra en el período tratado y que en 1830 la mayor parte de las tierras habilitadas para producir en los principales centros de población estaban privatizadas; hubo hambruna y desocupación.

"Dicho problema se agravó al iniciarse la década de los 40 debido a que las leyes que habían sido dispuestas para eliminar las tierras comunales se pusieron en práctica privatizando los ejidos...

"En el período precafetalero se constataron dos situaciones que provocaron la concentración de pobladores en los principales centros urbanos: una fue el incremento demográfico que se había originado desde principios de siglo; la otra, la carencia de estímulo para la migración a zonas selváticas debido al escaso comercio que se practicaba en el país.

"Se concluyó que el minifundio había dejado de ser suficiente para absorber la mano de obra familiar, como también para suplir las necesidades alimenticias de la familia.

"Desde entonces, aunque el pequeño campesino continuó siendo propietario de una parcela, dependió del sueldo recibido por su trabajo como jornalero para subsistir. A sus descendientes se les dificultó la obtención de una parcela, por lo tanto, el mantenimiento de su status se vio deteriorado y se convirtieron a menudo en desposeídos y desocupados.

"Se comprobó que dentro de la jerarquía de la pobreza, los labradores estuvieron un peldaño más arriba que los jornaleros, y dependieron del sueldo en forma suplementaria.

"Los agricultores fueron los más poderosos y dominaron los medios productivos y las fuerzas de producción: las mejores tierras y el trabajo efectivo de algunos desposeídos y de otros minifundistas quienes, por presiones económicas, comenzaban a escindir de la tierra con el fin de ganarse el sustento con trabajo asalariado.

c. Este proceso de fortalecimiento de la pena privativa de libertad estuvo acompañado por la tendencia a eliminar las penas corporales. Explícitamente se empezaron a prohibir los azotes y torturas, así como también, por razones económico-sociales, con la excepción del período que va de 1836 a 1838, disminuye notablemente la aplicación de la pena capital. Las penas pecuniarias continuaron relegadas para sancionar sólo algunos pocos delitos, de carácter económico o fiscal.²⁰¹

d. Este primer período de la vida republicana en Costa Rica, también está marcado por la insistencia de voces oficiales en la necesidad de crear más cárceles y dotarlas de condiciones mínimas de seguridad e higiene. Aparecen claramente los enunciados de clasificación de los privados de libertad, especialmente la necesidad de separar en edificaciones distintas a mujeres de hombres, menores de adultos, simples detenidos de los condenados, etc. La "manía" carcelaria empieza a ser constante. Se proponen cárceles para mujeres delincuentes, casas de corrección para menores y "mujeres públicas" y hasta se mencionan, por primera vez en nuestra historia, las colonias agrícolas como medios de control social penal.²⁰²

Pero, de nuevo, la privación de libertad comienza a mostrar sus contradicciones internas. Las salidas legales a la escasez y malas condiciones de los presidios, así como la necesidad de explotar la mano de obra carcelaria,

"Pero el sistema establecido no absorbió la cantidad de mano de obra que se convirtió en excedentaria, sino hasta que el impulso de la comercialización del café produjo el corrimiento de la frontera agrícola. En este momento de transición al capitalismo agrario el excedente de fuerza laboral fue canalizado hacia la colonización de las tierras incultas, consolidándose en este interim la propiedad minifundista.

"Es por ello que se ha concluido llamar al excedente "ejército agrario de reserva". (Ver: Origen... pp. 351 a 353); ver además Alfaro, A.; Arqueología... pp. 149, 151, 153 y Jinesta, R.; Evolución... pp. 113, 120 y 122.

²⁰¹ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 122.

²⁰² Alfaro, A.; *Arqueología...* pp. 150, 151 y 152; Jinesta, R.; *Evolución...* pp. 113, 114, 116, 117, 122, 124 y 135.

determina que se empiecen a implementar mecanismos alternativos al mero encierro. Los medios más frecuentes en esta época son el indulto o gracia, en manos del Poder Ejecutivo; la conmutación de penas, ya sea el cambio de la prisión por el servicio en obras públicas, ya sea el cambio de la obligación de servir en el ejército por el destierro perpetuo, el cambio de la multa por el presidio o condena a obras públicas para personas sin recursos, etc. Procesalmente se conoció el instituto de la fianza de excarcelación en diferentes modalidades.²⁰³ Más informalmente se decretaron también rebajas de penas a personas determinadas o se perdonó a expatriados.²⁰⁴

Esta secuencia culmina con la disposición ejecutiva del 22 de febrero de 1839, Reglamento del Presidio Urbano, principal cárcel del país, primer documento normativo que propone el fin correccional de la pena en Costa Rica, con lo que se inicia toda una nueva era en el desarrollo penitenciario nacional.²⁰⁵

El Código General de Carrillo (1841) emitirá en su apartado de lo penal el "programa punitivo" de la época.²⁰⁶

²⁰³ Alfaro, A.; *Arqueología...* pp. 148, 149; Jinesta, R.; *Evolución...* pp. 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122.

²⁰⁴ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 120.

²⁰⁵ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 125.

²⁰⁶ El Código Penal de 1841 establece como elenco de penas el siguiente. Penas corporales: la muerte; el presidio; el extrañamiento perpetuo o temporal del territorio nacional; la pena de obras públicas; la reclusión en una casa de trabajo; la de ver ejecutar una sentencia de muerte; la prisión en una fortaleza; el confinamiento en un pueblo o distrito determinado; el destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito. Como Penas no corporales: declaración de infamia; la inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general o una determinada clase; la privación de empleo, honores, profesión o cargo público; la suspensión de los mismos; el arresto; la sujeción a la vigilancia de las autoridades; la obligación de dar fianza de buena conducta; la retractación; la satisfacción; el apercibimiento judicial; la reprehensión judicial; el oír públicamente la sentencia; la corrección en establecimientos especiales para mujeres y menores. Las Penas Pecuniarias: la multa y la pérdida de algunos efectos. (Art. 28, Parte Segunda). (Ver: Costa Rica, *Código General de la República de Costa Rica*, Imprenta de Wynhoop, Hallenbeck y Thomas, 13, FUI, New York, 1858).

Resulta de importancia destacar cómo esta codificación ofrece un elenco amplio y variado de sanciones penales, donde destaca la diversidad de modalidades de encierro así como claras alternativas al mismo, según fueron las tendencias del momento. No puede dejar de observarse tampoco que hay una serie de esas penalidades y alternativas que no pasaron de ser meros enunciados teóricos, fruto de la copia textual de códigos y leyes extranjeros, tal el caso de los modelos edilicios que se mencionan para ejecutar las penas de prisión. Asimismo, llama la atención que la prisión es considerada una "pena corporal" tal y como muy recientemente se ha vuelto a proponer, dadas las implicaciones físicas que tiene.

La insistencia en el fortalecimiento de la cárcel y la privación de libertad, se revela también en el hecho de que, al conmutarse la pena de presidio por la de destierro o confinamiento, se dobla el tiempo de la condena, lo que dice de una valoración superior del encierro respecto de otras alternativas de sanción penal.²⁰⁷

Finalmente, creemos detectar en el Reglamento de Policía de 18 de diciembre de 1841, también emitido por Carrillo, la primera manifestación de lo que será uno de los rasgos característicos de la penalidad costarricense en la segunda mitad del siglo XIX, a saber, la tendencia a segregar o aislar y a clasificar a la población privada de libertad. Así, respecto a los cárceles dice:

*"Debían ubicarse aisladas de todo otro edificio, en lugar retirado y rodeadas de muros altos. El edificio tiene que ser dividido en dos secciones: una para ser ocupada por hombres y otra por mujeres. Tratándose de la cárcel general de cada Departamento, cada sección tendrá tres separaciones: para presos, deudores y detenidos".*²⁰⁸

Asimismo consideramos que las estrategias de control social hacia futuro se complementan con el Decreto Ejecutivo de Francisco Morazán, el liberal, con fecha 21 de mayo de 1842, tendiente a eliminar las penas corporales y a sustituirlas por más trabajo en obras públicas, y el

²⁰⁷ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 137.

²⁰⁸ Jinesta, R.; *Evolución...* pp. 137-138.

Decreto Ejecutivo del Presidente Castro Madriz, fechado 3 de junio de 1847 que señala la doble vía de esa estrategia de control en Costa Rica: para los disciplinados educación y trabajo; para los indisciplinados encierro y "vara".²⁰⁹ Esta doble vía del control social se irá acentuando con el tiempo y revelando su naturaleza y relaciones mutuas.²¹⁰

²⁰⁹ Granados, M.; *La Historia...* p. 220; Jinesta, R.; *Evolución...* pp. 137, 138, 139 y 142.

²¹⁰ Tal aspecto se revela con claridad en la siguiente disposición: "La Circ. No. 22 de 4 setiembre 1861 del M. de Gobernación se refiere al Art. 5 de la ley No. 29 de 30 de setiembre de 1858 que establece que **las multas que se impongan por toda clase de delitos, así como también las cantidades que resulten de las conmutaciones de penas que se hagan por el Poder Ej. serán para los fondos de instrucción de la provincia en que se hubiere cometido el delito**". (Ver Jinesta, R.; *Evolución...* p. 150). En igual sentido, ya madura la vida republicana del país se conocen pronunciamientos oficiales como el siguiente: "De la Mem. del Ministro de Obras Públicas don Manuel Argüello presentada el 8 de mayo de 1880, tomo lo siguiente: **No se ha emprendido edificio alguno en el año económico próximo pasado, a pesar de la necesidad que la República tiene de cierta clase de establecimientos exigidos por la marcha progresiva de la legislación, por la cultura de los habitantes de las ciudades, y más que todo, por el brillante desarrollo que la Instrucción primaria y secundaria, ha tenido en el último decenio: penitenciarias en el interior, en armonía con el nuevo Código Penal**". (Ver Jinesta, R. *Evolución...*; p. 175). Esta tendencia llega hasta la instalación de escuelas dentro de los presidios: "El Art. 10 Inc. 2 de la Ley de Ed. Común (Mauro Fernández) de 26 de febrero de 1886 **ordenó establecer escuelas para adultos en los cuarteles, cárceles, y otros establecimientos donde se encontraran reunidos de ordinario cuando menos cuarenta adultos ineducados**". (Ver Jinesta, R.; *Evolución...* p. 186).

Finalmente, en Memoria del entonces Ministro de Gobernación don T. Zúñiga con fecha 17 de junio de 1889, entre otras cosas de interés recogidas por R. Jinesta, dice: "El promedio de la criminalidad en Guanacaste, no es un fenómeno de este año únicamente, y quizá su explicación se encuentre en los defectos que se notan en el régimen de las autoridades locales; en **la carencia de cárceles en la mayor parte del territorio y la malísima condición de las pocas que existen; en la menor efectividad de los beneficios de las escuelas primarias, a causa de la carencia de personal apto para servirlos en varios de los cantones de la provincia, y por las dificultades de comunicación; en su situación fronteriza ... y por la concentración en pocas manos de la mejor parte de la propiedad nacional, que mantiene a la mayoría de los**

1.5. La consolidación del Estado Nacional y la Era Liberal (1847-1914).

El período que se abre con la fundación definitiva de la República independiente de Costa Rica (Castro Madriz, 1848) y culmina con los primeros pasos para la redefinición del papel del Estado en una sociedad moderna (González Flores, 1914-17), comprende procesos complejos y vitales como la aparición del cultivo del café y su fortalecimiento, la vinculación de nuestro país al mercado internacional a través de la exportación constante y creciente de este producto, la definición —a nivel social— de una clase oligárquica cafetalera que se apodera del aparato político del Estado y conduce su destino así como, frente a ella, una clase media de pequeños y medianos productores y una clase baja conformada por peones y artesanos. El paisaje económico y social de Costa Rica estuvo definido desde entonces y con muy pequeñas variaciones. No es de extrañar en consecuencia que para todo este período se dieran, a nivel jurídico, muy pocas transformaciones. El Código Penal contenido en el Código General de 1841, no es sustituido sino hasta 1880 y durante toda esta época sobresalen sólo dos o tres reformas de importancia, entre ellas, la abolición, primero de hecho y luego de derecho, de la pena de muerte con Guardia.²¹¹

habitantes como alejados de ese orden de intereses que aparejan la posesión y cultivo de la tierra, y que tanto contribuye en todas las poblaciones a regularizar las costumbres. Precisamente estimo que debe considerarse como una de las causas más eficientes en la moralidad relativa del pueblo de Heredia, la gran división que allí existe en el usufructo del suelo y la riqueza y bienestar general de todas las clases sociales. Enojoso y difícil sería enumerar las causas probables del incremento de los delitos, principalmente los homicidios; mas no sería desacertado incluir entre ellas los graves defectos de nuestro régimen penal y penitenciario, que bien conoce el Congreso, y el abuso de las bebidas alcohólicas, que por desgracia cobra cada día más terreno en C.R." (Ver Jinesta, R.; *Evolución*...p. 199).

²¹¹ Luego de dejarse de aplicar sistemáticamente de hecho, la pena de muerte fue abolida mediante Artículo 1º, del Decreto No. 7 del 26 de abril de 1882, mediante un personalísimo acto del Presidente de la República, General Tomás Guardia Gutiérrez, quien, al poner en vigencia la

A nivel penitenciario las tendencias esbozadas ya en los albores de la fundación de la República, se van consolidando. Básicamente:

a. Segue declarándose, a nivel oficial, la necesidad de edificar más cárceles y dotarlas de condiciones mínimas de seguridad e higiene.²¹² Esto es válido tanto para el control de varones adultos delincuentes, como respecto de las mujeres y menores, cuyas alternativas fueron la semi-servidumbre, pues los ponían al servicio de patronos o "familias decentes", o bien se los confinaba o encerraba en "casas de corrección".

b. Sin embargo, por otro lado, continúan dándose las contradicciones propias que el encierro engendra. Se proponen y ensayan distintos modelos de segregación para el tratamiento de la delincuencia. Primero se trató de impulsar prisiones en los centros urbanos más importantes. Cuando el modelo que generó el empleo de la mano de obra disponible en las cárceles y generalizó la pena de obras públicas y trabajos forzados comenzó a declinar, se empezó a hablar de la necesidad de usar otras formas de segregación, esta vez mediante la fundación de colonias agrícolas en lugares aislados o apartados.²¹³ Se utilizaron como argumentos, todo tipo de racionalizaciones, entre ellas:

suspendida Constitución de 1871, reformó el Artículo 45 de la misma estipulando que "*La Vida Humana es Inviolable en Costa Rica*". (Ver Páez Vargas, J.L. y Ulloa Hidalgo, L.R.; **La Pena de Muerte**; tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1985, pp. 148-149).

²¹² Jinesta, R.; *Evolución*...pp. 153, 154, 163, 184, 188, 197, 205, 206, 207, 215.

²¹³ Esta tendencia fue la que se concretó en la fundación del Centro Penal en la Isla de San Lucas, Golfo de Nicoya, el 28 de febrero de 1873; el Decreto que creó un presidio similar en la Isla del Coco el 3 de julio de 1874 y cuya vigencia duró muy poco; y, tiempo después, el proyecto que nunca se concretó, para fundar una colonia penitenciaria en la Isla del Caño. (Ver Alfaro, A.; *Arqueología*...p. 115; Jinesta, R.; *Evolución*...pp. 166-167).

"Aparte de las ventajas naturales que tal medida ha ocasionado, a la moral y a los sentimientos humanitarios, profundamente arraigados en nuestra raza, retirando de nuestras calles esa ambulante muestra del crimen; además de las que procura al criminal el aislamiento para ocuparse más de sí mismo y no perder el pudor y la vergüenza sirviendo de espectáculo público en las poblaciones, se obtiene la de que el castigo se hace más severo y efectivo y más difícil la fuga. La evasión de un reo es la prueba de su impenitencia, y es un motivo de alarma para la sociedad".²¹⁴

En el mismo sentido puede notarse:

"Y en el Coco, como en San Lucas, los reos se libran de la vergüenza pública que sufrían cuando se les dedicaba a trabajos forzados en las calles de la ciudad; la sociedad, por decoro y humanidad, debe ocultar en los lugares más convenientes y provechosos, las miserias humanas, buscándoles remedio en vez de mantener en exhibición las cadenas del criminal, los ayes del enfermo y los harapos del mendigo".²¹⁵

Tómese nota de que no se trata sólo de una medida "para ocultar condenados penales", se trata de toda una nueva estrategia de control social que pretendía hacer lo mismo con otras formas de disidencia, fuera por enfermedad o por pobreza. En todo caso no creemos que se tratara de meros sentimientos humanitarios. El proceso económico y social del país había avanzado. Ya no se necesitaba con tanta urgencia la utilización de la mano de obra presa en la construcción y mantenimiento de caminos, de manera que la estrategia cambia de naturaleza y función. Ahora se trata con un alto grado de fariseísmo, de "esconder miserias".

Las contradicciones propias que generaba el encierro se notan también a nivel del discurso oficial, siempre reiterativo respecto a la necesidad de crear más centros

²¹⁴ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 164. El autor refiere manifestaciones del Ministro de Obras Públicas de la época, Salvador Lara, con fecha 8 de mayo de 1874.

²¹⁵ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 174.

penales frente a la carencia de recursos para fundarlos y sostenerlos.

c. Se introduce en materia penitenciaria el principio de clasificación. Se insiste en la necesidad de separar a hombres de mujeres, problema que era el más importante de la época; asimismo se defiende la necesidad de separar en el encierro a los menores de los adultos, a los procesados de los sentenciados, etc. Por supuesto que una cosa fue el discurso oficial y la formulación de buenos deseos, y otra muy distinta la realidad que los acompañaba. La mayoría de estos pronunciamientos no pasaba de ser letra muerta y ensayos frustrados.

d. Se desarrolla y fortalece la idea "obsesiva", para usar el término de M. Pavarini, de la regeneración, como concepto embrionario, todavía con contenido muy moralista, de la "resocialización", a través de los ejes trabajo-educación. En este punto se vivirá la permanente contradicción entre la recreación en el encierro penitenciario de las condiciones de vida exteriores y, fundamentalmente, la contradicción entre el trabajo carcelario y el mercado de trabajo externo.²¹⁶

²¹⁶ Jinesta, R.; *Evolución...* p. 149. No deja de ser sin embargo sumamente interesante ver cómo, un funcionario público mostraba su escepticismo frente a la generalizada opinión a favor de la pertinencia de la penitenciaría urbana autosostenida con el trabajo de los reclusos.

"En la Mem. de 1895 el Ministro de Justicia don Ricardo Pacheco no se manifiesta muy inclinado a la conveniencia de establecer una penitenciaría, pues considera que en países eminentemente agrícolas no dan resultados satisfactorios, pues en estos establecimientos sólo se pueden establecer ciertas industrias, de modo rudimentario; los agricultores, así, no adquirirían (sic) hábitos de trabajo. Continúa el Sr. Pacheco: "Y es infundado abrigar esperanzas de que en la penitenciaría pueda hacerse el aprendizaje de un oficio honesto capaz de proveer en lo futuro a la subsistencia del penado, la época de la vida en que el hombre es más propenso a delinquir y en que por ser ya legalmente responsable podía ingresar a un establecimiento penitenciario, no es la apropiada, así lo demuestra la experiencia, para adiestrarse en algún arte u oficio distintos, de los hasta entonces ejercidos. Obsérvese además en los países donde existen instituciones o asociaciones de fin económico, aspecto que no le falta a una penitenciaría, por mucho que ese no sea su primordial destino favorecidas con el auxilio oficial y con el eficaz concurso de la

Como si se tratara de un absurdo esfuerzo por superar lo imposible, apenas estaba dando sus primeros pasos el centro penal de San Lucas, concebido como presidio aislado, tipo colonia agrícola, comienzan a oírse ya en 1874, voces en procura de construir una nueva penitenciaría urbana. Las razones que se esgrimían, al menos formalmente, eran dos: la necesidad de crear un lugar adecuado como presidio una vez abolida la pena de muerte y, en segundo término, la necesidad de no mezclar a los reos por delitos menores con los criminales considerados de mayor peligrosidad. Una tercera razón se vino a agregar años más tarde cuando, ya promulgado el nuevo Código Penal de 1880, se suponía que debía operar un establecimiento penitenciario con determinadas características, adecuado al modelo penal que estipulaba esta nueva legislación y en el que se presuponía una serie diversa de establecimientos de encierro para el Presidio en San Lucas, el Presidio mayor y menor, la Reclusión mayor y menor, el Arresto, etc.²¹⁷

baratura del trabajo, que se establece una competencia asfixiante para la industria en particular, cosa que en C.R., por ser aquella embrionaria y raquítica, determinaría sin duda la ruina de los empresarios e industriales y el consiguiente malestar social. Y no es menos digna de tomarse en cuenta la consideración de que el personal administrativo y económico de un establecimiento penitenciario, demanda cuantiosos desembolsos, para hacer los cuales tal vez no estemos siempre listos; que no es cualquiera quien puede satisfactoriamente desempeñar así las más insignificantes funciones de dirección o administración, y que hoy, el ejercicio de ellas, sólo se confía a quienes han hecho estudio de la materia. Tendríamos, pues, que acudir al extranjero en demanda de personas aptas para la dirección y manejo del establecimiento, sin que para esto, como para otras cosas, pueda contarse con la seguridad de obtener buen éxito". (Ver Jinesta, R.; Evolución... pp. 208, 209. El subrayado es nuestro).

²¹⁷ El programa de penas del Código de 1880 estaba constituido de la siguiente manera. *Penas para crímenes*: Deportación; Presidio en San Lucas; Presidio interior mayor; Reclusión mayor; Extrañamiento mayor; Confinamiento mayor; Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares; Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular; Inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares; e Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesional titular. Para las penas a imponer en

La consecuencia más sobresaliente, a nivel teórico y práctico de este proceso, es la sustitución de una concepción meramente retributiva de la pena, como venganza o expiación por la falta cometida, por un concepto novedoso en nuestro medio, que concibe la pena como un instrumento correccional.²¹⁸

La Penitenciaría Central de San José no estuvo construida sino hasta 1907, es decir, más de treinta años después de que se empezó a hablar de ella. Pocos años después se inició su crítica, que duró decenios enteros, hasta que en 1979 fue definitivamente clausurada. Destino similar ocurriría con respecto al centro penal de San Lucas, el que comenzó a ser objeto de serias críticas desde comienzos de siglo y no fue sino hasta la década de los años ochentas que se clausuró como centro penitenciario.

La Penitenciaría Central fue construida sobre las ideas arquitectónicas del panóptico de J. Bentham, aunque en la práctica su funcionamiento estuvo muy distante de ser tal. Sin embargo, puede decirse que con

Simples Delitos: Presidio interior menor; Reclusión menor; Extrañamiento menor; Confinamiento menor; Destierro; Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular. La *Pena para Faltas* está constituida por el arresto. Hay *penas comunes* a las tres categorías anteriores que son la Multa y la Pérdida o Comiso de los instrumentos o efectos del delito. También se estipulan como *Penas Accesorias* a los crímenes y simples delitos: la Caucción, la Sujeción a la vigilancia de las autoridades, la Celda Solitaria y la Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. (Art.22). *Otras Penas Accesorias* previstas son la Suspensión e Inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares. (Art. 23). De nuevo paralelamente se establecen una serie de "salidas" a la privación de libertad: el Indulto, la Amnistía, la Conmutación, la Rebaja de penas y la Rehabilitación de los delincuentes.(Art. 103, 109, 113), el Régimen de Gracia (Art. 110) con sus excepciones. La Rebaja de la pena opera una vez cumplido con buen comportamiento y con consulta a la Corte Suprema de Justicia entre un quinto y un tercio de la pena impuesta (Art. 111). Asimismo se prevé en este Código la Rehabilitación por arrepentimiento y enmienda de inhabilitación después de cuatro años de soportarse (Art. 112). (Ver: República de Costa Rica, Gran Consejo Nacional, **Código Penal, 27 de abril de 1880**, Primera Edición, Imprenta Nacional, Calle La Merced, San José).

²¹⁸ Jinesta, R.; *Evolución*...p. 185, 186.

este modelo de encierro, los costarricenses nos imbuimos de las corrientes penitenciarias más avanzadas de la época y de alguna manera la ideología de la "vigilancia total" hizo su ingreso en nuestra historia.²¹⁹

Lo que hemos llamado la contraestrategia al encierro carcelario se manifiesta en esta época de forja y consolidación del Estado costarricense, a través de recursos legales como el derecho de gracia, siempre en manos del Ejecutivo pero ahora reglamentado, con participación del Poder Judicial y prohibido para ciertos casos (prófugos, traidores, parricidas). También se utilizó frecuentemente, para todo tipo de sanción penal, la conmutación, básicamente la deportación fue sustituida por presidio en San Lucas; la misma deportación y el presidio por arresto en la cárcel de San José; el extrañamiento y el destierro se podían conmutar unos en otros y el arresto podía transformarse en multa. A propósito de esta última forma de penalidad patrimonial, es claro el proceso de su fortalecimiento en el período que estudiamos, sobre todo es notable su utilización en formas delictivas leves. También fueron frecuentes las rebajas en las penas de cárcel, generalmente limitadas a una décima

²¹⁹ El Jefe de Obras Públicas, don Lucas Fernández, en informe al respecto señala: "De todo ha resultado una combinación que confío habrá de satisfacer a las condiciones de la moderna organización penal". Y agrega Jinesta: "Los edificios. Todos ellos van encerrados en una área pentagonal cerrada por murallas y una cabida de más de dos hectáreas. En el centro, del lado perpendicular a la calle cuarta, antes calle de la Merced, y haciendo frente a ella, queda el edificio de administración desde el cual, por un pasadizo aislado, se llega al lugar destinado al centro de vigilancia, alrededor del cual se desarrolla el edificio circular panóptico. De éste se desprenden en forma radial los departamentos destinados a mujeres, mujeres menores, hombres menores, detenidos, reos con causa pendiente y rematados. Esos edificios y la muralla cierran siete patios completamente aislados y de capacidad calculada con las reglas de construcción para esta clase de establecimientos. Creo que la disposición adoptada, que es una combinación de la radial y de la panóptica circular, consulta bien, junto con las exigencias de una buena y completa legislación penal, las condiciones higiénicas que nuestro clima demanda; y se presta además a una mayor subdivisión de clases de reos que la apuntada anteriormente, sin desmejorar en nada la eficacia de la vigilancia central que resultará completa a juicio de quienes conocen los planos". (Ver Jinesta, R.; Evolución... pp. 221, 222).

parte de la condena, cuando se demostrara buen comportamiento del reo. Finalmente, la innovación más sobresaliente de esta época consistió en la reforma legal (13 de octubre de 1909) que introdujo la llamada "suspensión condicional del castigo", debidamente reglada para casos de delincuentes primarios, que no se tratara de reos rebeldes o prófugos y como una facultad que el Tribunal podía o no otorgar.²²⁰

1.6. La consolidación del Sistema Punitivo Positivista y la Ideología de la Defensa Social: (1914-1970).

En el período que hemos demarcado, con propósitos exclusivamente expositivos, está claro que se producen grandes fenómenos macroeconómicos y sociales, tanto a nivel internacional (dos grandes guerras mundiales, crisis económicas recurrentes del capitalismo, división mundial en bloques y "guerra fría", etc.), como a nivel nacional (luchas de sectores bajos y medios por mejores condiciones de vida, reformas socio-laborales de los años cuarentas, la Guerra Civil de 1948, la reestructuración del Estado costarricense, etc.). No obstante semejantes avatares históricos, a nivel del penitenciarismo costarricense, lo que se produce es una simple consolidación de las tendencias heredadas de finales del siglo XIX.

Podemos decir, en primer lugar, que la influencia del positivismo criminológico se acentúa, básicamente en la concepción ideológica que la acompaña: la Defensa Social, que concibe al delincuente como un sujeto dañino o peligroso que infringe las normas de una sociedad consensual, que es por definición "buena y sana".²²¹

Se impone en consecuencia, por sobre la concepción retributivo-moral de la pena, la concepción correccionalista de la misma. A esos sujetos delincuentes hay que someterlos a un proceso de cura, por medio del trabajo y la educación, que los resocialice y transforme en seres útiles para la sociedad.

²²⁰ Jinesta, R.; Evolución... pp. 14, 147, 148, 175, 190, 191, 193, 207.

²²¹ Arroyo, G.; Desarrollo... pp. 1 a 15; Granados, M.; La Historia... pp. 236, 237.

La tendencia a aislar y encerrar a la clase criminal es la nota dominante. Las instituciones que asumirán este encargo social serán El Centro Penitenciario de San Lucas (con reiterados intentos y otros tantos fracasos por convertirse en una colonia agrícola productiva), La Penitenciaría Central (con un modelo laboral dirigido a la pequeña industria y artesanía, igualmente inútil en sus esfuerzos resocializadores, cada vez más deteriorada en su infraestructura y en su concepción ideológica), El Centro de Mujeres El Buen Pastor (en manos de religiosas con una orientación moralista-religiosa y al margen hasta de la propia ideología resocializante). Este panorama lo completaron los centros de reclusión de menores, tanto niñas como niños.

Un Código Penal puesto en vigencia en 1924 y otro en 1941, no cambiaron sustancialmente ni el modelo sancionatorio ni los fines asignados a la pena.²²² Sí es de

²²² En resumen, el **Código Penal de 1924** establece las diversas clases de penas dividiéndolas en *Principales* (la punición en cada caso) y *Accesorias* (su consecuencia y complemento). (Art. 64). Las penas principales aplicables al delito son: Presidio por tiempo indeterminado; Presidio temporal; Prisión; Extrañamiento; Confinamiento; Destierro; Inhabilitación Absoluta o especial, perpetua o temporal, para derechos políticos, cargos u oficios públicos y profesiones titulares; Suspensión de cargos y oficios públicos; Caución y Multa Mayor. (Art. 65). Como *penas principales de las faltas* se establecen el arresto y la multa menor. (Art. 66). *Las penas accesorias* son la relegación; la sujeción a vigilancia especial de las autoridades; la interdicción civil y el comiso. (Arts. 67 y 70). Paralelamente se establecen una serie de *penas no privativas de libertad personal* en un establecimiento de castigo, tales como, el Extrañamiento, el Confinamiento, el Destierro y las diversas formas de Inhabilitación, también la multa, la caución (muy cercana a la caución de no-ofender actual) y la Interdicción civil. Como alternativas propiamente dichas al encierro se prevén la Libertad Condicional (Art. 174), el Indulto, la Amnistía y el Perdón del Ofendido (Art. 185), el Régimen de Gracia (Art. 191 y siguientes) y la Conmutación y la Rehabilitación (Art. 194). De interés resulta señalar que, al menos en teoría, este Código Penal de 1924 introduce el sistema arburiano como modelo penitenciario, a saber, aislamiento celular nocturno y trabajo colectivo en las labores del día, con la obligación del silencio. (Arts. 85 y 87). (Ver: Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, **Código Penal de 1924**, Imprenta, Librería y Encuadernación Trejos Hnos., San José, Costa Rica). Por su parte, el **Código Penal de 1941** establece como penas: la Prisión, el Extrañamiento, la Interdicción de Derechos y la

reconocer en este período un fortalecimiento de las penas pecuniarias, la multa que sigue funcionando a nivel de los delitos de menor gravedad. Mayor significación tuvo el crecimiento institucional, sobre todo a partir de 1950, a través de la creación de la Dirección Nacional de Defensa Social y su Reglamento (1953), así como su posterior sustitución por la Dirección General de Adaptación Social (1961). El afán resocializador y los esfuerzos por no renunciar a esta posibilidad en el encierro marcan definitivamente estas décadas de infructuosos esfuerzos por transformar la prisión en un mecanismo de readaptación social. Las contradicciones siguen siendo palpables y la búsqueda no cesa.

Sin embargo, carente de una verdadera estrategia de política criminal o de control social, el Estado costarricense siguió recurriendo a las instituciones legales tradicionales en procura de aliviar los rigores de la cárcel: el derecho de gracia, el descuento por buen comportamiento y las conmutaciones de penas fueron las salidas que se tuvieron para enfrentar las graves contradicciones que encarnaba el encierro carcelario.²²³ Como novedades sólo aparecieron un fortalecimiento de la pena de multa y el ahora conocido como beneficio de ejecución condicional de la pena, con el cual se salvó a muchos infractores primarios de caer en las garras del encierro y la carrera delictiva.

Multa (Art. 53). Aparte de los institutos procesales como la excarcelación bajo garantía, previstas en la codificación correspondiente, este Código abre paso a la Suspensión Condicional de la Pena (Arts. 90 y siguientes); Libertad Condicional y Retención (Arts. 97 y siguientes); y todo el régimen de Medidas de Seguridad que aparece en la legislación costarricense sistemáticamente legislado (Arts. 104 y siguientes). Por supuesto que persisten otras alternativas formales a la cárcel como el Perdón del Ofendido, la Amnistía, el Indulto, etc. (Art. 148, incisos 3, 4, 5.). (Ver Congreso Constitucional de la República de Costa Rica; **Código Penal y Código de Policía de 1941**; Imprenta Trejos Hermanos, San José, Costa Rica, 1965).

²²³ Arroyo, G.; **Desarrollo...** pp. 8 a 15.

1.7. El Sistema Progresivo y la ideología del tratamiento: auge y quiebra de una propuesta penitenciaria (1970-1990).

La década de los años setentas en Costa Rica está marcada por un "clima de reforma" en los niveles jurídico-penal y penitenciario. Un nuevo Código Penal es promulgado (1971) y un nuevo Código de Procedimientos Penales le siguió poco después (1976); el movimiento reformador culminó con la fundación del Centro Penitenciario "La Reforma", la emisión del Reglamento para el mismo y la creación de la infraestructura básica para su funcionamiento.²²⁴ Este Centro Penal, en principio concebido como modelo piloto bajo el sistema progresivo de tratamiento, se planteó para el grueso de la población penitenciaria del país, los varones adultos, con miras a generalizarse a todos los demás sectores: mujeres adultas y menores de ambos sexos. Las ideas fundamentales alrededor de las cuales se plantea y estructura este modelo son:

a. Frente a los sistemas punitivos celulares, de encierro individual, o frente al mero hacinamiento, como era el caso de Costa Rica, donde el recluso debía cumplir un determinado monto de pena judicialmente dispuesto, se propone la "División del tiempo de condena en períodos, fases o etapas claramente diferenciables por sus características específicas".

b. Se deja supuestamente en manos del recluso la posibilidad de obtener avances hacia etapas cada vez más abiertas; pero también puede estancarse o hasta retroceder, según sea determinado a través de evaluaciones periódicas donde un equipo técnico interdisciplinario define el grado de rehabilitación alcanzado por cada individuo: "El Sistema Progresivo se origina en el convencimiento de que la motivación del sujeto es

²²⁴ Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma"; Ministerio de Gobernación y Justicia, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1977.

fundamental y permite, si se la favorece, un proceso de adaptación social activo y permanente".

c. Se busca la gradual incorporación del recluso a la sociedad, de manera que se tiene el cuidado de ubicarlo convenientemente, según sus características psicosociales, en la etapa que se crea más adecuada e incluso puede obtener su libertad antes de que el período formal de la sentencia se haya vencido.

d. Como puede verse, se acentúa el carácter o fin rehabilitador de la pena por sobre el carácter puramente retributivo o de castigo que privó en épocas anteriores.

e. El etapismo permitiría además, según se propuso, con fases intermedias tipo libertad condicional, preparar al penado para su vida en libertad.

f. Hasta donde fuera posible, se buscaba también dar un tratamiento individualizado, respetuoso de los Derechos Humanos, que devolviera al recluso la posibilidad real, a través de la capacitación laboral y la educación, de reincorporarse a la sociedad.²²⁵

Según los ideólogos del nuevo modelo penitenciario, había obstáculos que superar. Uno de ellos consistía en no hacer del sistema progresivo de tratamiento un proceso rígido, en el cual todos los presos tuvieran que iniciar el proceso de rehabilitación desde las etapas más cerradas. Por el contrario, cualquier sujeto podía ser ubicado, según las pautas de diagnóstico técnicamente definidas, en cualquiera de esas etapas o fases, incluidas las más abiertas. También se advirtió y quiso combatir el peligro de centrar el proceso de rehabilitación en el aspecto disciplinario. Se estimó necesario no sobrevalorar la simple "buena conducta...entendida como no comisión de faltas disciplinarias, o acatamiento de las normas de disciplina". Asimismo, se apostó desde entonces a que, siendo materialmente imposible el tratamiento

²²⁵ Rodríguez, G.; Sistema Progresivo...pp. 163-164.

completamente individual, el sistema progresivo crearía "...un conjunto amplio y diversificado de ámbitos de socialización, entre los cuales se puede seleccionar aquel que más convenga a las características personales del interno". Se advirtieron asimismo otros obstáculos y riesgos como la necesidad de preparar al personal técnico penitenciario del caso y darle un papel protagónico, dotar de suficientes recursos materiales el sistema y trabajar para que la comunidad pudiera aceptar el sistema y a las personas que salían de él, listas para el proceso definitivo de readaptación.²²⁶ Pocos años después, se siguió insistiendo en la naturaleza y orientación "progresista", en el sentido de un sistema moderno y de avanzada, advirtiéndose los aspectos que debían corregirse y las posiciones correctas que debían asumirse en campos vitales como el principio de la corrección, la clasificación, la modulación de la pena, el trabajo, la educación, el control técnico y las relaciones con otras instituciones de asistencia social.²²⁷

Los años y la experiencia adquirida con este ensayo de modelo penitenciario, parecen haber demostrado que había algo más que obstáculos y riesgos en el sistema progresivo de tratamiento. En efecto, cuando llegó la hora de la decadencia y la crítica, a los problemas que podríamos llamar externos, como la crisis económica generalizada, carencia de recursos, el desfinanciamiento de programas, etc., se sumaron problemas que parecían consustanciales al sistema mismo, tales como la imposibilidad de rehabilitar en el encierro, la concentración en lo disciplinario para determinar el progresivismo, la burocratización y automatización de los procesos, la subestimación del cuerpo técnico, la creciente violencia intracarcelaria y la evidencia de los altos índices de reincidencia y desocialización.

Fue entonces que se empezó a hablar en Costa Rica, igual que en muchos otros países, del "fracaso" del modelo resocializador a través del progresivismo y la ideología del

²²⁶ Rodríguez, G.; *Sistema Progresivo*...pp. 165 a 169.

²²⁷ Facio, T. y Domínguez, J.C.; *Política y*...pp. 35 a 56.

tratamiento. Se empezó a hablar de la "crisis" del sistema, se tuvo conciencia de ello y se operó un movimiento, nuevamente renovador, caracterizado por la conciencia de esa crisis, la necesidad de acabar con los resabios positivistas del tratamiento penitenciario como "cura de enfermos" y la renuncia a la posibilidad de la rehabilitación en el encierro.

1.8. La quiebra del sistema progresivo de tratamiento.

El antecedente inmediato de la nueva política penitenciaria costarricense, lo constituye la quiebra del Sistema Progresivo, basado en el presupuesto de que la pena en general y particularmente la pena privativa de libertad (la cárcel), puede servir como vehículo resocializador del condenado y que, además, el modelo o régimen clínico de tratamiento, coadyuva a ese mismo propósito.

A los fines del presente trabajo, podríamos sintetizar los factores que llevaron al deterioro definitivo del progresivismo penitenciario costarricense en los siguientes puntos:

1.8.1. Crisis económica mundial e incidencia en la economía nacional.

Hasta finales de la década de los setentas, Costa Rica experimentó un nivel de desarrollo socioeconómico sostenido, que le permitió alcanzar índices más que aceptables en campos como la salud pública, la educación, seguridad social, vivienda, electrificación, etc. Pero, por fenómenos macro-económicos mundiales, cuya incidencia se hace palpable en la década de los años ochentas, las cosas comenzaron a caminar particularmente mal. El alza en los precios del petróleo, las fluctuaciones en los precios internacionales de los principales productos costarricenses, los elevados índices inflacionarios, la cuantiosa deuda externa, las presiones de organismos financieros internacionales para realizar ajustes en nuestra economía y la necesidad, como resultado de esas presiones, de restringir los recursos asignados a los servicios y programas asistenciales de la población, resultaron

factores determinantes en el crecimiento generalizado de la pobreza en el país.²²⁸

1.8.2. Deterioro de condiciones infraestructurales del Sistema Penitenciario.

Como resultado de la crisis económica descrita, el régimen penitenciario costarricense, que había sido modelo a imitar en toda Latinoamérica, comenzó a experimentar recortes y restricciones presupuestarias desde inicios de la década de los ochentas, que incidieron en el deterioro de sus programas, instalaciones y funcionamiento. Lo anterior se reflejó a su vez en una marcada degradación de las condiciones generales de vida de los privados de libertad, cuestión que se agravó con el crecimiento de los niveles de violencia intracarcelaria, manifestados a través de riñas, homicidios, lesiones, autolesiones, suicidios y motines, en proporciones mayores a los años inmediatamente precedentes.

1.8.3. Crisis de objetivos y desintegración funcional del sistema.

La ausencia de una renovación y replanteamiento de objetivos, habiendo transcurrido hacia 1985, casi una década de implantada la progresividad y enfrentando el sistema la seria crisis anteriormente descrita, llevó a una agudización de contradicciones que se venían padeciendo. Se hizo evidente la ausencia de objetivos y planificación globales, acordes con las nuevas condiciones; el decaimiento y desinterés en la gestión de los cuerpos técnico y administrativo; el divorcio entre las instancias políticas y técnicas y la queja de éstas últimas de que sus criterios y recomendaciones no se tomaban en cuenta; la inseguridad creciente y la falta de control efectivo sobre la población penitenciaria que prácticamente, en el caso de "La

²²⁸ Arroyo, J.M.; Acceso...pp. 61 a 96; Ministerio de Justicia; autores varios; Síntesis sobre los vínculos del desarrollo punitivo costarricense y el desarrollo socioeconómico de nuestro país; mimeografiado, San José, sin fecha.

Reforma", llevó a una "toma" de importantes áreas del presidio por parte de los internos. Como agravante, la falta de coordinación entre instancias y organismos y la ausencia de controles internos en la ejecución de las decisiones, terminó por desintegrar el sistema penitenciario nacional que funcionaba como agregado de centros o unidades, cada uno protegiendo intereses particulares y sin ninguna visión de conjunto.²²⁹

1.8.4. Cuestionamiento teórico del sistema progresivo y del tratamiento como abordaje clínico.

La "sospecha" de que la cárcel no regenera a nadie, evidenciada por la constatación empírica de que no se disminuyen los índices de reincidencia y que el individuo tampoco logra satisfactoriamente reintegrarse a la sociedad que lo ha segregado, pone en tela de juicio el supuesto de que la pena privativa de libertad cumple el cometido teórico y jurídicamente declarado, como institución al servicio de la resocialización del preso. Junto a este cuestionamiento, también se pone en entredicho si el tratamiento clínico, heredado del positivismo criminológico y consustancial al progresivismo, que aborda el problema psicosocial del reo como si se tratara de "un enfermo al que hay que curar", tiene efectivamente validez empírica y funcional.²³⁰

²²⁹ Ministerio de Justicia, Instituto Nacional de Criminología; Perspectiva del Proceso de Atención Técnica en el Sistema Penitenciario Implantado en Setiembre y Octubre de 1990, mimeografiado, 2 de noviembre de 1990.

²³⁰ Granados, M.; El Sistema Penitenciario...pp. 1 a 42. Para un análisis amplio de los factores internos de la crisis del Sistema Progresivo ver: Ministerio de Justicia, Diagnóstico del Centro Penitenciario "La Reforma" (Libro Negro), mimeografiado, San José, 1989; ver también Ministerio de Justicia, Diagnóstico de Centro Penitenciario "El Buen Pastor", mimeografiado, San José, 1989.

1.8.5. Mecanización del sistema progresivo.

Finalmente, la práctica diaria y la experiencia acumulada, demostraron que el sistema progresivo penitenciario en Costa Rica, había caído en una mera mecanización etapista, donde los internos se ubicaban rígidamente y eran sometidos a evaluaciones compulsivas divorciadas de un auténtico proyecto técnico. La "buena conducta", aparente o real, había sustituido todo tratamiento científico centrándose la promoción dentro del sistema en lo disciplinario, desnaturalizándose el régimen y perdiendo su norte.

Como resultado de todo lo anterior, la nota dominante en la evolución de los últimos años del penitenciarismo costarricense, está dada por una conciencia clara de que el modelo progresivo debía ser abandonado —al menos en su concepción y metodología tradicionales—, para echar a andar, todavía de manera precaria e intuitiva, lo que podría llamarse la búsqueda de un nuevo modelo de sistema penitenciario, a partir de la valiosa trayectoria y experiencia nacionales en este campo. Creemos que las condiciones están dadas para esa búsqueda y que los costarricenses estamos a las puertas de adquirir la "mayoría de edad" en cuanto a la atención de este tipo de problemas sociales. Sin menospreciar las ideas y experiencias de otras latitudes, la verdad es que la importación pura y simple de modelos concebidos y practicados en otros países, no ha sido en el pasado la mejor de las elecciones, según lo confirma el desenlace que ha tenido entre nosotros el sistema progresivo.

La búsqueda de que hablamos se inició mediante un importante golpe de timón que, a partir de 1990, han dado los responsables de la política penitenciaria en nuestro país, con el propósito de dar una salida a este complejo problema. En un principio, se trató de una verdadera etapa de transición, constituida por una serie de medidas emergentes o tácticas, entre las cuales se destacan:

1.8.6. Recuperación del control interno de los principales centros penitenciarios.

Ciertamente la crisis del modelo progresivo de tratamiento había llevado, en una de sus peores

manifestaciones, a una pérdida de control de ciertas áreas de los principales centros penales del país. Se comenzó por adoptar medidas tan específicas como entrar en esas áreas tomadas por los internos, acabar con las covachas o construcciones improvisadas, decomisar verdaderos arsenales de armas, reactivar registros y requisas a fondo de los visitantes, etc. En síntesis, se trató de reinstaurar una disciplina carcelaria mínima que permitiera pensar en posteriores avances. En pocos meses, el resultado palpable de estas medidas se evidenció en una baja de la violencia intracarcelaria.

1.8.7. Revalorización del trabajo técnico y de seguridad.

Se combatió el repliegue que los cuerpos técnico y de seguridad habían hecho en ciertas áreas de los centros carcelarios de mayor importancia, a saber, "La Reforma" y "El Buen Pastor". Se tomaron medidas para oír a estos sectores, darles participación en la toma de decisiones y devolverles la confianza y seguridad en el rol que podían desempeñar. Esto permitió tender un puente que había estado seriamente deteriorado entre las instancias políticas y las técnicas dentro del sistema penitenciario nacional.

1.8.8. Desinstitucionalización y mejora en condiciones internas.

Las dos grandes propuestas para la atención del problema carcelario consistieron, en esta etapa transitoria, en implementar una política tendiente a desinstitucionalizar a la mayor cantidad de reclusos, a través de medidas como la ampliación en la aplicación del artículo 55 del Código Penal, ya no sólo para condenados sino también para indiciados y beneficiando con esta misma alternativa a mayor cantidad de figuras delictivas; se trató también de encontrar nuevas alternativas laborales, inéditas dentro del sistema penitenciario, como reconocer las labores domésticas de las mujeres como trabajo equiparable a cualquier otro dentro del Programa de Prueba y Libertad Vigilada. Al lado de esto, se fijó como

meta mejorar al máximo las condiciones de vida intracarcelarias, de manera que se evitaran los efectos perniciosos de condiciones deteriorantes, tanto en lo que a instalaciones y servicios se refiere, como a las interrelaciones personales. A este respecto, el haber retomado el control institucional de los centros, permitió mejorar las instalaciones físicas, y las pautas de convivencia como la disciplina, el aseo y el respeto entre los reclusos.

1.8.9. Proyectos laborales productivos

Quizá la propuesta más innovadora y audaz de esta nueva estrategia consistió en abandonar las concepciones tradicionales del trabajo carcelario, que podría calificarse de pseudotrabajo, por los rendimientos económicos bajos, los salarios despreciables y las condiciones laborales totalmente devaluadas respecto del trabajo en libertad. Se propuso una nueva mentalidad en este campo, de carácter empresarial, a través de proyectos agrarios e industriales que permitieran alta productividad y rendimientos económicos considerables, a la par que salarios equitativos y condiciones de seguridad laboral mínimos.

1.8.10. Diseño de política general de prevención y modelos de abordaje para la mujer y el menor privados de libertad.

En estos campos, a la altura de lo que hemos llamado etapa de transición, simplemente se enuncian como metas por alcanzar a mediano plazo, sin que se profundizara en ello ni se trazaran lineamientos generales.²³¹

²³¹ Facio Fernández, Tatiana; entrevista por José Manuel Arroyo Gutiérrez, Ministerio de Justicia, San José, noviembre de 1990; Odio Benito, Elizabeth; **Nueva Experiencia de una Política Criminológica**; en "Perspectivas", Periódico La República, 14 de marzo de 1991; y Ministerio de Justicia; **Marco Referencial**, mimeografiado, sin fecha. Para finales de 1993 las políticas para estos dos sectores están completamente definidas, tal y como más adelante veremos.

1.9. La madurez ideológica y programática del nuevo modelo: minimalismo y resocialización en comunidad.

A la anterior etapa, que estuvo determinada por decisiones de emergencia que impidieron propuestas más profundas y definitivas para el manejo de la cuestión penitenciaria, siguió un momento de mucho mayor madurez en las ideas y elaboración en los programas por realizar.

Podemos sintetizar las ideas centrales de esta nueva política penitenciaria, en los siguientes puntos:

1.9.1. Diseño de un nuevo modelo criminológico.

Se trata de establecer una nueva política criminal a nivel nacional que forme parte de una política social más amplia, especialmente en el campo de la prevención, poniendo énfasis en la necesidad de interesar y responsabilizar a la comunidad toda en el fenómeno delictivo, renunciando las instituciones estatales a ser las únicas encargadas de atender este problema social y encontrarle vías para su superación. Lo anterior se plantea como alternativa frente a las propuestas puramente represivas, que sólo buscan el endurecimiento del sistema penal como respuesta a la criminalidad. Se formula la necesidad de una política de prevención directamente ligada al concepto de justicia social, por medio de una equitativa distribución de los recursos económicos y sociales. La siguiente cita concentra la idea que se propone en esta materia:

*"Una política de prevención del delito es una política general de prevención de la violencia y seguridad ciudadana que debe contar con la coordinación y cooperación de todos los aparatos formales de justicia penal".*²³²

²³² Ministerio de Justicia, autores varios, **Síntesis sobre los vínculos del desarrollo punitivo costarricense y el desarrollo socioeconómico de nuestro país**, mimeografiado, San José, sin fecha; Ministerio de Justicia; Abarca, Domingo; Sánchez Alexis y Vindas, Alexis; **Panel: del Presente al Futuro del Sistema Penitenciario**, Memoria Mimeografiada, San José, sin fecha.

Como marco general dentro del que debe inscribirse la nueva propuesta penitenciaria, la idea así esbozada quizá peque de excesivamente optimista. No albergamos dudas acerca de la capacidad y talento con que en la actualidad puedan diseñarse tales propuestas. Pero una política de prevención social, que merezca el suficiente apoyo de las instancias políticas decisivas, no parece estar a la vuelta de la esquina. Tampoco podría apostarse demasiado a la concientización popular ni a los compromisos específicos y efectivos que las comunidades nacionales puedan adquirir en el conocimiento y atención de este grave problema social. Sin menoscabar el mérito que tiene la perspectiva correcta, tanto de edificar una política de prevención general, como la de tratar de integrar a las comunidades para que asuman la cuota de responsabilidad que les corresponde, no se percibe la voluntad político-presupuestaria que tales tareas demandan ni tampoco hay claridad sobre los mecanismos para alcanzar tan nobles metas. Basta echar una ojeada a las propuestas que desde la Asamblea Legislativa o desde los principales medios de comunicación de masas se hacen en esta materia, para comprender que hay importantes fuerzas alando el carruaje en otras direcciones.

1.9.2. Rechazo de la idea de que la cárcel rehabilita y del concepto retributivo de la pena.

Por una parte, la práctica ha demostrado que la prisión estigmatiza y deteriora al privado de libertad y, lejos de ayudar a reincorporarlo socialmente, lo marca, segregándolo definitivamente. Por otra parte, pese a que teóricamente la retribución no es la finalidad propuesta por el ordenamiento jurídico para la pena, implícitamente sigue gravitando como aspecto si no dominante, al menos siempre presente en la práctica penitenciaria. Se trata de superar esos resabios a través de un replanteamiento acerca de la función que puede tener la penalidad en nuestro medio.

Ya se tiene una voluminosa literatura que demuestra la incapacidad rehabilitadora o resocializadora de la pena privativa de libertad. Por otra parte, ciertamente no se puede renunciar del todo al encierro, dado que no existen

sustitutivos para la prisión respecto de ciertas formas de criminalidad. Entendemos que la propuesta que se hace en nuestro medio es negar la capacidad resocializadora de la cárcel-encierro, conservando la sociedad el ideal de una modalidad de pena o medidas que faciliten la rehabilitación de quien, con determinada conducta, ha lesionado un bien jurídico de importancia para el conjunto social. Materia de otra reflexión habrá de ser si cualquier grupo humano tiene legitimidad para proponerse la reintegración de todos sus disidentes o, por el contrario, debería aceptarse la escueta realidad de que un porcentaje de ciudadanos no sólo disiente sino que tiene todo el derecho de hacerlo, quedándole la simple consecuencia de aceptar que el Estado o "la mayoría" le impongan coactivamente una sanción que limite alguno o varios de sus derechos básicos.

1.9.3. Abandono del sistema progresivo.

Si bien es cierto se conserva una organización carcelaria que conoce etapas más abiertas que otras, se pretende evaluar al individuo a partir de diferentes ámbitos de convivencia, a fin de ubicarlo dentro del régimen carcelario. Por el momento, se han eliminado las evaluaciones periódicas fijas, reduciéndose los recursos humanos destinados a esta ardua labor y destinándose a ofrecer otros servicios. Sin lugar a dudas esto ha sido motivo de descontento y reacción de los reclusos que veían en las evaluaciones periódicas y fijas el avance casi automático en el "laberinto progresivista". Lo anterior no significa que las personas no puedan ir avanzando, conforme respuestas readaptadoras positivas, a ámbitos de mayor libertad.

1.9.4. Abandono del modelo clínico tradicional de tratamiento.

Se propone abandonar el enfoque etiológico del delito como fenómeno individual en el que el delincuente es abordado como "un enfermo al que hay que curar". La nueva propuesta se dirige, en cambio, a dar todo un enfoque criminológico que tome en cuenta para la

comprensión y tratamiento del problema delictivo, variables económicas, sociales, culturales, así como los procesos de creación de normas penales y su aplicación a través de los procedimientos. Las políticas que se plantean en este campo van orientadas a detectar necesidades y abrir posibilidades en aquellas áreas vulnerables de cada sujeto y que puedan abordarse de manera general, tales como el trabajo, la capacitación laboral, el estudio, la recreación o la familia; o bien aquellas áreas que permitan una atención especializada como la sexualidad del interno, problemas de adicción, problemas de convivencia, etc.²³³

1.9.5. No institucionalización y desinstitucionalización.

Los dos grandes objetivos del modelo que se propone, lo integran medidas a tomar para evitar que el mayor número de personas ingresen a las cárceles y, si tal situación resulta inevitable, poner a disposición de los privados de libertad, el mayor número de posibilidades para cumplir la pena en un régimen semiabierto o abierto, que evite los efectos altamente deteriorantes del encierro. A este respecto interesa señalar que en la cárcel cerrada han de permanecer solamente aquellos individuos que representen "...un riesgo para la comunidad..." en razón de las "repercusiones sociales y personales de sus acciones y por sus características criminológicas". Se ha afirmado que tales individuos son, por ejemplo, los homicidas y violadores patológicos, los narcotraficantes en gran escala y similares, los cuales constituyen aproximadamente un 25% de la población carcelaria actual.²³⁴

²³³ Odio Benito, Elizabeth; Revisión del Modelo Criminológico; Foro de La Nación, 1. de mayo de 1991.

²³⁴ Odio Benito, Elizabeth; La cárcel no regenera sólo estigmatiza; entrevista por Mariana Lev en La República, 27 de setiembre de 1990; ver también Ministerio de Justicia; Marco Referencial, mimeografiado, San José, sin fecha.

1.9.6. Reconstrucción del Sistema Penitenciario.

Tarea paralela a las ya mencionadas consiste en una reorganización administrativa y funcional, a través de la cual se le dé unidad y coherencia a los distintos centros, unidades y programas que tradicionalmente han formado parte del sistema penitenciario, desintegrado por las razones que se dieron anteriormente. Se trata también de establecer mecanismos de control institucional lo suficientemente efectivos que abarquen todos los centros e instancias del sistema.

1.9.7. Coordinación con otros Poderes e Instituciones.

Para la nueva propuesta resulta primordial coordinar labores con el Poder Judicial y con otras instancias del Poder Ejecutivo, especialmente con las autoridades de Policía.

Esta propuesta puede tender a crear conciencia, en jueces y administradores de justicia en general, de la necesidad de conocer y entender las nuevas políticas en materia penitenciaria. Son ya conocidas las recíprocas recriminaciones que los jueces hacen a los encargados de la ejecución de las penas y viceversa. Tender puentes en estas delicadas funciones puede ayudar a encontrar las soluciones que globalmente convengan a la comunidad. Por otra parte, son de sobra conocidos los abusos que pueden darse de parte de la policía en la detención y puesta a la orden de los Tribunales de personas que, en muchos casos, nunca debieron ser privadas de su libertad. Para resolver estos problemas específicos, la coordinación que se propone constituye una importante vía para encontrar las soluciones adecuadas.

1.9.8. Mejoramiento de las condiciones de vida de los internos.

Este objetivo general de las nuevas propuestas penitenciarias, se refiere a muchos aspectos de la vida carcelaria. Desde la posibilidad de una adecuada asistencia legal, que permita al preso ubicarse en el

régimen más abierto posible, hasta superar las condiciones de higiene, convivencia, prestación de servicios, elevación de autoestima y organización de comités a través de los cuales se puedan lograr reivindicaciones de importancia.

1.9.9. Redefinición del trabajo dentro del Sistema.

En este importante aspecto, como ya quedó preliminarmente definido en lo que hemos llamado la etapa de transición, se trata de encontrar nuevas fuentes de empleo, dar al trabajo un carácter empresarial sobre todo en áreas agroindustriales e industriales, por medio de convenios con instituciones estatales o semiestatales como CINDA, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Instituto Nacional de Aprendizaje, Instituto de Desarrollo Agrario, etc., y por medio también de la empresa privada. La propuesta incluye la expectativa de niveles de productividad rentables, el pago de salarios mínimos y condiciones laborales idénticas a la vida en libertad.

Ya hemos comentado que esta es quizá la propuesta más importante del nuevo modelo penitenciario, sobre todo en lo que hace a los proyectos agroindustriales. Tiene que ver con la vieja y no menos polémica relación "cárcel-trabajo" y con ella se está enganchando el Sistema Penitenciario Nacional al carro de lo que ha dado en llamarse la "agricultura de cambio" o producción y exportación de productos no tradicionales. Obviamente el destino de esta propuesta, totalmente inserta en las últimas políticas macroeconómicas del país, correrá pareja suerte que éstas, a la hora de las verdades.

1.9.10. Fortalecimiento del antiguo Programa de Prueba y Libertad Vigilada, como veremos, recientemente transformado en "Nivel de Atención en Comunidad".

Se busca finalmente, a través de una redefinición de los objetivos del Programa de Prueba y Libertad Vigilada, cambiar su metodología y revisar sus funciones técnicas.

En palabras de los responsables de esta idea tenemos:

*"El régimen de Prueba y Libertad Vigilada, en sus distintas fases y modalidades, se ha señalado como el programa del futuro del régimen penitenciario costarricense".*²³⁵

Claro está que si el propósito es abrir la cárcel al máximo y si se trata de aplicar lo que podríamos llamar un "minimalismo penitenciario" al estilo del término acuñado ya para el Derecho penal, no puede más que desembocar en una propuesta como ésta, a saber, convertir el Programa que desde antes ha jugado el papel de cárcel abierta entre nosotros, en el principal instrumento para cumplir con las nuevas concepciones y metas. Sin embargo, aquí debemos volver a plantear, reconociendo nuestro escepticismo, si a caso habrá la suficiente voluntad política para dotar de los recursos técnicos y materiales que haga posible llevar adelante el proyecto. No creemos de ninguna manera conveniente abrir las cárceles sin antes contar con un instrumento lo suficientemente eficaz como control social alternativo. El precio por pagar puede ser elevadísimo en el sentido de que a años plazo, tengamos que retroceder respecto de lo que existe hoy día. Además, creemos que va a ser necesario un gran esfuerzo institucional, una inversión financiera enorme y una contratación y capacitación de numeroso personal, que atienda ese Programa de desinstitucionalización, para cuando se abran las compuertas. No debe olvidarse aquí que uno de los factores que se han señalado para la quiebra del Sistema Progresivo, ha sido la escasez de recursos y falta de personal. No vaya a ser que dentro de un tiempo estemos retomando este tema para justificar el fracaso del nuevo intento.

1.9.11. Programas específicos.

Sigue proponiéndose un modelo de abordaje a sectores específicos de la población privada de libertad. Se habla de

²³⁵ Ministerio de Justicia, **Marco Referencial**, mimeografiado, San José, sin fecha.

un Programa para la Mujer y específicamente un Programa extramuros en "El Buen Pastor". También se ha planteado un programa similar para los menores albergados en el Centro "Luis Felipe González Flores" y en el "Amparo de Zeledón".

2. Alternativas de derecho y alternativas de hecho en el penitenciarismo costarricense.

La base legal con la que había venido trabajando el sistema penitenciario costarricense ha quedado profundamente modificada. Tanto el Reglamento Orgánico del Consejo de Defensa Social (Decreto No. 5 del 31 de enero de 1962), como la Ley de la Dirección General de Adaptación Social (No. 4762 del 8 de mayo de 1971) y el Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma" (Decreto Ejecutivo No. 6738-g de 31 de diciembre de 1976) quedaron, en la práctica, totalmente desactualizados y en desuso.²³⁶ Con los golpes de la crisis al sistema progresivo de tratamiento y la necesidad de buscar un nuevo modelo penitenciario, lo ocurrido a partir del año 1990 fue una situación de hecho. Como marco normativo se impuso primeramente un conjunto de disposiciones, instrucciones y circulares de la jerarquía del Ministerio de Justicia y su

²³⁶ Mediante Decreto Ejecutivo No. 19-560-J del 9 de marzo de 1990, se hizo uno de los esfuerzos normativos más importantes para reglamentar la Ley No. 4762 (Ley de la Dirección General de Adaptación Social de 8 de mayo de 1971). Se trató de una "reformulación estructural" del Sistema Penitenciario Nacional a través de la promulgación de un Reglamento de organización y servicio. Ideológicamente se postuló la necesidad de crear un ordenamiento de "garantías jurídicas y procesales" en el marco de los Derechos Humanos, sin abandonar las terapias y psicoterapias "para quienes las necesiten..."

Con este Reglamento se logró un importante avance en materia de enunciación de derechos y obligaciones de la persona privada de libertad, así como los mecanismos procesales para hacer valer los primeros. Desdichadamente, una reordenación de prioridades con cambios políticos del momento, hicieron que este Reglamento se dejara de aplicar muy poco tiempo después de ser promulgado. (Ver: Ministerio de Justicia; Reglamento de la Dirección General de Adaptación Social; elaborado bajo la dirección y supervisión del Mc.S. Mario A. Viquez Jiménez, San José, Costa Rica, 1990).

Dirección General de Adaptación Social. Posteriormente fueron los lineamientos de la Sala Constitucional, creada a finales de 1989 los que empezaron a sentar algunas pautas, de carácter vinculante y con validez "erga omnes", que se han ido perfilando como la base legal del nuevo orden de cosas. Paralelamente se plasmó el denominado Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I) que contiene la nueva organización y funcionamiento de la estrategia penitenciaria en Costa Rica. El referente jurídico de este Plan se encuentra en los Decretos Ejecutivos No. 22198-J del 22 de febrero de 1993, que constituye el "Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social", publicado en La Gaceta No. 104 del 1. de junio de 1993; y el Decreto Ejecutivo No. 22139-J del 26 de febrero de 1993, que es "Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad", publicado en La Gaceta No. 103 del 31 de mayo de 1993. Se quiere agregar, además, la tan esperada Ley de Ejecución Penal y la reforma a la Parte General del Código Penal vigente, conjunto de innovaciones legales que podrían inaugurar a partir de 1994 una nueva etapa a nivel jurídico, del Derecho penitenciario en Costa Rica.

2.1. El Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I).

Todos estos planteamientos plasmados en el Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I.),²³⁷ en líneas generales se estructuraron a través de tres Niveles de Atención (Institucionalizado, Semi-institucionalizado y Atención en Comunidad), con un cuarto nivel de atención dedicado a los menores de ambos sexos y, por otra parte, varias áreas problemáticas de abordaje: capacitación laboral, salud, drogadicción, convivencia intracarcelaria, comunitaria, jurídica, seguridad, violencia, investigación y capacitación.

2.1.1. Nivel de Atención Institucional.

El Nivel de Atención Institucional obedece a la necesidad de segregar a cierto sector de la población

²³⁷ Ministerio de Justicia, Consejo Técnico Nacional; Plan de Desarrollo Institucional, mimeografiado, San José, 1992.

penitenciaria. Es preciso todavía determinado nivel de contención física para algunos condenados, lo que implica edificaciones con muros, barrotes, puertas y personal de seguridad armado. No se trata de simple encierro pues algunas de las personas ubicadas en este nivel pueden laborar en el interior de los centros cerrados o en fincas, pero el concepto de confianza no opera del todo.

Los criterios rectores que definen la ubicación de una persona en este nivel son básicamente tres:

a. Proteger a la sociedad de aquellos sujetos que constituyen una seria amenaza, sin que esto signifique revivir las teorías de la Defensa Social. Ciertamente existe este tipo de elementos, dato con el que hay que trabajar.

b. Recluir en medios cerrados a quienes presentan conductas que socialmente son muy reprochables o que dañan valores fundamentales. Respecto de este criterio, la Institución debe hacer una revisión constante para no dar tratos injustificados o prejuiciados.

c. Contener a personas que deliberadamente optan por no someterse al plan de atención que se les propone.

También es importante indicar que en este nivel se ubica además, a aquellos sujetos que la experiencia indica se comportan muy adecuadamente hasta que logran estar en un nivel abierto e, inmediatamente, reinciden en actividades delictivas.

Por lo general la permanencia en este nivel es de "mediano plazo", concepto que se define en cada caso, según sus particularidades.

El nivel está compuesto de tres fases: la de ingreso, donde se recibe al reo, se determina la legalidad de su detención, se filia, entrevista y se hace énfasis en áreas jurídica y de seguridad para ubicarlo; la fase de acompañamiento, (donde se da seguimiento a las áreas de atención que se han definido para el caso particular) y la fase de egreso (determinada por el cumplimiento de la pena o la orden judicial).

El Nivel de Atención Institucional incluye once centros cerrados que son: "La Reforma", "El Buen Pastor", San Sebastián, Heredia, Cartago, Pérez Zeledón, San Carlos,

Liberia, San Ramón, Puntarenas y Limón.

En la actualidad existen 1.153 privados de libertad en el Centro Penitenciario "La Reforma", 125 de los cuales deben estar en celdas individuales para su propia seguridad y la del resto de los penados; asimismo, existen 44 celdas de máxima seguridad donde se ubican hoy día aquellos condenados que tienen antecedentes por participar en homicidios intracarcelarios.

Todavía en nuestros días, la población del Nivel de Atención Institucional es la más alta. La meta es sin embargo invertir la pirámide, de manera que la mayoría de la población penitenciaria se ubique en los niveles semi-institucionalizados y comunitarios. Por el momento, uno de los logros más significativos del nuevo modelo consiste en haber superado, en buena medida, problemas graves y crónicos como los altos índices de hechos violentos en el interior de la cárcel.²³⁸

2.1.2. Nivel de Atención Semi-institucional

El Nivel de Atención Semi-institucional se visualiza como continuación del nivel Institucional o Cerrado. En éste se refuerzan los procesos que han venido definiéndose en el anterior. Se pueden diferenciar ya tres componentes de importancia que conforman este segundo nivel:

a. El aspecto que tiene que ver con las necesidades particulares de cada privado de libertad.

b. Los aspectos propios de la Institución.

c. Los aspectos referentes a la Comunidad. Este es un elemento nuevo en el proceso. Consiste en atender la formulación de las propuestas que el propio privado de libertad pueda hacer para su vinculación con la comunidad. Los centros que componen el Nivel de

²³⁸ Información tomada de conferencia impartida por Lic. Luis Bernardo Arguedas, coordinador Nivel de Atención Institucional, Dirección General de Adaptación Social, Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

Atención Semi-institucional carecen de barreras físicas de contención o segregación pues se trabaja bajo el supuesto de que las personas ubicadas en él no constituyen una seria amenaza para la seguridad de la sociedad. El sistema combina el trabajo con la permanencia en el centro, definido para cada caso, ya que muchos de los servicios los recibe el reo en la comunidad misma.

La procedencia de la población que compone este nivel consiste, en su mayoría, del Nivel Institucional, completado por otros sectores que provienen directamente de la Consulta Externa o bien del Nivel Comunitario.

Para la ubicación de personas en este nivel se evalúa:

a. Posibilidad real de desempeñarse laboralmente, sea en la empresa privada, sea en instituciones estatales a través de los convenios existentes, como el del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT). En la actualidad existen 225 penados incorporados al programa de este Ministerio, en distintas zonas de todo el país.

b. Posibilidad de contar con una familia o sustituto que faciliten la incorporación al medio. Sin duda este es un elemento que la experiencia ha indicado como fundamental en la inserción social del privado de libertad.

c. Capacidad convivencial del penado, sea con compañeros, funcionarios y en la eventual comunidad de residencia.

Existen cinco centros de Atención Semi-institucional: La Leticia en Guápiles de Limón; Nicoya en Guanacaste; San Luis de Santo Domingo y San Agustín en Heredia; y Guadalupe en San José. De ellos los dos primeros se destinan a labores agrícolas y el resto funcionan con diversas actividades laborales de la población fuera de sus instalaciones.

Como en el caso anterior, existen tres fases en el proceso: la fase de ingreso, donde se valoran y complementan las recomendaciones dadas en el Nivel Institucional, cuando es el caso. Se define plan de atención técnica para cada ingresado y se van determinando sus avances o restricciones. Generalmente los privados de libertad se desempeñan laboralmente durante el día y en la noche

atienden su plan técnico, que puede incluso realizarse fuera del centro penal, cuando se trata, por ejemplo, de Alcohólicos Anónimos, grupos religiosos, etc. Estas actividades casi siempre se llevan a cabo en la comunidad más cercana al centro Semi-institucional; la fase de acompañamiento, donde se implementa el Plan de Atención en todas las áreas, sea convivencia, capacitación laboral, comunitaria, etc. Este proceso obedece estrictamente a las necesidades de cada privado de libertad; y la fase de egreso es determinada igualmente por las vías legales, sea orden judicial o cumplimiento de la sentencia.

Los resultados obtenidos en los últimos meses son halagadores, es alto el porcentaje de personas que permanece dentro del Nivel semi-institucional y evoluciona positivamente. Este es un fenómeno que se da en todo el sistema. A junio de 1991 existían en el Nivel de Atención Comunitario, el más abierto del sistema, cerca de 120 personas, siendo que a junio de 1993 había más de 360, es decir, un crecimiento del 200% en sólo dos años. Asimismo en estudio realizado de las 497 personas fugadas desde el año 1978, solamente una provenía del Nivel Comunitario y treinta y seis del Nivel Semi-institucional. En el Centro Penitenciario de San Sebastián, de una población cercana a los 552 reos, sólo 76 han tenido que ser reubicados. Los cálculos que se tienen advierten únicamente un 0.9% de reincidencia o "retorno".²³⁹

2.1.3. Nivel de Atención en Comunidad.

En el Nivel de Atención en Comunidad se continúa con las programaciones hechas en los niveles anteriores, cuando existen, ya que el sistema penitenciario es concebido como un solo proceso. Es de importancia advertir que una persona puede ingresar directamente a

²³⁹ Información tomada de conferencia impartida por Lic. Gerardo Meza Solís, coordinador Nivel de Atención Semi-institucional, Dirección General de Adaptación Social, Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

este nivel, pues se ha roto con el principio o concepto de progresividad.

Se parte del supuesto de que toda comunidad es un colectivo humano con objetivos compartidos. A esa dinámica es a la que hay que devolver e insertar al privado de libertad.

Actualmente el Nivel Comunitario cuenta con una población de 700 personas de las cuales 96 son mujeres (48 provenientes de San José, 13 de Puntarenas y el resto de diversos lugares del país), todas las cuales ya se encuentran en sus comunidades de origen.

El eje programático está estructurado a través de individuo-familia-comunidad. La Institución es sólo la facilitadora de la reinserción social del privado de libertad. En este Nivel es absolutamente necesario un trabajo cotidiano y profundo de los agentes institucionales que deben funcionar como facilitadores activos del proceso. En la práctica, estos funcionarios dedican su tiempo al trabajo en el campo de ubicación de la población desinstitucionalizada. Muy poco dedican a trabajo de oficina convencional.

Estamos hablando de un nivel totalmente abierto, no hay cárcel ni centro de contención alguno. La cárcel "se ha diluido" en la comunidad.

En este nivel se trabaja bajo los siguientes principios:

a. Las personas privadas de libertad son sujetos de obligaciones y derechos.

b. Se hacen valoraciones cotidianas para saber si el sujeto va bien o no dentro del proceso. Se trata de que el agente institucional corrobore "in situ", con el pulpero, el policía, el vecino, la familia, etc, cuál es el comportamiento y el grado de evolución del sujeto beneficiado con este sistema.

c. Se mantiene una constante comunicación con los distintos entes comunitarios que pueden aportar información.

Como requisitos esenciales del proceso se valoran:

a. El grado de aceptación comunitaria. Definitivamente no puede funcionar en un medio donde sea

manifiesto el rechazo o la inadaptación del privado de libertad.

b. El propio penado debe conocer y aprovechar los servicios que brinda la comunidad para facilitar su reincorporación social. Son determinantes sus propias propuestas en este sentido y se persigue acabar con políticas paternalistas de resolverle todos los problemas al interesado. ✓

Por otra parte es claro que este Nivel Comunitario es eminentemente preventivo. Ningún medio más idóneo que la comunidad natural del penado para lograr este objetivo. La dinámica consiste en una doble vía que prevé la apertura de la cárcel pero, simultáneamente, la preparación de la comunidad para ese proceso.

El proceso está previsto también con las fases de ingreso, acompañamiento y egreso. En este caso, por las especiales características del nivel, se trata en lo fundamental de devolver al privado de libertad su condición de persona, evitar el estigma que el encierro conlleva y devolverle su condición humana plena.²⁴⁰

2.1.4. Nivel de Atención/a Niños y Adolescentes

El Nivel de Atención a Niños y Adolescentes incluye menores de edad de ambos sexos. Tiene el encargo de atender la custodia de menores en los casos que la ley lo indica y se atiende tanto a los menores calificados "en riesgo social" como a los "infractores" de la ley penal.

El objetivo de este Nivel de Atención es socializar y orientar a los menores. El Nivel está estructurado de la siguiente manera:

a. Subnivel de Ingreso y Referencia: se trata de una especie de albergue donde entran los menores provisional- ↗

²⁴⁰ Información tomada de conferencia impartida por la Licda. Cecilia Córdoba, coordinadora del Nivel de Atención en Comunidad, Dirección General de Adaptación Social, Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

mente. Aquí se valora la posibilidad inmediata del egreso en caso de niños en riesgo social o bien, se decide la remisión a la autoridad judicial de los infractores. La población simplemente contraventora no se revuelve con la de riesgo social ni con la infractora. Esta medida se tomó en acatamiento del Voto No. 70-93 de las 16:03 horas del 6 de enero de 1993, emanado de la Sala Constitucional. Se busca evitar posibles contagios de conductas indebidas.

En este subnivel, los egresos sólo son posibles, en síntesis, a la propia familia, a la autoridad judicial y, en caso de contraventores ni siquiera se les ingresa, según las últimas disposiciones jurisdiccionales.

b. Subnivel Institucional: existen dos centros de reclusión, el "Amparo de Zeledón" que atiende a la población femenina y el "Luis Felipe González Flores" que atiende a la población masculina. A ellos se ingresa, atiende y custodia, los menores remitidos por las autoridades judiciales. En la fase de ingreso de este subnivel se define la atención del menor en ámbito de atención y medidas que requiera, según el caso: violencia, convivencia, comunidad, drogadicción. La permanencia del menor depende de la definición judicial; sea una Medida Tutelar Provisional, tomada mientras se esclarecen los hechos; sea una Medida Tutelar Definitiva, cuando la situación es definida por el Juez.

c. Subnivel Semi-institucional: se encuentra en desuso.

d. Subnivel Comunitario: existe, a manera de plan piloto, una Oficina en Puntarenas que impulsa acciones comunitarias alternativas al internamiento de menores. Se trata de fomentar las potencialidades de las personas en su ambiente natural, cuando eso es posible. Se capacita a esos menores de edad laboral y educativamente y, en concordancia con las pautas internacionales sobre Derechos del Niño, se brinda el acompañamiento suficiente para que asuman sus responsabilidades como miembros de la comunidad.

En principio, este Nivel atiende personas de cero a diecisiete años. En la práctica el rango de edad que se atiende va de los doce a los diecisiete años.

El perfil del menor ingresado a este Nivel se caracteriza por provenir de un núcleo familiar —cuando existe— con ingresos inferiores a la llamada "canasta básica", en gran número de casos la familia está desintegrada, padece de carencias materiales y afectivas graves, es drogodependiente, deambula y es víctima de agresiones físicas y sexuales.

Los objetivos fundamentales de este Nivel se centran en el establecimiento de una estructura institucional y técnica que dé respuesta a los menores en riesgo social e infractores penales. Asimismo, se trata de desarrollar acciones para que en el interior de la institución como hacia afuera se encuentren mecanismos efectivos para reubicar socialmente al menor en estas condiciones.

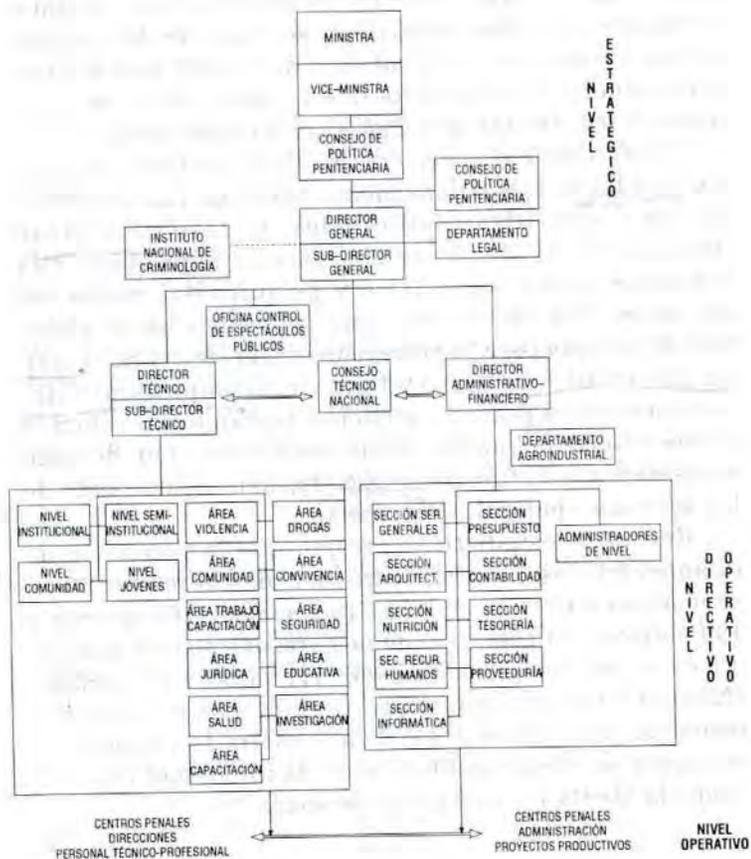
El proceso de atención en este Nivel también consta de las tres fases que se han mencionado para la población adulta y sus diferentes niveles: la fase de ingreso (Institucional): donde se constata la legalidad de la detención y el estado físico y psíquico del menor, se custodian los bienes con que ingresa y se le ubica tentativamente para la entrevista inicial, se define el plan de atención técnica; la fase de acompañamiento: implementa el plan de atención tratando de reforzar ciertos valores del menor en las áreas que se han definido necesidades; y la fase de egreso: depende básicamente de las decisiones judiciales al respecto.

Recientes estadísticas arrojan que la población de infantes en riesgo social, entre el 1. de enero y el 30 de setiembre de 1993 ascendía a 319 personas (180 varones y 139 mujeres); la población de menores infractores penales era en ese mismo período de 486 (411 varones y 75 niñas). Hubo un total de ingresos que ascendió a la suma de 805 menores, generalmente por delitos contra la propiedad y en menor escala por delitos contra la integridad física, la vida y la libertad sexual de las personas.²⁴¹

²⁴¹ Información tomada de conferencia impartida por Lic. Oscar Venegas, coordinador Nivel de Atención a Niños y Adolescentes, Dirección General de Adaptación Social, Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

2.1.5. Organigrama de la Dirección General de Adaptación Social y Sistema Penitenciario.

En la actualidad, noviembre de 1993, la propuesta orgánica y funcional del Sistema Penitenciario costarricense se estructura según el siguiente esquema:



3. Lineamientos de Derecho Constitucional en materia Penitenciaria.²⁴²

Tal y como ya lo dijimos anteriormente, a partir de la creación de la Jurisdicción Constitucional en Costa Rica, se ha introducido una importante variable en la normativa nacional, incluido el ámbito correspondiente al Derecho penitenciario, en virtud del principio de validez obligatoria *erga omnes* que las disposiciones emanadas de ese alto tribunal tienen. Entre los lineamientos más destacados que se operaron a partir de este cambio tenemos:

3.1. Definición de la naturaleza y límites de la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad supone la pérdida de derechos y libertades expresamente relacionados con el sentido de la pena, el contenido del fallo, la ley y los reglamentos respectivos. No se trata en consecuencia de una pérdida total de esos derechos y libertades y, por ejemplo, la pena de prisión no supone la imposibilidad de realizar actividades comerciales dentro del penal. Sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza de la pena y las razones de seguridad que deben considerarse para la protección de las personas y los bienes, ese tipo de libertades debe desarrollarse sólo dentro del marco de lo licito y posible, de conformidad con las capacidades institucionales para ejercer un efectivo control y fiscalización de las actividades, en aras de mantener el

²⁴² Debe advertirse que la terminología empleada en la Jurisprudencia Constitucional varía al referirse al sistema penitenciario en razón de las modificaciones profundas que ha sufrido el modelo mismo. Toda la terminología propia del sistema progresivo ha sido variada y a eso se deben las referencias jurisprudenciales con distintas nomenclaturas. Además, los votos citados y correspondientes a los años 1990 y 1991 han sido tomados de **Jurisprudencia Constitucional**, Ministerio de Justicia y Gracia, Sistema Penitenciario Nacional, mimeografiado, San José, 1990-1991. Los votos correspondientes a los años 1992 y 1993 han sido tomados en parte de recopilaciones del Ministerio de Justicia y en parte tomados por el autor de las resoluciones originales.

orden y la seguridad.²⁴³ Por otra parte, respecto del límite temporal de la privación de libertad y su modo de aplicación, el Tribunal Constitucional ha dicho:

"...ninguna sentencia puede válidamente ser dictada, si en ella se fija pena, que sumada a las que ya le han sido impuestas al condenado y que estén en proceso de cumplimiento²⁴⁴, sobrepase los veinticinco años señalados en el citado artículo 51, pues ello no sólo contraviene lo dispuesto en dicha norma sino también el principio que inspira la garantía constitucional del numeral 40 de la Carta Magna en el que se proscriben los tratamientos crueles y las penas perpetuas".²⁴⁵

3.2. Derechos derivados de la custodia.

Toda persona privada de libertad obtiene una serie de garantías y derechos derivados directamente de su

²⁴³ Voto No. **2155-93** de las 9:27 horas del 21-5-93, Recurso de Amparo de C.C.A. contra el Director de la Unidad de Admisión de Cartago.

²⁴⁴ El subrayado es nuestro.

²⁴⁵ Voto No. **2865-92** de las 15:03 horas del 9-9-92; Voto No. **3457-93** a las 14:36 horas del 20-7-93, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por E.Ch.A. contra el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Director del Centro de Cómputo de la Pena. Por la trascendencia que tiene esta resolución, transcribiremos de seguido el razonamiento que se hizo en el caso concreto:

"En el presente caso, la inconformidad del recurrente se basa en que ha descontado más de dieciséis años de prisión, lo que según el año penitenciario sobrepasa los veinticinco años que establece la ley. Del expediente administrativo, ...observa esta Sala que el recurrente ha sido sentenciado en múltiples oportunidades y la pena mayor a que ha sido condenado fue de veinticinco años, impuesta por el Tribunal Superior de Limón, mediante sentencia de las 17:25 horas del 21 de julio de 1983, Tribunal que adecuó la pena con las antes impuestas a 25 años, ... lo que evidencia que no pasa la señalada legalmente. Es así que al tener pendientes de descuento cinco sentencias más, las que exceden los veinticinco años, se procedió a hacer la adecuación correspondiente por el Tribunal que dictó la última sentencia, dando como resultado que éstas no sobrepasaron los veinticinco años, de lo que la autoridad recurrida ha tomado cuenta. De todo lo anterior se concluye que no hay violación al derecho de libertad del recurrente, por lo que el recurso debe declararse sin lugar".

especial sujeción a la Administración. Así, la Sala Constitucional ha dicho:

"Existen ciertas reglas mínimas que se deben cumplir en estos lugares (los centros penales o de detención), como el deber de alimentación, el derecho a comunicarse con sus familiares, su abogado, el acceso al agua, techo, cama, y por supuesto el respeto de los derechos humanos fundamentales como lo son la vida y la salud. El interno pues, como persona que es, está bajo la responsabilidad del ente que lo custodia, por encontrarse privado de su libertad".²⁴⁶

3.3. Ampliación del alcance del Recurso de Hábeas Corpus.

Se amplía el alcance de Recurso de Hábeas Corpus con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, ya que se permite:

"...no sólo la protección contra ilegítimas detenciones, sino contra perturbaciones al derecho a la libertad y a afectaciones a la integridad física..."²⁴⁷

Esta disposición afecta el funcionamiento en el interior del sistema penitenciario, en tanto entra a regular todas las formas posibles en que puede verse afectada, aún más, la libertad y la integridad física de las personas, de por sí ya limitadas por la pena privativa de libertad.

3.4. Cumplimiento del debido proceso legal.

Deben respetarse estrictamente los principios del debido proceso legal. Por ello no es posible imponer una sanción o suprimir un derecho previamente concedido al privado de libertad, sin concederle al afectado su derecho a audiencia y defensa. El privado de libertad debe ser

²⁴⁶ Voto No. **1889-91** de las 14:45 horas del 25-9-91, Recurso de Amparo de S.K.S.T. contra la Primera Comisaría del Ministerio de Seguridad Pública.

²⁴⁷ Voto No. **1766-91** de las 8:50 horas del 6-9-91. Hábeas Corpus de E.R.E. contra Dirección del Instituto Nacional de Criminología y otro.

debidamente notificado, tiene que ser impuesto de todos los cargos que se le hacen y contar con espacio donde se le oiga para rebatir los mismos y ofrecer prueba, cuando lo considere oportuno. Dicho de otro modo, para el Tribunal Constitucional, el principio de defensa (Artículo 39 de la Carta Magna) sólo se protege en la medida en que, dentro de un proceso administrativo-disciplinario, se demuestre debidamente la culpabilidad del sancionado.²⁴⁸

3.5. Competencia de la Administración Penitenciaria para ubicar al privado de libertad dentro del sistema o concederle beneficios.

No procede el Recurso de Hábeas Corpus ni de Amparo contra las disposiciones de la Administración Penitenciaria (Instituto Nacional de Criminología) que deciden la ubicación de un privado de libertad en determinada etapa o proyecto del Sistema Penitenciario, o bien le conceden o deniegan algún beneficio o petición. Siempre y cuando tales decisiones hayan sido hechas con criterios técnicos, estén debidamente fundamentadas y notificadas al interesado, son materia que pertenece exclusivamente al ámbito de la Administración

²⁴⁸ Votos No. 239-90, Recurso de Hábeas Corpus de L.A.A.P. contra el Director del Centro de Confianza San Agustín; No. 383-90 de las 16:10 horas del 10-4-90, Recurso de Amparo de P.Q.G. contra el Director General de Adaptación Social; No. 1625-91, Recurso de Amparo de J.C.C.C. contra el Consejo Técnico del Centro Regional de Nicoya; No. 1239-90 de las 15:15 horas del 28-2-90, Recurso de Hábeas Corpus de L.A.A.P.C. contra el Centro de Confianza San Agustín; No. 1003-91 de las 16:22 horas del 4-6-90, Recurso de Amparo por A.G.V. en favor de L.G. contra L.G.Q.F y contra el Instituto Nacional de Criminología; No. 1494-91, Recurso de Hábeas Corpus de G.R.S. contra el Centro Penitenciario "La Reforma". Es también muy ilustrativo el Voto No. 2497-93 de las 18:51 del 2-6-93, Recurso de Amparo interpuesto por I.S.D. contra el Consejo de Valoración Ambito Uno, Unidad Admisión Indiciados de San José. En esta última resolución se reconoce la libertad sexual como uno de los derechos que no se pierden al cumplirse una pena privativa de libertad y debe procurarse mantenerse, siendo preciso para limitarla o suspenderla la aplicación del régimen disciplinario conforme el debido proceso legal.

Penitenciaria y no al Derecho Constitucional.²⁴⁹ Al respecto es ilustrativo el siguiente voto:

"Debe indicarse que la ubicación de un detenido en determinada etapa del Sistema no es competencia de esta Sala; los reclusos gozan de aquellos derechos fundamentales que no sean incompatibles con la reclusión misma, tales como, el derecho de protección a su integridad física, el derecho de petición y obtener pronta resolución, etc., cuya tutela si corresponde a este Tribunal Constitucional, y puede ser solicitada por los interesados".²⁵⁰

²⁴⁹ Voto No. 1494-91, Recurso de Hábeas Corpus de G.R.S. contra el Centro Penitenciario "La Reforma"; No. 972-90, Recurso de Amparo de C.L.C.G. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma"; No. 908-91 de las 14:14 horas del 14-3-91, Recurso de Amparo de C.M.A.P. contra el Director General de Adaptación Social; No. 1055-91, Recurso de Amparo de C.J.A.S. contra el Centro Penitenciario "La Reforma"; No. 686-90 de las 4:20 horas del 22-6-90, Recurso de Hábeas Corpus de P.N.G.G. contra el Instituto Nacional de Criminología; No. 2318-91 de las 15:21 horas del 6-11-91, Recurso de Amparo de O.G.G. contra el Instituto Nacional de Criminología; No. 2359-91 de las 9:54 horas del 8-11-91 de A.O.D. contra el Instituto Nacional de Criminología; No. 1693-92 de 11:39 horas del 19-6-92 contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 1707-92 de las 14:21 horas del 26-6-92. Recurso de M.G.V.P. contra el Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 1916-92 de 14:15 horas del 22-7-92 de W.E.C. contra el Director del Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 2206-92 de 14:03 horas del 12-8-92, Recurso de Hábeas Corpus de L.E.W. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 2213-92 de 14:24 horas, Recurso de Hábeas Corpus de E.Ch.Ch. contra el Equipo Técnico de la Unidad de Indiciados de Liberia, Guanacaste; Voto No. 3537-92 de 12:10 horas del 20-11-92, Recurso de Amparo promovido por E.M.C.A. contra el Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 142-93 de las 14:33 horas del 13-1-93, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por R.A.T.T. contra el Director del Centro de Confianza de Goicoechea; Voto No. 2129-93 de las 15:54 del 19-5-93, Recurso de Amparo establecido a favor de L.Ch.F. contra el Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 2201-93 de 14:42 horas del 1-6-93, Recurso de Amparo interpuesto por E.F.Y. contra el Consejo de Evaluación del Centro Penal "La Reforma"; Voto No. 4065-93 de las 15:48 horas del 20-8-93, Recurso de Amparo de E.F.Y. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 4526-93 de las 14:42 horas del 10-9-93, Recurso de Amparo promovido por M.G.V.P. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁵⁰ Voto No. 1055-91, Recurso de Amparo de C.J.A.S. contra el Centro Penitenciario "La Reforma".

Este criterio ha sido sin embargo relativizado cuando la Sala Constitucional ha estimado que en un caso concreto, los fundamentos que ha dado el Instituto Nacional de Criminología para denegar una ubicación más ventajosa al interesado, violan sus derechos constitucionales fundamentales. Así, en un caso particular en el que el Instituto razonó la denegatoria de una ubicación en régimen de confianza limitada con los argumentos de la gravedad del hecho por el que fue condenado el privado de libertad y por su origen extranjero, el Tribunal Constitucional dijo:

"Este razonamiento es completamente inaceptable para la Sala porque se discrimina al interno por su nacionalidad (pese a que porte cédula nacional) y por el tipo de delito que cometió, lo que implicaría que existen en Costa Rica dos tipos de reos, los de origen nacional y los extranjeros por una parte, y los que han cometido delitos graves por otra según la arbitraria clasificación que de estos haga el Instituto Nacional de Criminología o cualquier otro funcionario del sistema penitenciario".

Con fundamento en esta resolución, a la Administración Penitenciaria le fue ordenado que ubicara al interesado en el régimen que pretendía.²⁵¹ Sin embargo, debemos insistir en que, en principio, el criterio es el de dejar en manos de la Administración la concesión o denegatoria de beneficios y la ubicación en el interior del sistema penitenciario, con salvedad de casos como el examinado, en que la Sala Constitucional estime que la decisión ha sido tomada arbitrariamente o con violación de derechos fundamentales.

3.6. Competencia de órganos jerárquicamente superiores.

Directamente relacionado con lo anterior, el Instituto Nacional de Criminología es el órgano jerárquicamente competente para definir la situación de un recluso en cuanto a su ubicación. Puede en consecuencia mantener o

²⁵¹ Voto No. 1984-92 de las 16:27 horas del 23-7-93. Recurso de Amparo de L.J.B.A. contra el Instituto Nacional de Criminología.

cambiar una decisión o recomendación tomada por órganos subalternos como los Consejos de Evaluación, hoy día llamados Consejos de Valoración.²⁵² Deben igualmente mantenerse y acatarse los acuerdos y recomendaciones de los demás órganos competentes del Sistema Penitenciario que tengan que ver con el otorgamiento o rechazo de ventajas o beneficios al recluso. Lo anterior por cuanto se trata de derecho y normativa penitenciaria y no materia propia de la jurisdicción constitucional.²⁵³ Toda sanción disciplinaria, tomada con respeto de las normas básicas del debido proceso, no violan ningún derecho constitucional y puede perfectamente el mismo hecho que la motiva, dar pie al proceso penal respectivo cuando se ha cometido un delito.²⁵⁴

3.7. Criterios técnicos para definir la ubicación de una persona privada de libertad.

El buen comportamiento de un recluso no puede ser el único criterio para definir su ubicación dentro del sistema, ni puede analizarse aisladamente de la trayectoria carcelaria del interno, su situación jurídica y demás características criminológicas, a fin de determinar su avance dentro del sistema progresivo, cuando aún estaba vigente. De esta manera, no se viola ningún derecho constitucional del accionante cuando se ha tomado una decisión técnica, debidamente fundamentada que define su permanencia en determinada etapa del sistema.²⁵⁵ Más

²⁵² Voto No. 857-91 de las 14:48 horas del 3-5-91, Recurso de Amparo de R.A.C.A. contra el Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 825-91 de las 14:36 horas del 30-4-91, Recurso de Amparo de G.F.A.M. contra el Instituto Nacional de Criminología.

²⁵³ Voto No. 1255-90 de las 16:50 horas del 3-10-90, Recurso de Amparo de R.H.M. contra el Instituto Nacional de Criminología.

²⁵⁴ Voto No. 1621-93 de las 15:42 horas del 2-7-93, Recurso de Amparo promovido por F.B.V contra el Consejo de Valoración del Ambito de Convivencia "C" del Centro de Atención "La Reforma".

²⁵⁵ Voto No. 1305-91 de M.C.M. contra el Consejo de Tratamiento del Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 3077-93 de 16:15 horas del 30-6-93, Recurso de Amparo establecido por A.C.C. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

recientemente se ha hecho énfasis en este criterio tomando en cuenta que ya el Reglamento que imponía el régimen progresivo ha sido derogado.²⁵⁶ El Instituto Nacional de Criminología debe hacer, en cada caso, una valoración integral del recluso que incluye no sólo aspectos como tipo de delito, pena impuesta, condición de nacional o extranjero; sino que además debe valorarse la personalidad del reo, su desenvolvimiento carcelario, los deseos de reintegrarse socialmente y su peligrosidad. De manera que no se viola el principio de igualdad constitucional cuando los accionantes sólo han tomado en cuenta algunos de esos factores para su reclamo, y no todos.²⁵⁷

3.8. Competencia de la Administración Penitenciaria para tomar medidas cautelares y de emergencia.

Los órganos competentes del Sistema Penitenciario pueden, en casos de urgencia, tomar las medidas cautelares o preventivas que consideren oportunas para mantener el orden y la seguridad de los centros de reclusión, así como para velar por la seguridad e integridad física de los reclusos.²⁵⁸ Esta licencia tiene

²⁵⁶ Voto No. 1141-92 de 17:25 horas del 29-4-92 de J.C.V. contra el Instituto Nacional de Criminología.

²⁵⁷ Voto No. 1085-90 de las 15:35 horas del 7-9-90, Recurso de Amparo por J.O.S.M. y otros contra la Ministra de Justicia y el Director del Instituto Nacional de Criminología.

²⁵⁸ Voto No. 908-91 de las 14:14 horas del 14-3-91, Recurso de Amparo de C.M.A.P. contra la dirección General de Adaptación Social; Voto No. 1334-92 de 9:30 horas del 22-5-91, Recurso de W.S.B. contra Trabajo Social de la Unidad de Indiciados de Alajuela y Directora de Indiciados y Sentenciados; Voto No. 2015-92 de las 14:45 horas del 29-7-92; Voto No. 84-93 de 9:18 horas del 8-1-93, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por M.G.V.P. contra el Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 2047-93 de las 14:54 horas del 14-5-93, Recurso de Amparo interpuesto por D.J.D.B. contra el Director, El Supervisor de Seguridad y el Jefe del Departamento Laboral del Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 2861-93 de 10:33 horas del 18-6-93, Recurso de Amparo establecido por A.C.C. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 2983-93 de 9:12 horas del 25-6-93, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por O.V.S. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

únicamente el límite de que tales disposiciones no pueden violar "los derechos fundamentales" de los afectados.²⁵⁹ Asimismo, es criterio de la Sala Constitucional que esas medidas cautelares y de emergencia no pueden prolongarse y convertirse, de hecho, en permanentes²⁶⁰ y además tienen que estar inmediatamente seguidas por un debido proceso administrativo legal que establezca la pérdida o no, de algún derecho adquirido.²⁶¹ No se violan el derecho a la información (Art. 30 de la Constitución) ni el derecho de defensa (Art. 39 ibidem) cuando se han puesto en conocimiento del interesado los hechos que se le imputan y motivan una sanción disciplinaria, aunque por las especiales condiciones del régimen penitenciario y para evitar eventuales venganzas, se le niegue el acceso a los nombres de las personas y sus declaraciones, con fundamento en las cuales se tomaron las medidas disciplinarias.²⁶² En igual forma, pueden limitarse derechos de los reclusos relacionados con cualquier

²⁵⁹ Creemos que este fue el criterio aplicado en el Voto No. 1766-91 de las 8:50 horas del 6-9-91, Recurso de Hábeas Corpus de E.R.E. contra el Director del Instituto Nacional de Criminología, en el que los señores Magistrados de la Sala Constitucional estimaron que había sido evidente el traslado de un recluso "como castigo por una falta que no cometió..."; Voto No. 1141-92 de 17:25 horas del 29-4-92 de J.C.V. contra el Instituto Nacional de Criminología.

²⁶⁰ Voto No. 3797-92, Recurso de Hábeas Corpus contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁶¹ Voto No. 982-91, Recurso de Hábeas Corpus de C.M.C. contra el Centro Penitenciario "La Reforma"; No. 992-91, Hábeas Corpus, Recurso de Hábeas Corpus de C.V.V. contra el Centro Penitenciario "La Reforma"; No. 1203-90, Recurso de Amparo de las 14:20 horas del 28-9-90 de A.B.P. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma"; No. 239-90 de las 15:15 horas del 28-2-90, Recurso de Hábeas Corpus de L.A.A.P. contra el Director del Centro de Confianza San Agustín; No. 908-91 de las 13:00 horas del 14-3-91, Recurso de Amparo de J.N.A. contra la Dirección General de Adaptación Social.

²⁶² Voto No. 1645-91 de las 8:30 horas del 23-8-91, No. 2236-91 de 14:21 horas del 5-11-91 y No. 292-92 de 10:00 horas del 7-2-92, Recurso de Amparo promovido por O.V.S. contra el Centro Penitenciario "La Reforma".

actividad o esfera de libertades, tales como el libre comercio, sus relaciones con la familia, comunicación con el exterior, etc.²⁶³

3.9. Competencias del Juez de la Sentencia, el Instituto de Criminología y del Juez de Ejecución en casos de enfermedad.

El Juez de Ejecución de la pena, con fundamento en el artículo 506 del Código de Procedimientos Penales, puede decidir sobre el internamiento de un recluso en centro médico, siempre y cuando el tratamiento no se le pueda brindar en la cárcel. En caso contrario, es el Instituto Nacional de Criminología el facultado para ubicar al preso en el Centro Penitenciario que considere oportuno para brindarle el tratamiento médico que requiera.²⁶⁴ Los enfermos del sistema penitenciario pueden ser remitidos, para una valoración médica confiable, al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, a fin de establecer la gravedad del mal que padece y el tipo de tratamiento que debe ser aplicado.²⁶⁵ Asimismo, es obligación de la Dirección de los centros penitenciarios ofrecer los medios necesarios para que una persona pueda ser atendida médicamente, aunque el caso no se considere de emergencia.²⁶⁶ No procede sin embargo reclamo alguno cuando la falta de atención médica es imputable a la negligencia del propio interesado.²⁶⁷

²⁶³ Voto No. 908-91 de las 14:14 horas del 14-3-91, Recurso de Amparo de C.M.A.P. contra el Director General de Adaptación Social.

²⁶⁴ Voto No. 2061-91 de las 9:55 horas del 11-10-91, Recurso de Hábeas Corpus de P.N.G.G. contra el Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁶⁵ Voto No. 1395-91, Recurso de Amparo de H.C.M. contra el Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁶⁶ Voto No. 972-90 de C.L.C.G. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁶⁷ Voto No. 1064-93 de las 15:09 del 25-2-93, Recurso de Amparo de A.V.A. contra el Director de la Clínica, el Director General y el Jefe del Departamento de Seguridad del Centro Penitenciario "La Reforma".

3.10. Competencia en otros incidentes de ejecución.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 502 del Código de Procedimientos Penales, la ejecución de una sentencia tiene por objetivo el cumplimiento efectivo de lo ordenado y dispuesto en ella. Cualquier controversia en el curso de su ejecución, debe ser dirimida ante el juez que dictó la sentencia, con excepción, como quedó dicho, del incidente de enfermedad del recluso, que es competencia del Juez de Ejecución Penal.²⁶⁸

3.11. Lugar de Ejecución de las Medidas de Seguridad.

Las llamadas Medidas de Seguridad de Internamiento en Colonia Agrícola (Art. 102, inciso b. del Código Penal), deben cumplirse en establecimientos de tal naturaleza, según lo señala el Código Penal, y no en centros cerrados como "La Reforma".²⁶⁹ De igual forma, las Medidas de Seguridad Curativas (Art. 101 ibídem) deben hacerse efectivas, bien en el Hospital Nacional Psiquiátrico o bien en algún centro de tratamiento especial o educativo y no en prisiones cerradas.²⁷⁰

3.12. Autorización de Prisión Preventiva Domiciliaria.

La prisión preventiva domiciliaria sólo puede aplicarse en los casos previstos por el artículo 293 del Código Procesal Penal, a saber, en el caso de mujeres honestas, personas mayores de sesenta años o valetudinarias.²⁷¹

²⁶⁸ Voto No. 2061-91 de las 9:55 horas del 11-10-91, Recurso de Hábeas Corpus de P.N.G.G. contra el Centro Penitenciario "La Reforma" y otro.

²⁶⁹ Voto No. 2242-91 de las 14:30 horas del 5-11-91, Recurso de Amparo promovido por E.C.S. contra el Instituto Nacional de Criminología y otro; Voto No. 2690-91 de las 10:55 horas del 20-12-91, Recurso de Amparo de R.B.C. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁷⁰ Voto No. 2690-91 de 10:55 horas del 20-12-91, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por R.B.C. contra el Director del Centro Penitenciario "La Reforma".

²⁷¹ Voto No. 1005-91 de las 16:24 horas del 4-6-91, Recurso de Hábeas Corpus de K.O.W.E. contra Unidad de Admisión de San José.

3.13. Cómputo y beneficios para reos rebeldes.

Con miras a asegurar una correcta ejecución de la sentencia, no es posible reconocer en el cómputo de la pena de un recluso, el tiempo que ha estado de fuga.²⁷² Tampoco puede pretender quien se encuentre evadido de la acción de la justicia, que se le otorgue el beneficio que establece el artículo 55 del Código Penal vigente (descuento por trabajo).²⁷³

3.14. Restricción de libertad por ejecución de sentencia.

Aunque parezca innecesario, la Sala Constitucional ha tenido que establecer, ante recursos de Hábeas Corpus interpuestos, que no se viola ningún derecho fundamental de quien se encuentra restringido o privado de su libertad deambulatoria, en razón de la ejecución de una pena dictada por un tribunal competente de la República.²⁷⁴

3.15. Ejecución concomitante de pena privativa de libertad y Medida de Seguridad.

Según el criterio de la Sala Constitucional, si una persona está simultáneamente descontando una pena de prisión y una medida de seguridad (sea curativa o de

²⁷² Voto No. 553-91 de las 14:04 del 20-3-91, Recurso de Hábeas Corpus de G.E.Ch.S. contra el Director del Instituto Nacional de Criminología.

²⁷³ Voto No. 2239-92 de 8:30 horas del 14-8-92 de M.E.M.V. contra el Instituto Nacional de Criminología y Tribunal Superior Penal de Alajuela.

²⁷⁴ Voto No. 1918-92 de 14:21 horas del 22-7-92 de G.V.P. en contra del Director del Instituto Nacional de Criminología y del Director General de Adaptación Social; Voto No. 2883-93 de las 14:36 horas del 18-6-93, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto a favor de G.M.M. contra el Centro Penitenciario "La Reforma"; Voto No. 3102-93 de las 14:09 horas del 2-7-93, Recurso de Hábeas Corpus interpuesto a favor de R.E.O.M. contra el Instituto Nacional de Criminología.

libertad vigilada), no puede accederse a la pretensión de que esas medidas prevalezcan por sobre la ejecución efectiva de la privación de libertad y autorizarse su permanencia en el lugar de domicilio u otro sitio que no sea el régimen de contención del sistema penitenciario. Lo anterior sin perjuicio de que la persona privada de libertad reciba el tratamiento médico-psiquiátrico mientras se encuentra recluso y se tome en cuenta para el cómputo de su pena el tiempo que ha estado sometido a tratamientos en razón de la medida.²⁷⁵

3.16. Naturaleza del trabajo en prisión.

Tratándose del trabajo respecto de personas privadas de libertad, éste es definido como medio de tratamiento y no como derecho o beneficio, condicionándose su ejecución a las reglas establecidas al efecto por las autoridades penitenciarias. Según el Tribunal Constitucional, este trabajo en la cárcel es de naturaleza diversa al derecho al trabajo protegido por el numeral 56 de nuestra Carta Magna.²⁷⁶

3.17. Derecho a la educación. Restricciones.

No se viola ningún derecho fundamental del privado de libertad cuando, por motivos debidamente razonados, como el régimen de máxima seguridad en el que se encuentra o sus dificultades para la convivencia, se le niega la posibilidad de participar en un proceso educativo como el bachillerato por madurez. Si bien es cierto la educación es uno de los derechos a que puede aspirar cualquier preso, ello depende de las condiciones

²⁷⁵ Voto No. 124-93 de 14:45 horas del 12-1-93, Recurso de Hábeas Corpus a favor de G.V.P. contra el Instituto Nacional de Criminología; Voto No. 1691-93 de las 14:42 horas del 16-7-93, Recurso de Amparo de M.G.V.P. contra el Instituto Nacional de Criminología y el Juzgado de Ejecución de la pena.

²⁷⁶ Voto No. 2742-92 de 10:18 horas del 28-8-92, Recurso de Amparo de W.M.S. contra el Instituto Nacional de Criminología.

particulares en que se encuentre dentro del sistema penitenciario.²⁷⁷

3.18. Adecuación de penas en el concurso material.

En este punto, nos permitimos transcribir los términos de una resolución que reiteradamente ha emitido el Tribunal Constitucional acerca de la correcta forma de integrar los montos de la pena ante el supuesto del concurso material:

*"Si por diferentes motivos el imputado no fue juzgado en un sólo proceso, y ya descontó algunas penas, no se puede interpretar restrictivamente la norma negándosele la adecuación de la pena si los delitos al tenor de lo establecido en el artículo 22 del Código Penal se encuentran en concurso material. Debe partirse de que el concurso material tiene como finalidad principal llegar a una pena conjunta, en aquellas acciones que deben o debieron juzgarse en un mismo proceso, por lo que no es relevante como lo entiende el Tribunal recurrido, la fecha de la sentencia condenatoria, sino de la comisión del delito, a fin de determinar si efectivamente pudieron ser juzgados en un mismo proceso".*²⁷⁸

3.19. Adecuación de penas por inaplicabilidad del artículo 78 del Código Penal.

Al declararse inaplicable el artículo 78 del Código Penal que permitía aumentar las penas por imponer para el caso de los reincidentes, es preciso no sólo que el Tribunal competente haga la adecuación del caso cuando se le solicite, sino que a la mayor brevedad posible debe hacer las comunicaciones respectivas para evitar que las

²⁷⁷ Voto No. 410-93 de las 11:12 horas del 23-1-93, Recurso de Amparo de M.G.V.P. contra la Dirección General de Adaptación Social y el Instituto Nacional de Criminología.

²⁷⁸ Voto No. 2947-92 de las 8:48 horas del 2-10-92, Recurso de Hábeas Corpus en favor de R.S.M. contra el Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda de San José.

personas sufran indebidamente privaciones de su libertad.²⁷⁹

3.20. Revisión de Sentencia.

La pretensión de que una sentencia sea revisada por supuestas violaciones a principios constitucionales como los que integran el debido proceso legal, no son materia del Recurso de Amparo evacuable ante la Sala Constitucional, sino materia de Recurso de Revisión, que debe dirimirse ante la Sala Tercera de la Corte. Lo anterior es así por cuanto la Jurisdicción Constitucional no puede convertirse en una instancia más del proceso.²⁸⁰

Las orientaciones normativas que ha venido a dar la Sala Constitucional en materia penitenciaria han tenido el indudable mérito de introducir la necesidad de respetar los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico en un ámbito al que todavía no habían ingresado adecuadamente. Como vimos ya, las resoluciones emitidas por el Tribunal de lo Constitucional se han convertido en pilares del nuevo ordenamiento jurídico, y constituyen el marco legal básico sobre el que ha de erigirse cualquier cuerpo normativo que venga a regir esta materia.

4. Reformas legales al régimen punitivo y de ejecución penal.

4.1. El régimen punitivo vigente.

El Código Penal vigente²⁸¹ establece un régimen punitivo caracterizado por los siguientes rasgos fundamentales:

²⁷⁹ Voto No. 646-93 de 14:36 horas del 9-2-93, Recurso de Hábeas Corpus establecido a favor de J.R.G.V. contra el Instituto Nacional de Criminología.

²⁸⁰ Voto No. 1690-93 de 14:39 del 16-4-93, Recurso de Amparo promovido por R.R.P. contra el Director del Instituto Nacional de Criminología.

²⁸¹ República de Costa Rica, **Código Penal y Leyes Conexas**, Ley No. 4573 del 30 de abril de 1971; Librería, Imprenta y Litografía Lehmann, S.A., San José, Costa Rica, 1975.

a. Establece dos clases de penas; las principales, que son la prisión, el extrañamiento, la multa y la inhabilitación; y las accesorias, consistentes en la inhabilitación especial. (Art. 50 del Código Penal).

b. La prisión no se define. Sólo se enuncia que deberá cumplirse en los lugares y forma que una ley especial determine. Nunca fue emitida dicha ley especial, por lo que tampoco se contó con el marco legal que regulara esta penalidad. Sí se establece la finalidad de la prisión cuando se pretende que "...ejerza sobre el condenado una acción rehabilitadora...". Además se le impone el límite máximo de 25 años. (Art. 51).

c. El extrañamiento consiste en la expulsión del territorio nacional, únicamente de extranjeros y por el monto de la pena. Se establecen límites entre seis meses y diez años de condena. (Art. 52).

d. La multa consiste en el pago, a favor de instituciones del Estado, de determinadas sumas de dinero. Para su cuantificación se adopta el sistema de días-multa y se da la facultad al juez para que, de conformidad con la situación económica del condenado, se haga la estimación del caso. (Art. 53). Si bien en principio se concede un plazo de quince días para cancelar la multa impuesta o, en su defecto, opera la conversión a días de cárcel, también el sistema vigente permite al juez conceder, atendiendo de nuevo a la situación económica del condenado, acordar un nuevo plazo o conceder la posibilidad del pago en tratos, previas garantías del caso. Finalmente se estipula una pena máxima de 360 días multa. (Art. 54 y 56).

e. El régimen punitivo vigente autoriza la amortización con descuentos de las penas de multa y de prisión a través del trabajo prestado a instituciones públicas o privadas. (Art. 55).²⁸²

²⁸² Esta norma ha resultado ser en los últimos años objeto de gran polémica. Sobre ella ha recaído todo el régimen de descuentos y, últimamente, todo el sistema de "desinstitucionalización" impulsado

f. La pena de Inhabilitación Absoluta consiste en la pérdida de empleo, cargo o comisiones; privación de derechos políticos; incapacidad para ejercer profesión, oficio, arte o actividad; e incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela, curatela o administración de bienes, todos por el término entre seis meses y doce años. (Art. 57).

g. La Inhabilitación Especial, con duración también entre seis meses y doce años consiste en la privación de uno o más de los derechos referidos en la disposición anterior. (Art. 58).

Por su parte, dentro de lo que hemos llamado la contraestrategia a la pena privativa de libertad, la ley penal vigente contempla varias posibilidades: el beneficio de ejecución condicional de la pena, facultativo del juez, para delincuentes primarios (Arts. 59 a 63); la Libertad Condicional, también beneficio facultativo del juez, una vez cumplida al menos la mitad de la condena (Arts. 64 a 67); la Conmutación, limitada para delincuentes primarios y penas de prisión no mayores de un año (Art. 69). Desde un punto de vista amplio, podemos decir que la multa, en tanto se ha fortalecido y generalizado para delitos de poca monta, ha venido a ser un sustitutivo parcial de la cárcel. Lo mismo ocurre con el extrañamiento, de aplicación muy excepcional y rara que no ha tenido realmente significación en nuestro medio. También desde esta perspectiva amplia podemos decir que el cuadro alternativo se completa con la Amnistía, gracia que puede conceder la Asamblea Legislativa en delitos políticos o conexos políticos (Art. 89), el indulto, instituto jurídico para delitos comunes cuya concesión está en manos del Poder Ejecutivo (Art. 90); el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida en delitos contra la honestidad

desde el ámbito penitenciario. Si bien es cierto, desde un punto de vista estrictamente jurídico puede afirmarse que se ha dado un uso excesivamente liberal y amplio de esta disposición; una perspectiva penitenciaria permite admitir no sólo la utilización que se ha hecho de la posibilidad de conversión que ofrece este artículo, sino toda la articulación que alrededor suyo se ha hecho de una política penitenciaria que intenta minimizar cuantitativa y cualitativamente los rigores de la cárcel.

(Art. 92) y el Perdón Judicial en varios supuestos particulares, en manos del juez sentenciador (Art. 93). Procesalmente y en este mismo sentido amplio de las alternativas al encierro por supuesto que habría que mencionar el instituto de la excarcelación, cuyo fundamento constitucional se encuentra en la presunción de inocencia y que ha funcionado sumamente restringido en nuestro medio, hasta que las decisiones del Tribunal Constitucional han obligado a cambiar de mentalidad y flexibilizar su otorgamiento.

De entre todas estas alternativas, la pena pecuniaria y el beneficio de ejecución condicional de la pena han sido las dos disposiciones jurídicas más usadas y aplicadas como sustitutivos del encierro carcelario. El beneficio de ejecución condicional ha sido aplicado prácticamente de manera automática para delincuentes primarios, pero sin el debido control de sus requisitos y limitaciones.

Sin embargo, donde se ha desplegado toda una verdadera alternabilidad al encierro ha sido en la práctica de la ejecución de la privación de libertad, en la instancia penitenciaria, esfera del Poder Ejecutivo. La realidad ahí ha impuesto, primero con el régimen progresivo de tratamiento, que no tuvo más que un Reglamento (Decreto Ejecutivo) como base legal de apoyo y, posteriormente, a través de la aplicación amplia del artículo 55 del Código Penal, toda una política penitenciaria alternativa, no siempre en armonía con los textos legales, interpretados restrictivamente.

4.2. El Proyecto de Reforma al Código Penal.²⁸³

Ahora nos enfrentamos con un Proyecto de Reforma al Código Penal que modifica sustancialmente toda la Parte General del mismo. El título IV de esa modificación se denomina "Penalidad y Penas" y reordena todo el régimen punitivo imperante hasta ahora. Veamos las principales variaciones.

²⁸³ Corte Suprema de Justicia; **Proyecto de Reforma al Código Penal**; mimeografiado, San José, 1993. La versión que se ha trabajado corresponde a la que se obtuvo en noviembre de 1993 del Departamento Jurídico de la Dirección General de Adaptación Social. Las citas de numeración y contenido del articulado corresponden a ella.

a. Se mantiene una división bipartita en las clases de pena, pero se amplía notablemente el número de posibilidades sancionatorias en particular. Así, dentro de las penas principales se incluye: la prisión, la multa, la prestación de trabajo de utilidad pública, la limitación de residencia, la prohibición de residencia, el arresto domiciliario, el cumplimiento de instrucciones, la compensación pecuniaria, la amonestación y la caución de no ofender; y las penas accesorias se limitan a dos modalidades: la inhabilitación y la interdicción (ambas para la hipótesis contemplada en el artículo 76 del Proyecto, hipótesis de penas conjuntas por tiempo indeterminado). (Art. 41).

b. Se obliga a los jueces penales y a los de ejecución penal a cuidar que las penas impuestas y ejecutadas no dañen a terceros ni violen los derechos humanos del penado o penada. (Art. 42). Se establece asimismo que el juez sentenciador fije la penalidad y "*la primera individualización*" de la pena, correspondiendo las restantes individualizaciones en la fase de ejecución al juez de ejecución. Con esto, se perfila una importante característica del Proyecto y es el fortalecimiento de la figura del juez de ejecución de la pena en toda la fase de aplicación de la misma. (Art. 43). De conformidad con esto, el juez sentenciador hace una primera fijación e individualización de la pena que estime conveniente imponer y, de ahí en adelante, será el juez de ejecución el que queda autorizado para modificar esa primera individualización, salvo disposición en contrario, o bien manteniendo esa primera individualización, puede modificar las condiciones en que deba cumplirse la pena. (Art. 72).

c. Se establecen dos "*grados de penalidad*": "*menor*" para los casos en que el delito no comprende la pena de prisión o la comprende en un monto que no excede los cinco años; y "*grave*", cuando la pena de prisión prevista excede ese monto de cinco años. En cada caso, es facultad del juez sentenciador imponer la pena de prisión que prevea el tipo penal respectivo y, si lo considera oportuno, puede establecer la conversión a la pena alternativa que

elija. El juez conserva la facultad de reconvertir la pena alternativa nuevamente en prisión, por el tiempo que quedara por descontar, si el condenado incumple con las condiciones impuestas. (Art. 63). Las posibilidades de conversión de la penalidad menor (prisión que no exceda a cinco años) puede hacerse por trabajo de utilidad pública, sometimiento a instrucciones, fijación o prohibición de residencia, multa o compensación económica. Las posibilidades de conversión en la penalidad grave (prisión superior a cinco años) se limitan. Por una parte, si se han impuesto entre cinco y ocho años de prisión, debe cumplirse efectivamente como mínimo la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, luego de lo cual, transcurrido el plazo dicho, el juez ejecutor puede entrar a hacer la conversión por las mismas alternativas previstas para la penalidad menor. (Art. 72): La conversión se restringe aun más cuando la pena de prisión es superior a ocho años, hipótesis en la cual no se reemplazará hasta que haya sido efectivamente cumplida en sus dos tercios. En algunos casos especiales, como los llamados delitos de cuello blanco o delitos con particulares características de crueldad o atrocidad, la pena de prisión impuesta debe además aplicarse conjuntamente con las penas de inhabilitación, interdicción de derechos y cumplimiento de instrucciones, todas por tiempo indeterminado. Facultativamente puede imponerse también en estos casos la pena de caución de no ofender. (Art. 76).

d. *La pena de prisión* se define como una limitación a la libertad ambulatoria que consiste en el sometimiento de la persona penada a una institución penitenciaria. Con esta disposición se llena una importante omisión del sistema punitivo actualmente vigente, pues se define con claros límites legales en qué consiste la prisión. Es por lo demás, una definición amplia, que no necesariamente significa encierro. Encontramos un grave error en el Proyecto al ampliar, mediante esta misma disposición, el límite máximo de la pena de prisión a treinta años. Tal ampliación no rima ni con las más recientes tendencias en materia penitenciaria, que ha mostrado hasta la saciedad la inutilidad del encierro como sanción penal, ni con el espíritu del Proyecto mismo que pretende modernizar y

poner al día el régimen punitivo costarricense. (Art. 44). Por otra parte, el Proyecto renuncia al categórico fin resocializador de la pena. Únicamente se mantiene como uno de los objetivos, a la hora de fijar y ponderar la penalidad: "*Motivar conforme a derecho la conducta futura del penado(a)*". Consideramos que con esta disposición se incorporan a la legalidad costarricense las lecciones que la realidad penitenciaria nos ha impuesto. No se sigue pronunciando la obligatoriedad de que la sanción penal, en particular la pena privativa de libertad, deba ejercer una función rehabilitadora o resocializadora, sino que, en términos tan modestos como realistas, se persigue ofrecer al sancionado los medios indispensables para que adecue su conducta a las pautas sociales y jurídicas que la sociedad enuncia como indispensables para asegurar una armoniosa convivencia. (Art. 65, inciso 7.) Más adelante veremos cómo el Proyecto de Ley de Ejecución Penal entra en más detalles sobre este punto y diríamos que complementa, precisándolo, el fin que se le asigna a la pena.

e. *La pena de multa* es definida como el pago de una suma de dinero. Se sigue adoptando el sistema de días-multa para su cuantificación y eventual conversión en prisión. Se modifica el límite máximo de esta pena a 365 días-multa y se introduce un mínimo de 5 días-multa. Se mantiene el destino del dinero recaudado por este concepto a instituciones públicas, en particular a la Dirección General de Adaptación Social y parcialmente a la Junta de Educación del lugar donde se cometió el hecho delictivo. Vemos que la vieja estrategia de control social "penalidad-escuela", sigue siendo utilizada aún en nuestros días. El monto en dinero correspondiente a cada día-multa debe estimarse de conformidad con la situación económica del condenado y debiéndose cancelar en el mismo plazo de quince días, después de dictada la sentencia. Se mantiene la posibilidad de que el juez amplíe ese plazo y dé facilidades para pagarlo en tractos. (Arts. 45 a 49).

f. Quizá lo más novedoso en esta materia, lo constituye la disposición que permite, en casos comprobados de insolvencia, sustituir la pena de multa por la de prestación de trabajo de utilidad pública, limitación o

prohibición de residencia, cumplimiento de instrucciones, por el beneficio de ejecución condicional para primarios o reincidentes primarios, por simple amonestación para el caso de primarios y por arresto domiciliario para el caso de multirreincidentes. (Art. 50).

g. *La pena de prestación de trabajo de utilidad pública* consiste en el trabajo obligatorio, limitado entre ocho y dieciséis horas semanales, en los lugares y condiciones de horario que el juez de la sentencia determine, a favor de instituciones públicas o comunitarias. Se procura que esta penalidad no sea infamante, se adecue a las condiciones personales del penado y no interfiera con su desempeño laboral normal. (Art. 51).

h. Mediante *la pena de limitación de residencia*, se obliga al penado a radicarse en determinado barrio, distrito, cantón o provincia, no pudiendo abandonar esos ámbitos sin autorización judicial. Se limita a un máximo de cinco años y se busca prevenir conflictos y facilitar una mejor adaptación del sancionado al medio social. Se entiende que esta medida no puede convertirse en una auténtica deportación. (Art. 52).

i. También existe la posibilidad de que el juez imponga *la pena de prohibición de residir en determinado lugar*. Se fija un límite máximo igual que en el caso anterior, de cinco años, y se busca igualmente impedir vínculos sociales negativos o conflictivos. Se advierte muy claramente que esta penalidad no puede convertirse, en los hechos, en pena de destierro. (Art. 53).

j. También por el plazo máximo de cinco años, el juez está autorizado para imponer *la pena de arresto domiciliario*, consistente en la obligación que tiene el penado de permanecer en su domicilio. (Art. 54).

k. La llamada *pena de cumplimiento de instrucciones* consiste en "...el sometimiento a un plan de conducta en libertad...". Pueden darse muchas modalidades de ella, tales como dar satisfacción moral a la víctima, frecuentar determinado establecimiento de enseñanza, someterse a

tratamiento o control médico, aprender un oficio o arte, no ir a determinados lugares, practicar regularmente un deporte, abstenerse de consumir tóxicos, concurrir a determinados cursos, desempeñar un trabajo adecuado y, en fin, cualquier otra instrucción que a criterio del juez fuese aconsejable. Resulta de mucha importancia destacar que esta disposición advierte que no pueden disponerse instrucciones que afecten la dignidad o la privacidad del penado y se limita a una duración máxima de veinte años. (Art. 55).

l. *La compensación pecuniaria* consiste en que el sancionado penalmente se obliga a pagar a la víctima o a su familia una suma determinada de dinero que cubra los daños y perjuicios ocasionados por la acción delictiva. En este caso interesa señalar que, para no crear contradicciones importantes, si se ha ejercido la acción civil resarcitoria, los pagos acordados en esta vía deben ser reconocidos para los efectos de la multa reparatoria. (Art. 56).

m. *La amonestación* es una censura oral, pronunciada por el juez sentenciador en audiencia pública. (Art. 57).

n. Mediante *la pena de caución de no ofender* se obliga al penado a comprometerse a no cometer un nuevo hecho delictivo, dando en garantía de tal promesa una determinada suma de dinero o bienes. Se establece como límite el plazo de cinco años máximo. (Art. 58).

ñ. Genéricamente se establece que *la pena de inhabilitación* consiste en la privación de empleo, cargo, profesión o derecho o la incapacidad para obtener los mismos. Se mantienen los límites actuales, entre seis meses y doce años. (Art. 59).

o. *La pena de interdicción* es concebida como la privación del derecho a obtener determinado empleo, cargo o profesión. (Art. 61).

p. Otros lineamientos de penas alternativas se dan en el caso del reemplazo por amonestación cuando la penalidad no es superior a un año de prisión, supuesto en

el que se requiere que el ofensor haya reparado el daño o demuestre imposibilidad material de hacerlo. Resulta de interés que procesalmente puede *suspenderse el juicio si prima facie* se hace esta reparación o se demuestra la imposibilidad de hacerla, en cuyo caso la amonestación queda como única sanción. (Art. 73).

q. Sigue operando, en términos un poco más amplios, el *beneficio de condena de ejecución condicional*, abarcando ahora sanciones de hasta cinco años de prisión y con términos de prueba entre los tres y los cinco años. (Art. 74).

Como quedó visto, este beneficio se amplía también para el caso del reincidente primario y no sólo para el delincuente primario, en delitos de penalidad menor.

r. En términos idénticos o similares a la legislación vigente, el cuadro de la estrategia anticarcelaria se completa con *la Amnistía* (Art. 85), *el Indulto* (Art. 86), *el Matrimonio del procesado o condenado con la ofendida* (Art. 88) y *el Perdón judicial* (Art. 89).

s. Digamos finalmente que el instituto de *la excarcelación* se mantiene en los términos definidos en el Código de Procedimientos Penales, (Arts. 297 y siguientes), razón por la cual este Proyecto, que modifica la parte general del Código Penal, no se refiere a este mecanismo que busca también minimizar la aplicación de la privación de libertad.

4.3. El Proyecto de Ley de Ejecución Penal.²⁸⁴

El otro proyecto normativo que está en discusión es la tan esperada Ley de Ejecución Penal, realizado por el Consejo Técnico Institucional de la Dirección General de

²⁸⁴ Ministerio de Justicia; Consejo Técnico Institucional, Dirección General de Adaptación Social, **Anteproyecto de Ley de Ejecución Penal**; mimeografiado, San José, noviembre de 1993. El orden del articulado y sus contenidos sigue fielmente el anteproyecto que el autor tuvo a mano, suministrado gentilmente por la Dirección General de Adaptación Social en octubre de 1993.

Adaptación Social, Ministerio de Justicia. En lo que a nosotros interesa destacar señalamos:

a. El objetivo de la ejecución de la sanción penal es la integración de la persona a la sociedad, a través de todas las acciones sociales que puedan desplegarse y favoreciendo sus capacidades. Esto pretende lograrse a través de la atención de las necesidades fundamentales del privado de libertad; dándole la oportunidad de que participe en la elaboración de su propio plan de atención y coordinando estrechamente la ejecución de ese plan con las comunidades. (Art. 5). Esta misma idea se reitera posteriormente, cuando se habla de la asistencia para el egreso de la persona que ha sido privada de libertad, donde se propone que la institución facilite un trabajo que le permita al egresado disminuir los efectos negativos de la cárcel en dirección a su reinserción social (Art. 68). En el caso de este Proyecto se retoma entonces, con mayor claridad, el fin resocializador de la pena, pero por supuesto que se están abandonado definitivamente los conceptos tradicionales del progresivismo y la ideología del tratamiento. Nótese que se pone énfasis en dos aspectos totalmente novedosos, la posibilidad de que el "plan de atención" sea el resultado de propuestas conjuntas entre la institución y el penado o penada y se propone darle a la comunidad un papel de primer orden en el proceso resocializador.

b. Se mantiene la posibilidad de que la persona privada de libertad descuente parte de la pena de prisión y multa por trabajo realizado, sea para instituciones públicas o empresas privadas. El cálculo de ese descuento sigue siendo el mismo que prevé el artículo 55 del Código Penal vigente, a saber, un día de trabajo equivale a un día de multa y dos días de trabajo significan un día de prisión descontado. (Art. 9). El hecho de no introducir cambios en las pautas del descuento por trabajo, pareciera fruto de los resultados positivos que la experiencia penitenciaria han impuesto.

c. Con respecto a las autoridades encargadas de la ejecución penal se menciona a *la administración*

penitenciaria —en primer lugar— y luego a *los jueces de ejecución penal*. Se confirma lo que ya anuncia el Proyecto de reforma al Código Penal en el sentido de que se elimina la intervención del juez sentenciador en esta etapa de ejecución. (Arts. 10 y 14). Por una parte, la legalidad de esa etapa va a estar vigilada y garantizada por ese juez ejecutor —orgánicamente integrado al Poder Judicial—, con lo que se procura no dejar en la instancia meramente administrativa toda la ejecución de la pena y, por otra, es obvio que esta transformación requerirá la creación de varios jueces ejecutores que puedan cubrir, convenientemente, a toda la población penitenciaria del país.

d. Con respecto a los principios rectores de la ejecución de la pena de prisión creemos conveniente, para su comentario posterior, transcribir el artículo 21 del Proyecto en análisis.

“Artículo 21. Configuración de la Vida en Prisión:

La vida en prisión se asemejará en cuanto sea posible a la vida libre. No se admitirán otras restricciones a la libertad del penado que las directas e inevitablemente inherentes a la privación de libertad y que se entenderán siempre en sentido restrictivo. En toda circunstancia se procurará neutralizar los efectos negativos o deteriorantes de la prisión”.

Tenemos el criterio de que un enunciado como el anterior es fundamentalmente la expresión de una noble aspiración, pero la realidad es que el encierro puede asemejarse muy poco a la vida en libertad. La prisión va a implicar siempre restricciones de tal envergadura que deja muy poco espacio para el ejercicio de las capacidades y posibilidades de un ser humano. No deja de ser realista la última frase de este artículo y personalmente creemos que es lo único alcanzable con respecto a la prisión, a saber, disminuir en lo posible sus rigores.

e. Respecto a la organización, funcionamiento y competencias, el Proyecto no hace sino recoger y legalizar la estructura que funciona ya en la práctica. El Sistema Penitenciario, bajo la Dirección General de Adaptación Social, establece *tres Niveles de Atención: Institucional* (para la población que debe estar encerrada), *Semi-*

institucional (para las personas que pueden estar en establecimientos sin contención física y con alternativas laborales y otras en libertad) y el *Nivel comunitario* (para la población penada que ya está totalmente inmersa en la sociedad y funciona bajo el presupuesto de total confianza). Cada uno de estos niveles conoce tres fases: la de *Ingreso*, la de *Acompañamiento o Seguimiento del Plan de Atención* y la de *Egreso*. El proceso de “atención” se lleva a cabo a través de la detección de las necesidades del penado o penada, la elaboración conjunta de su “plan de atención” y el seguimiento del mismo, según distintas áreas que el Proyecto deja totalmente abiertas, pero que en la práctica tienen que ver con salud, educación, trabajo, drogodependencia, convivencia, asistencia jurídica, etc. Los centros de los niveles institucional y semi-institucional cuentan con un director general, un subdirector (cuando sea necesario), un administrador, un responsable de cada una de las áreas establecidas y un responsable de cada ámbito de convivencia (también dependiendo de su necesidad). El organigrama se complementa con los llamados *Organos Colegiados*: los Consejos de Análisis, integrados por todos los jefes de cada centro, son los responsables administrativos y los que fijan las políticas generales; los Consejos Técnicos, también integrados por la jerarquía de cada centro institucional o semi-institucional son los que vigilan el proceso técnico, lo coordinan y toman las decisiones necesarias para su buen funcionamiento; y los Consejos de Valoración, integrados por el director del centro y los responsables de ámbitos de convivencia y áreas que se encargan de la valoración permanente de los planes de atención de cada penado. (Arts. 22 a 36).

f. Tal y como ya lo ha autorizado la Jurisprudencia Constitucional, *los privados de libertad son ubicados en el nivel o etapa del sistema penitenciario que los órganos competentes definan de conformidad con las pautas legales establecidas*. Pueden ser reubicados, según lo que establece este Proyecto, cuando por razones de seguridad lo pida el propio penado, cuando se quieran evitar posibles agresiones o por simples razones de seguridad y orden. (Art. 40).

g. Respecto de la ejecución de las restantes penas previstas en el Proyecto de Reforma al Código Penal, esta Ley de Ejecución estipula que esas otras formas sancionatorias están sometidas al control judicial, sea de los jueces sentenciadores o de los jueces de ejecución penal, según el caso. En el supuesto de incumplimiento de las condiciones o sanciones alternativas, el juez de ejecución puede proceder a las modificaciones que sean necesarias. (Arts. 89 y 90). Lo que este Proyecto hace en cada una de las penas alternativas es precisar su ejecución y dar las pautas que aseguren su cumplimiento.

h. Al testimonio de sentencia de Multa se le confiere su calidad de *título ejecutivo* y las consecuencias que de ello se derivan. (Arts. 91 y siguientes). En los supuestos de *Inhabilitación e Interdicción* se establece el deber de vigilancia del juez executor según sea la actividad prohibida, autorizándose el uso de la fuerza pública en caso necesario. (Arts. 95 y siguientes). En cuanto a la condena a *Prestación de Trabajo de Utilidad Pública* se autoriza al juez executor a establecer las condiciones de horario, lugar y naturaleza del trabajo con los controles del caso. (Arts. 98 y siguientes). Para la *Limitación y Prohibición de Residencia* se establece que es el juez sentenciador el que lo define; caso contrario, podrá hacerlo el juez de la ejecución. Se señala que el control de este tipo de sanciones se asegurará a través de un "inspector de prueba". (Arts. 102 y 103). El *Arresto Domiciliario* también habrá de ser controlado por el personal auxiliar del juez de ejecución penal, debiéndose respetar ciertos ámbitos de la intimidad del penado y prohibiéndose los dispositivos de control mecánicos y electrónicos. (Arts. 104 y 105). Si la persona ha sido sentenciada a *Cumplimiento de Instrucciones*, corresponde al juez de ejecución penal establecer las condiciones concretas en que se dará cumplimiento efectivo a esta penalidad. Se supone que es el juez sentenciador quien define qué tipo de instrucción es la impuesta, pero el Proyecto establece que en ausencia de esa determinación, el mismo juez executor podrá definirla y vigilar su cumplimiento. (Art. 106). Las condiciones específicas en que se hará efectiva la condena a *Multa Reparatoria* son también dejadas en manos del

juez de ejecución penal y tienen que ver con la parte de los ingresos mensuales que el sancionado tendrá que pagar, el tipo de labor productiva en que se desempeñará para hacer frente a su obligación y demás condiciones para el pago. Expresamente se prohíbe que el beneficiario de esta sanción pueda recibir un doble pago por el daño que se le ha causado. (Arts. 107 y 108). Con respecto a la *Amonestación*, el Proyecto supone que su ejecución es inmediata y a cargo del juez sentenciador. Sin embargo, autoriza al juez executor a realizarla si el primero no lo hace. (Art. 109). Finalmente, para el caso de condena de *Caución de No Ofender*, una vez impuesta la sanción por el tribunal sentenciador, el juez de ejecución queda obligado a citar al penado e individualizarle las condiciones en que esa garantía va a ser efectiva. (Art. 110).

5. A manera de conclusión.

a. El sistema jurídico-penal costarricense fue impuesto desde fuera, como efecto de la Conquista y Colonización españolas de nuestro territorio. Como parte de ese mismo fenómeno, los modelos represivo-penales también fueron impuestos y, durante siglos, siguieron las pautas dictadas desde la metrópoli del imperio colonizador.

b. A partir del siglo XVIII, de conformidad con lo dicho y en correspondencia con lo que ocurría en Europa, el encierro o cárcel comienza a ser una de las respuestas sociales más importantes al problema de la criminalidad. En el proceso de sustituir las penas corporales e infamantes, de carácter fundamentalmente retributivo y moral, la prisión comienza a tomar el papel protagónico que tendrá durante mucho tiempo, incluso hasta nuestros días.

c. Pero el encierro, desde su génesis, presentará contradicciones intrínsecas que nunca ha podido resolver. Este fenómeno ha determinado que al lado de la historia de la prisión, se dé la historia paralela de las estrategias para su sustitución o superación. Problemas como la necesidad de encontrar los recursos económicos para crear una red de encierros efectiva y funcional, o bien, la

necesidad de armonizar el encierro con el mercado de trabajo externo, han sido contradicciones del todo insuperables.

d. Históricamente empieza a darse una búsqueda desesperada de alternativas a la cárcel; algunas de carácter procesal como la excarcelación con garantías son de muy vieja data; otras más sustanciales como las penas de destierro, confinamiento, multas, o bien formas más sofisticadas como la composición entre las partes involucradas, la conmutación por servicio militar o trabajo en obras públicas, la simple amonestación judicial, etc., jugaron un papel importante desde la Colonia y en la primera época republicana.

e. Ya para mediados del siglo XIX, con el nacimiento de la República, la ideología que ve en el encierro y en el aprovechamiento de la mano de obra ahí disponible, se consolida como estrategia de control social. La justificación de esta ideología estará desde entonces indisolublemente unida a la idea de la resocialización o, como se dijo entonces, con un contenido más moralista, la "regeneración". El eje de toda política penitenciaria en Costa Rica, aunque muy precario, girará desde entonces alrededor del binomio educación-trabajo.

Está claramente demostrado que en la génesis de la vida republicana nacional, el aprovechamiento de la mano de obra en prisión fue un factor determinante en la apertura de vías de comunicación, de conformidad con los requerimientos de la época, vinculados a la siembra, explotación y exportación del café.

f. Sin embargo, la contraestrategia carcelaria, conforme la institución se fue fortaleciendo, no tarda en volverse a manifestar. Al cambiar las necesidades macroeconómicas, cambian también las formas particulares en que evoluciona la cárcel y las distintas modalidades de encierro para los diferentes sectores sociales afectados por ella. Figuras jurídicas como el Derecho de Gracia, el Perdón (Judicial y del Ofendido), la Amnistía, el Indulto, así como las diferentes formas de conmutaciones (en las que la prisión es sustituida por otras penalidades), son la

nota dominante de todo el período de fortalecimiento del estado nacional. Ya vimos cómo la contradicción propia de la cárcel se establece básicamente entre un discurso oficial que proclama su necesidad, a la vez que señala sus carencias y debilidades, y las alternativas para sustituirla, que se ensayan en la práctica.

g. Para finales del siglo pasado, el impacto del positivismo criminológico no se hace esperar. A las estrategias de encierro, sea en presidios urbanos o aislados, se le agrega la ideología del tratamiento, en el entendido de que el fenómeno delictivo es una especie de enfermedad que los avances médicos de la época pueden curar. Esta ideología del tratamiento caló hondo en Costa Rica y abarca casi ocho décadas de la presente centuria. Su última expresión, el régimen de tratamiento progresivo, tardó aproximadamente tres lustros en demostrar sus debilidades intrínsecas y no es sino hasta en los últimos años que se ha propuesto su superación.

h. Llegada la última década del siglo XX, pareciera que Costa Rica ensaya, por primera vez, un modelo penitenciario fruto de la experiencia de varias generaciones y acorde con las corrientes más modernas en esta materia. Lo meritorio esta vez es que no se trata de un simple calco de ensayos o experiencias foráneas, sino de una interesante síntesis de lo que se ha vivido nacionalmente con ideas y corrientes universalmente renovadoras. Diríamos que el modelo penitenciario costarricense llega así a su mayoría de edad, sobre la base de introducir la ideología del minimalismo penal y penitenciario, sobre la necesidad de retomar un amplio abanico de posibilidades que destronen a la privación de libertad del sitio privilegiado y exclusivo en que ha estado por más de dos siglos y sobre la intuición, finalmente, de que los conflictos sociales, hasta ahora atendidos por el instrumento penal e instituciones estatales aisladas, sean abordados por nuevos mecanismos multidisciplinarios, en los que la comunidad toda ha de jugar el papel principal. Si a esto queremos llamar abolicionismo, diríamos que Costa Rica está encontrando su propia ruta en esa dirección. Tarea clave en este proceso es no retroceder. Los lineamientos dictados por la Sala Constitucional, los programas de

trabajo elaborados por los actores directamente involucrados en la atención del problema penitenciario y los principales proyectos de ley que reforman la parte general del Código y crean una Ley de Ejecución Penal, apuntan a fortalecer un garantismo jurídico indispensable para cualquier proceso de transformación en este campo. Hay que desterrar en definitiva los últimos resabios de los viejos modelos represivos, tanto los de contenido meramente retributivo, como los positivistas-criminológicos que equipararon la criminalidad con una forma de patología, ideas que aún hoy perduran hasta en algunas instancias oficiales.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros y Artículos.

Alfaro, Anastasio; **Arqueología Criminal Americana, Estudio de documentos antiguos hecho en los Archivos Nacionales**; Imprenta de A. Alsina, San José, Costa Rica, 1906.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel; **Acceso a la Justicia y Tutela de los Derechos de los Ciudadanos**; en: Justicia y Desarrollo Democrático en Italia y América Latina; Seminario de Formación e Información; Santo Domingo, República Dominicana; Noviembre-Diciembre 1989; UNICRI, Publ. No. 45, Roma 1992.

Arroyo Muñoz, Guillermo; **Desarrollo Histórico del Sistema Penitenciario Punitivo Costarricense**; Ministerio de Justicia, mimeografiado, San José, 1992.

Artavia Cubero, Pablo Reiner y otros; **El Estudio de la Institución Carcelaria y la Política Penitenciaria del Estado Costarricense**; tesis para optar al grado de Licenciados en Sociología, Universidad de Costa Rica, Departamento de Ciencias Sociales, San José, 1986.

Baratta, Alessandro;

-**Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale**; in: Dei Delitti e delle Pene, 2, 1985; Traducción al español: **Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal**; en: Poder y Control, Revista Hispano-Americana de disciplinas sobre control social; N° 0, Barcelona, 1986.

-**Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe**; in: Kriminologisches Journal, 2-1984; Traducción al español: **Integración-Prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**; en: Doctrina Penal, Año 8, N° 29, Buenos Aires, Enero-Marzo, 1985.

–**Funzioni Strumentali e Funzioni Simboliche del Diritto Penale, Lineamenti di una teoría del bene giuridico**; in: Studi in Memoria di Giovanni Tarello, Vol. II. Milano, 1990.

–**Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal**; en: Nuevo Foro Penal, N° 46, Bogotá, 1989.

–**Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**, Introducción a la sociología jurídico-penal; Editorial Siglo XXI, México-España-Argentina-Colombia, 1986.

–**Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad**; en: Nuevo Foro Penal; Editorial Temis, Año IV, No. 15, Julio-Setiembre 1982, Bogotá.

–**Principios de Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)**; en: Doctrina Penal No. 40; Ediciones Depalma, Buenos Aires, Octubre-Noviembre 1987.

Becker, H. **Outsiders**, Free Press, New York, 1963; Traducción al español de J. Tubert, **Los Extraños**, Tiempos Contemporáneos, Buenos Aires, 1971.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; **Sobre la Función Simbólica de la legislación penal antiterrorista española**; en: Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena, N° 1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

Binding, Karl; **Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil**; Scientia Verlag Aalens; Darmstadt, 1975 (Neudruck der 8. Aufgabe, Leipzig, 1913).

Bustos Ramírez, Juan;

–**Manual de Derecho Penal, Parte General**, Ariel Derecho; Barcelona, 1989.

–**Necesidad de la Pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente**; en: Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena, N° 1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; Zaffaroni, Eugenio Raúl; **El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe**; Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; San José, Costa Rica, 1983.

Carranza, Elías; Houed, Mario; Liverpool, Nicholas; Mora, Luis Paulino; Rodríguez Manzanera, Luis; **Sistemas Penitenciarios y Alternativas en América Latina y el Caribe**; Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; mimeografiado, San José, sin fecha.

Carranza, Elías; **Situación y Perspectivas Penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de Alternativas a la prisión**; en: El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza; Orlando Cárdenas Editor S.A. México, 1991.

Carrara, Francesco; **Programma, Parte Genenale**, Vol. II., Tipografia Giusti, Lucca, 1877.

Chistie, Niels; **Limits to Pain**; Universitetsforlaget, Oslo, 1981; traducción al español: **Los límites del dolor**; Fondo de Cultura Económico, México, 1984.

Edwards, Susana; **La función simbólica del Derecho penal: violencia doméstica**; en: Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena, N° 1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

Facio Fernández, Tatiana y Domínguez Lostalo, Juan Carlos.; **Política y Burocracia, Administración de Justicia**; Edición Nueva Década, San José, 1984.

Ferrajoli, Luis;

–**El Derecho Penal Mínimo;** en: Poder y Control N° O, Barcelona, 1986.

–**Diritto e Razione, Teoria del garantismo penale,** Editori Laterza, 1990.

Foucault, Michel; **Vigilar y Castigar,** Nacimiento de la Prisión; Editorial Siglo XXI; México–España–Argentina–Colombia, 1984.

González Alvarez, Daniel y Garita Vilchez, Ana Isabel; **La Multa en los Códigos Penales Latinoamericanos;** Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas Para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

González Valverde, Ana Lorena; **Origen de las leyes contra la vagancia en Europa Precapitalista. Su incursión en el precapitalismo periférico. El caso de Costa Rica (1821–1841);** tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1985;

Granados Chaverri, Mónica;

–**Bases Históricas para la Construcción de una Teoría Político–Económica de la Pena en la Costa Rica del siglo XIX;** tesis para optar al grado de Maestría en Criminología; Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1986.

–**La Historia como Rescate de una Identidad Despedazada: Interpretación Histórica de los Sistemas Punitivos de la Costa Rica del Siglo XIX;** en: El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza; Orlando Cárdenas Editor S.A. México, 1991.

Hassemer, Winfried;

–**Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht;** in: Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften? c.f. Müller, Heidelberg, 1983.

–**Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos;** en: Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena; N° 1, Setiembre–Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

–**Einführung in die Grundlagen des Strafrechts,** München, 1981; Traducido al español por Arroyo Zapatero y Muñoz Conde: **Fundamentos de Derecho Penal;** Bosch, Casa Editorial, S.A.; Barcelona, 1984.

–**Prevención en el Derecho Penal;** en: Poder y Control, N° O –Barcelona, 1986.

Hegel, G.W.F.; **Die Philosophie Des Rechts, Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19);** Verlagsdruck Gerlingen, Stuttgart, 1983

Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline; **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa;** Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984.

Jinesta, Ricardo; **La Evolución Penitenciaria en Costa Rica;** Imprenta Falcó Hermanos, San José, Costa Rica, 1940.

Jacobs, Gunther;

–**Schuld und Prävention;** Mohr, Tübingen, 1976.

–**Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre;** De Gryter, Berlin–New York, 1983.

Kant, Immanuel; **Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie; Die Metaphysik der Sitten;**

Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.

Kaufman, Armin; **Die Aufgabe des Strafrechts**; in: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert; Carl Heymans Verlag; KG-Köln-Berlin-Bonn-München, 1982.

Kaiser, G.; Kerner, H.J.; Sack, F.; Schellhoss, H.; Kleines Kriminologische Wörterbuch; C.F., Müller Juristischen Verlag, Heidelberg, 1993.

Larrauri, Elena;

-**Abolicionismo del Derecho Penal: Las propuestas del movimiento abolicionista**; en: Control y Poder, N° 3, Barcelona, 1987.

-**La Herencia de la Criminología Crítica**, Siglo Veintiuno de España Editores S.A., Madrid, 1991.

Liszt, Franz von; **Tratado de Derecho Penal**; Traducido al español de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, con adiciones de A. Saldaña, 3 tomos, 2ª edición, Madrid, 1927.

Martínez Sánchez, Mauricio;

-**Qué Pasa en la Criminología Crítica?**, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

-**La Abolición del Sistema Penal; Inconvenientes en Latinoamérica**; Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

Mathiesen, Thomas; **The Politics of Abolition**; Martin Robertson Ed.; London, 1974.

Melossi, Dario;

-**Ideología y Derecho Penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?**; en Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena, N° 1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

Melossi, Dario y Pavarini, Massimo; **Cárcel y Fábrica, los Orígenes del Sistema Penitenciario (siglos XVI-XIX)**, Siglo XXI Editores, S.A., México-España-Argentina-Colombia, 1985.

Ministerio de Justicia; Abarca, Domingo; Sánchez Alexis y Vindas, Alexis; **Panel: del Presente al Futuro del Sistema Penitenciario**, Memoria Mimeografiada, San José, sin fecha.

Ministerio de Justicia; autores varios; **Síntesis sobre los vínculos del desarrollo punitivo costarricense y el desarrollo socioeconómico de nuestro país**; mimeografiado, San José, sin fecha.

Ministerio de Justicia, Consejo Técnico Nacional; **Plan de Desarrollo Institucional**, mimeografiado, San José, 1992.

Ministerio de Justicia, **Diagnóstico del Centro Penitenciario "La Reforma" (Libro Negro)**, mimeografiado, San José, 1989.

Ministerio de Justicia, **Diagnóstico de Centro Penitenciario "El Buen Pastor"**, mimeografiado, San José, 1989.

Ministerio de Justicia y Gracia, Sistema Penitenciario Nacional; **Jurisprudencia Constitucional**, mimeografiado, San José, 1990-1991.

Ministerio de Justicia; **Marco Referencial**, mimeografiado, sin fecha.

Ministerio de Justicia, Instituto Nacional de Criminología; **Perspectiva del Proceso de Atención Técnica en el Sistema Penitenciario Implantado en Setiembre y Octubre de 1990**, mimeografiado, 2 de noviembre de 1990.

Ministerio de Justicia, autores varios, **Síntesis sobre los vínculos del desarrollo punitivo costarricense y el desarrollo socioeconómico de nuestro país**,

mimeografiado, San José, sin fecha.

Mir Puig, Santiago; **Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva**; en: Poder y Control N° O, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1986.

Muñoz Gómez, Juan Antonio; **Derecho e Impunidad**; en: Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena, N° 1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

Muñoz Villalobos, Vernor; **Costa Rica: Orígenes de la Represión Penal (1502-1842)**; tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1987.

Naucke, Wolfgang; **Generalprävention und Grundrechte der Person**; in: Hauptprobleme der Generalprävention; Alfred Metzner Verlag; Frankfurt am Main; 1979.

Odio Benito, Elizabeth;

-**La cárcel no regenera sólo estigmatiza**; entrevista por Mariana Lev en La República, 27 de setiembre de 1990.

-**Nueva Experiencia de una Política Criminológica**; en "Perspectivas", Periódico La República, 14 de marzo de 1991.

-**Revisión del Modelo Criminológico**; Foro de La Nación, 1. de mayo de 1991.

Páez Vargas, J.L. y Ulloa Hidalgo, L.R.; **La Pena de Muerte**; tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1985.

Paul, Wolf;

-**Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena**; en Poder y Control, N° O - Barcelona, 1986.

-**Megacriminalidad Ecológica y Derecho Ambiental Simbólico**; en: Pena y Estado, Función simbólica de la pena, N°1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1991.

Pavarini, Massimo; **El Sistema del Derecho Penal entre el Abolicionismo y el Reduccionismo**; en: Poder y Control, Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, No. 1, Publicaciones Universidad de Barcelona, 1987.

Pérez Manzano, Mercedes; **Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**; Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid; Madrid, 1990.

Pérez Pinzón, Alvaro; **Curso de Criminología**; Editorial Temis, S.A.; Bogotá, Colombia, 1986.

Sancha Mata, Víctor; **Entrevista con Alessandro Baratta**; Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, No. 241, Madrid, 1990.

Rodríguez Echeverría, Gerardo; **Sistema Progresivo en el Tratamiento Penitenciario**; en: Sistema de Tratamiento y Capacitación Penitenciarias; Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, San José, Costa Rica, 1978.

Rüsche, Georg und Kirchheimer, Otto; **Sozialstruktur und Strafvollzug**; Europäische Verlagsanstalt; Frankfurt a.M.-Köln, 1974.

Sánchez Romero, Cecilia y Houed Vega, Mario; **La Abolición del Sistema Penal, Perspectivas de**

solución a la violencia institucionalizada; Editec Editores, S.A., San José, 1992.

Sandoval Huertas, Emiro; **La Región más Oscura y Transparente del Poder Estatal: la Disciplina Carcelaria**; en: Sistema, Revista de Ciencias Sociales, Colombia, No. 60-61, junio de 1984.

Seelmann, Kurt; **Hegels Strafrecht in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts**; in: Juristische Schulung; Verlag C.H. München und Frankfurt; 19. Jahrgang, 1979.

Terradillos Bacoso, Juan.; **Función Simbólica y Objeto de Protección del Derecho penal**; en: Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena, N° 1, Setiembre-Diciembre, 1991; Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991.

Uit Beijerse, Jolande; Van Swaaningen, René; **El Control Social como Política Estatal: Moralismo Pragmático con Déficit Estructural, La falacia de la prevención del delito en los Países Bajos**; Traducido por Damián Zaith; Erasmus Universiteit Rotterdam, mimeografiado, sin fecha.

Van Swaaningen, René.; Uit Beijerse, Jolande; **Las Paradojas en la Reforma Penal, El Debate sobre la Despenalización y las Sanciones Alternativas en los Países Bajos**; Traducido por Damián Zaith; Erasmus universiteit Rotterdam, mimeografiado, sin fecha.

Viquez Jiménez, Mario Alberto; **La Prisión, posición y función en la sociedad costarricense**; tesis para optar al grado de Maestría, Instituto de Formación Profesional, México, 1982.

Zaffaroni, Eugenio Raúl;

-En Busca de las Penas Perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal; Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1989.

-Sistema Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final); Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

II. Conferencias y Entrevistas.

Arguedas, Luis Bernardo; coordinador Nivel de Atención Institucional, Dirección General de Adaptación Social, conferencia impartida en **Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia**, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

Baratta, Alesandro; entrevista personal, Universidad de Saarlandes, Saarbrücken, RFA, agosto de 1993.

Córdoba, Cecilia; coordinadora del Nivel de Atención en Comunidad, Dirección General de Adaptación Social, conferencia impartida en **Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia**, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

Facio Fernández, Tatiana; entrevista personal, Ministerio de Justicia, San José, noviembre de 1990.

Hassemer, Winfried; entrevista personal efectuada en Frankfurt a.M., el 27 de julio de 1993.

Hulsman, Louck; entrevista personal hecha por el autor en Dordrecht, Holanda, 16 de julio de 1993.

Larrauri, Elena; entrevista personal realizada por el autor en Frankfurt a.M., 27 de julio de 1993.

Meza Solís, Gerardo; coordinador Nivel de Atención Semi-institucional, Dirección General de Adaptación Social, conferencia dictada en **Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia**, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

Müller-Dietz, Heinz; entrevista realizada personalmente en Sulzburg, 5 de agosto de 1993.

Venegas, Oscar; coordinador Nivel de Atención a Niños y Adolescentes, Dirección General de Adaptación Social, conferencia impartida en **Proyecto Capacitación Conjunta Poder Judicial-Ministerio de Justicia**, Puntarenas, 27-29 de octubre de 1993.

III. Leyes y Decretos.

Asamblea Legislativa de Costa Rica; **Código Penal, Ley No. 4573 de 30 de abril de 1971**; Librería, Imprenta y Litografía Lehmann, S.A.; San José, 1975.

Anteproyecto de Ley de Ejecución Penal, Consejo Técnico Institucional, Dirección General de Adaptación Social, Ministerio de Justicia, mimeografiado, San José, noviembre de 1993.

Código Penal, Ley No. 4573 de 30 de abril de 1971. **Acta de Principios Penitenciarios, Holanda** (1951).

Código Penal Alemán; promulgado el 2 de enero de 1975. (**Strafgesetzbuch -StGB-**, In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1975 (BGB1. I S. 1). Diese Fassung gilt mit Wirkung vom 1.1.1975).

Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, **Código Penal de 1924**, Imprenta, Librería y Encuadernación Trejos Hnos., San José, Costa Rica.

Costa Rica, **Código General de la República de Costa Rica**, Imprenta de Wynhoop, Hallenbeck y Thomas, 13, FUL, New York, 1858.

Decreto Ejecutivo No. 22139-J del 26 de febrero de 1993; **"Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad"**, publicado en La Gaceta No. 103 del 31 de mayo de 1993.

Decreto Ejecutivo No. 22198-J del 22 de febrero de 1993; **"Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social"**, publicado en La Gaceta No. 104 del 1. de junio de 1993.

Ley de la Dirección General de Adaptación Social (No. 4762 del 8 de mayo de 1971).

Ley promulgada el 16 de marzo de 1976. (**Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Greiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung Strafvollzugsgesetz -StVollzG-**, Vom 16. März 1976 (BGB1. I S. 581, ber. S. 2088).

Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación de las Indias, dadas por Felipe II el 13 de julio de 1573, Madrid, Ministerio de Vivienda, Secretaría de Publicaciones, 1973.

Proyecto de Reforma al Código Penal, Corte Suprema de Justicia, mimeografiado, San José, 1993.

Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias; Madrid, Consejo de la Hispanidad, 1791.

Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma"; Ministerio de Gobernación y Justicia, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1977.

Reglamento Orgánico del Consejo de Defensa Social (Decreto No. 5 del 31 de enero de 1962).

República de Costa Rica, Gran Consejo Nacional, **Código Penal, 27 de abril de 1880**, Primera Edición, Imprenta Nacional, Calle La Merced, San José.

IMPRESO POR GRAFICA BRENES
TELEFAX: 254-8357
APARTADO: 159-1300
SAN JOSE COSTA RICA