

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
DIRECCIÓN DE POSTGRADO
Y RELACIONES INTERNACIONALES.

**“DE LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR PENAS
ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD”**

**TESIS EN OPCION AL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL**

Maestrante: Gustavo Camacho Pérez.

LA PAZ - BOLIVIA
2002

Al presentar esta Tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Penal de la Universidad Mayor de San Andrés, autorizo al Centro de Estudios de Post Grado e Investigación o a la Biblioteca de la Universidad, para que se haga de esta Tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Asimismo manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo, dentro del Reglamento de Ciencia y Tecnología, siempre y cuando esta utilización no suponga ganancia económica, ni potencial.

También cedo a la Universidad Mayor de San Andrés los derechos de publicación de esta tesis, o parte de ella, manteniendo mis derechos de autor, hasta un período de 30 meses después de su aprobación.

Gustavo Camacho Pérez.

La Paz, mayo de 2002.

INDICE GENERAL

PROLOGO DEDICATORIA INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEORICO DOCTRINAL Y CONCEPTUAL.

1. RELACION ENTRE SISTEMA PENAL, CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL.
2. FUNDAMENTO Y LEGITIMACIÓN DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.
3. PRINCIPIOS GENERALES QUE LIMITAN LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.
4. DERECHO PENAL MINIMO.
5. FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO PENAL.
6. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA NORMA PENAL.
 - 6.1. EL DELITO.- Antecedente necesario de la pena y medio de criminalización.
 - 6.2. LA PENA: Consecuencia necesaria del delito, y contenido del sistema y del derecho penal.
 - 6.2.1. Concepto y breves antecedentes.
 - 6.2.2. Caracteres de la pena.
 - 6.2.3. Fines de la Pena
 - 6.2.3.1. Prevención Colectiva o General.
 - 6.2.3.2. Prevención Especial.
 - 6.2.4. Fundamentos de la pena: Teorías.
 - 6.2.4.1. Teorías Absolutas.
 - 6.2.4.2. Teorías Relativas
 - 6.2.4.3. Teorías Mixtas o unitarias.

7. RELACION ENTRE PREVENCIÓN GENERAL, APLICACIÓN DE LA PENA Y PREVENCIÓN ESPECIAL.

CAPITULO SEGUNDO

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.
2. ANÁLISIS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN BOLIVIA.
 - 2.1. NOTAS HISTORICAS DEL CASO BOLIVIANO.
 - 2.2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD CONSIGNADAS EN EL CODIGO PENAL BOLIVIANO.

CAPITULO TERCERO

RELACION ENTRE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD Y PREVENCIÓN ESPECIAL

CAPITULO CUARTO

ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS DELITOS DE MENOR GRAVEDAD

CAPITULO QUINTO

SITUACIÓN Y LEGISLACIÓN COMPARADAS

1. SITUACIÓN CARCELARIA EN AMERICA LATINA.

2. LEGISLACIÓN COMPARADA EN AMERICA LATINA, EL CARIBE Y ESPAÑA.

- 2.1. ARGENTINA
- 2.2. COLOMBIA
- 2.3. CUBA
- 2.4. ECUADOR
- 2.5. EL SALVADOR
- 2.6. ESPAÑA.
- 2.7. PUERTO RICO
- 2.8. PERU
- 2.9. VENEZUELA

CAPITULO SEXTO

- 1. **CONCLUSIONES.**
- 2. **PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES.**
- 3. **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

PROLOGO

Constituye para mi un verdadero halago, presentar a los examinantes de esta tesis la obra del Lic. Gustavo Camacho Pérez, alumno mío que fue de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés y ahora destacado Catedrático de nuestra ilustre universidad estatal.

Gustavo Camacho Pérez presenta bajo el título de “De la necesidad de implementar penas alternativas a la pena privativa de libertad en delitos de menor gravedad” una tesis importante de argumentaciones contemporáneas del Derecho Penal que apuntalan la necesidad de una reforma penal profunda en beneficio de toda la sociedad y en especial de las clases más desposeídas de nuestro país.

Considero que para obtener y presentar el material ha frecuentado las obras de mayor predicamento científico penal y criminológico de profesores de la talla de Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni, Santiago Mir Puig, Mercedes Pérez Manzano, Juan Carlos Carbonell, y otros muy destacados, los cuales avalan con sus consideraciones y citas, la hipótesis demostrada por el postulante.

Difícilmente se cumple si no es a condición de poseer una aptitud comprobada para ello como la que exhibe mi dilecto discípulo y amigo, quien ha cumplido labores de enseñanza y ha ejercido honrosamente la abogacía, actuaciones todas que han formado en él una personalidad intelectual excepcional.

La presente tesis es fruto de una mente joven pero intensamente trabajada por las propias exigencias, que son para los hombres escogidos, perentorias e insobornables. Y por ser ello así, saludamos a Gustavo Camacho Pérez y esperamos que su esfuerzo se vea ampliamente compensado.

ROLANDO COSTA ARDUZ

DEDICATORIA.

A nuestra Autónoma Universidad Mayor de San Andrés, de la que tengo aún el privilegio de ser alumno e inmerecidamente profesor, por brindarme la oportunidad de transmitir, con plena libertad de cátedra, mis modestos conocimientos, y en especial, por otorgarme el enorme goce de aprender.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo tiene por objeto demostrar que las penas privativas de libertad en los delitos de menor gravedad, constituyen inicialmente un verdadero contrasentido a la garantía de libertad prevista en el marco del Estado de Derecho. Garantía que se halla privilegiada por constituir el máximo valor supremo establecido y que siendo su razón de ser, no puede ni debe contraponerse y aún menos vulnerarse con el establecimiento de penas privativas de libertad, cortas como ineficaces, en delitos de menor gravedad que protegen bienes jurídicamente tutelados de poca o escasa relevancia constitucional.

Que en el contexto anotado, las penas privativas de libertad, vienen a traslucir un Derecho Penal demasiado amplio contradiciendo el principio de Derecho Penal Mínimo que apuntala las corrientes innovadoras del Derecho Penal contemporáneo.

Como corolario a este concepto doctrinal y teórico, que éstas son nocivas, por cuanto no permiten la mínima posibilidad de una supuesta resocialización de la persona condenada y que en el caso particular boliviano, las penas privativas de libertad al no brindar un principio mínimo de prevención especial penal, tampoco ejercen, no pueden hacerlo, la prevención general que se pretende, por cuanto al no aplicarse, viene a constituir un simple enunciado legal y formal del Código Penal Boliviano, por cuya inoperancia el ciudadano no siente la pretendida seguridad jurídica que se busca con el Control Social formalizado que plantea el Sistema Penal.

A su vez que, la legislación penal boliviana, tanto sustantiva como adjetivamente, si bien prevé penas menores en delitos de escasa relevancia social y aún penas no privativas de libertad, salidas alternativas con criterios de oportunidad, éstas no tienen fundamento ni sustrato en la realidad, pues siendo inviables por el elevado costo operacional en el sistema son ineficaces como inadecuadas.

El objeto de investigación se circunscribe temporalmente a los últimos cuatro años, espacialmente a la ciudad de La Paz, no considerándose el área rural, y normativamente, al análisis de los preceptos contenidos en el Código Penal Boliviano y a su naciente procedimiento.

A manera de introducción, también problematizar, el hecho de que la norma penal boliviana prevé un distingo entre las penas privativas de libertad, en función de la mayor o menor gravedad, entre penas de presidio y de reclusión. Doctrinalmente, como sabemos, se hace esta diferenciación en función del Derecho Penitenciario y del supuesto tratamiento a seguirse, diferencia que en los centros carcelarios de la ciudad de La Paz de nada sirve, pues en la población carcelaria los condenados y aún aquellos que se hallan detenidos preventivamente están todos en el mismo centro penitenciario.

A su vez y en referencia a lo anterior, y a que no obstante que el legislador establece legalmente el tipo de pena privativa de libertad para cada delito, existen tipos que no cuentan con la expresa disposición, ampliándose el margen discrecional del juzgador, por otra normativa, como si éste fuese legislador, a fin de que éste atendiendo la mayor o menor gravedad, establezca si se tratará de presidio o reclusión, en franca arremetida contra el principio que establece la legalidad de las penas.

Por expresa disposición legal, en Bolivia, el presidio tiene duración de uno a treinta años, y la reclusión de un mes a ocho años, estas dos clases de penas privativas de libertad son aplicables a la mayoría de los tipos penales, salvando algunas excepciones como ser la prestación de trabajo y la multa, únicas penas alternativas a la privativa de libertad que se prevé y que no se aplican, sea porque no existen los medios estatales para ejecutarlas, sea porque los operadores de justicia no las llegan a aplicar por ausencia de acciones sobre esos tipos, sea por muchas razones, no llegan a ser aplicadas. En flagrante contradicción además, el propio Código Penal Boliviano en otra normativa, deroga tácitamente la pena de prestación de trabajo al derogar su forma de aplicación ante la total paradoja que los tipos penales la contemplan.

Esos parámetros temporales anteriormente enunciados, atendiendo a circunstancias valorativas generales y especiales, son atenuados por disposiciones legales que reducen la penalidad hasta los mínimos legales, a un año para el presidio y a un mes para la reclusión, y que en ambos casos no sustenta un derecho legítimo de represión por el Estado en función, se dice, de resocialización o de garantía de coexistencia humana.

Como derecho de gracia, la legislación boliviana prevé también la Suspensión Condicional de la pena y el Perdón Judicial, exigiéndose en el primer caso que la pena privativa de libertad impuesta no exceda de tres años, y en el caso del perdón judicial, que la sanción no sea mayor a un año, es decir, se tratan de delitos que no revisten gravedad y cuyos agentes no son peligrosos socialmente como exige lo preceptuado por las normas, en cuyos casos la contradicción con el Derecho Penal Mínimo se ahonda aún mas.

En el caso de la detención preventiva, nuestro ordenamiento procesal prevé que ésta solo procede en casos cuya pena que se espera en el máximo legal exceda de tres años. Hecho que se traduce que en los casos de delitos de menor gravedad ésta no sea aplicable, siendo únicamente sancionado a penar el agente infractor de la norma cuando ha sido condenado, habilitándose hacia la Suspensión Condicional de la pena que exige, como se habría manifestado, que ésta no exceda de tres años también, debido a lo cual, se pena formalmente, con fines exclusivamente de prevención general, y que al no ser efectiva la sanción en los delitos de menor gravedad, provoca ineludiblemente que la ciudadanía toda, no crea en el sistema penal.

Si bien existen condenas de dos, tres años, sabemos también que estas sanciones cortas no cumplen con los fines preventivo especiales, hecho que también demuestra que éstas son únicamente prevención general pura, y de modo alguno especial penal, por tanto, arbitrariedad e irracionalidad penal.

Por cierto, durante la sustanciación del proceso penal en Bolivia, en delitos de menor gravedad, siendo improcedente la detención preventiva, y existiendo riesgo de fuga o de obstaculización del procedimiento, se aplican medidas sustitutivas como: la detención domiciliaria, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad jurisdiccional, prohibición de salir del país, de concurrir a determinados lugares, de comunicarse con ciertas personas y fianza juratoria. La implantación de estas medidas sustitutivas, pretende hacer efectivo el proceso, proceso que dada la condena, posibilitará hacia la suspensión condicional de la pena o el perdón judicial como se habría ya manifestado, hecho que crea descrédito en la justicia, pues las penas que estando previstas son inaplicables o son fácilmente eludibles crea desconciertos, desmoralización y sinsabores a quien pretende que sean aplicadas. Una pena es eficaz, cuando es posible de ejecución y cumplimiento.

Por todo lo anterior, y en especial por la realidad penal, procesal y penitenciaria actual en Bolivia, planteamos como tesis del presente trabajo, la urgente necesidad de implementar penas alternativas a las penas privativas de libertad en delitos de menor gravedad.

Habrá de considerarse justamente para ello, la inexistente aplicación de penas privativas de libertad en delitos de menor gravedad, en descrédito del sistema penal boliviano y la mentada seguridad jurídica, y la carente resocialización del reo en éste tipo de delitos, cuyas penas por ser cortas, son ineficaces.

El método a aplicarse será esencialmente el deductivo, instrumento valioso de las ciencias sociales, que nos permitirá, a través de sus razonamientos silogísticos establecer con claridad meridiana, las conclusiones a las que pretendemos arribar, sin menospreciar, obviamente, por tratarse de una investigación de carácter jurídico penal, el método jurídico, previendo porque las construcciones sistemático legales, sean concordantes con el método teleológico con el que sus enunciados guardarán estrecha relación.

**CAPITULO PRIMERO
MARCO TEORICO DOCTRINAL
Y CONCEPTUAL.**

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEORICO DOCTRINAL Y CONCEPTUAL.

1. SISTEMA PENAL, CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL

No cabe duda que toda sociedad contiene una estructura de poder: clases dominantes y dominadas para unos, grupos cercanos o marginados al poder para otros, teorías que diferencian a estos grupos humanos según la relación que guardan los mismos con los centros de decisión.

Conforme a esta estructura de poder, se controla socialmente la conducta de los hombres, control que se ejerce sobre ambos grupos, bajo el Estado de Derecho, pero que revisten sus diferencias.

Los conflictos entre estos grupos se resuelven mediante el control social formal y el control social informal, es decir, a partir de instituciones o de manera difusa, respectivamente. Es de manera difusa si se conduce mediante los medios masivos, familia, prejuicios, normas morales, ideas religiosas, etc., mas cuando se lo ejerce mediante instituciones como la escuela, los tribunales, etc. se habla de control social institucionalizado o formalizado, y que aún goza de una diferencia más, o es punitivo o no lo es.

El control social, como vemos, se vale de medios difusos y de medios formales específicos y explícitos, como viene a ser justamente el sistema penal, de ahí que el sistema penal sea parte del control social institucionalizado punitivo. Dentro de este sistema, el Derecho Penal ocupa un lugar limitado, pero el más significativo, pues se vale de medios coercitivos. Como control social institucionalizado punitivo cuenta con cárceles, tribunales, etc. y agentes que lo hacen funcionar, como son los jueces, fiscales, policías, e incluso los delincuentes y sus víctimas.

Lo vemos claramente explicado por el doctrinario profesor Eugenio Raúl Zaffaroni que a la letra señala: *“Llamamos sistema penal al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones de actuar. Esta es la general idea de Sistema Penal en un sentido limitado, abarcante de la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal.”*¹

¹ ZAFFARORI, Eugenio Raúl. “Manual de Derecho Penal. Pag 30.

2. FUNDAMENTO Y LEGITIMACIÓN DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

El Derecho Penal se distingue de las otras ramas del saber jurídico, por la especial consecuencia que asocia al delito como conducta humana reprochable, la coerción penal, en franca manifestación del poder de los grupos cercanos a éste, que consiste casi exclusivamente en la pena, muy especialmente en la pena privativa de libertad.

Si bien el Derecho todo, busca la seguridad jurídica, el Derecho Penal en especial, la provee mediante la coerción penal. Coerción que se diferencia de la coerción jurídica por cuanto tiene carácter específicamente preventivo, predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo.

La coerción estatal se traduce en la imposición de penas, que constituye el verdadero contenido del Derecho Penal, pues la intervención represiva más grave sobre la libertad, es el instrumento de control social institucionalizado y punitivo con el que mejor cuenta.

Se le atribuye al Estado la potestad de llevar a cabo el ejercicio de la coerción penal, por cuanto el Derecho Penal es eminentemente público y es el Estado a quien corresponde el monopolio de la pena y aún de la prohibición de las conductas, en el fondo, ejerce el poder de la restricción de la libertad.

La libertad es el valor supremo fundamental para el hombre y en función de esta garantía de libertad se establece el Estado de Derecho, de ahí que deba conservarse todo aquello que no la frene ni la perturbe.

Por su parte, el Estado sirve a la libertad, impone coercitivamente el respeto a la libertad ajena, y el que cada uno de los ciudadanos le merece a la misma. De ahí que al tiempo de ejercer el monopolio de la restricción de la libertad: la pena, sea también, el límite exacto de su potestad punitiva. El Derecho Penal obra lícita y legítimamente cuando está en juego la libertad de los otros.

*"En un Estado de Derecho, cualquier poder emana de las normas y éstas, al mismo tiempo que lo otorgan, lo limitan: el poder no puede ir un ápice más allá de hasta donde le permite la norma que lo crea."*²

El Estado crea condiciones que posibilitan esa libertad, en un marco estricto de Derecho al que hace referencia el penalista Juan Carlos Carbonell, bajo principios ya consagrados por el Derecho Penal contemporáneo, principios como el de prohibición de exceso, de necesidad, de adecuación, proporcionalidad y otros, a fin de no cohonestar contradictoria y paradójicamente con penas privativas de libertad que el mismo prevé a través de su normativa.

². CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales", pag. 23.

El jus puniendi o potestad de punir, configurado en el derecho moderno y emergente de la necesidad de reestablecer el orden jurídico penal quebrantado por la arbitrariedad, motiva a que el Estado se erija en juez y no en parte del proceso, desempeñándose a través de los órganos creados por él, para aplicarse una pena legal mediante el debido proceso, sin el cual no es admisible la condena de quien se supone haya quebrantado el orden jurídico preexistente.

Por tanto, el principio de legalidad penal y el de legalidad procesal, sin exclusión de los otros no menos importantes, legitiman y a su vez limitan el jus puniendi.

3. PRINCIPIOS GENERALES QUE LIMITAN LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.

El Estado limita su ingerencia en la libertad, con propósito de adecuación y justicia, toda vez que el derecho a la libertad del que goza el ciudadano solo puede ser vulnerado en aras de salvaguardar las libertades del conjunto de los ciudadanos y solo en la medida estrictamente necesaria.

El principio de prohibición de exceso, o de proporcionalidad en sentido amplio, tiene por expresiones a los principios de proporcionalidad en sentido estricto, al de adecuación y al de necesidad, e inspira a todo el Derecho, pero con mayor énfasis al Penal por ser éste el que actúa restringiendo las libertades del ciudadano.

Siempre velando porque el derecho de sancionar sea legal y legítimo, se tiene el principio de adecuación en cuya función el Derecho Penal a tiempo de imponer una pena, debe tener en cuenta la finalidad que persigue ésta, de ahí que la imposición de la misma debe estar acorde a los fines que persigue. Si en este cometido la pena no tiene finalidad específica que la informe, no debe imponerse. La pena además deberá corresponder cuantitativa y cualitativamente al fin perseguido.

“Exige el denominado principio de adecuación que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico (bien jurídico susceptible de tutela penal) y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. La primera conclusión que cabe obtener de tal aseveración es que la restricción de la libertad y, en consecuencia, la pena, ha de estar adecuada a fines, ha de perseguir algún tipo de finalidad, debiéndose rechazar las denominadas teorías absolutas de la pena, en virtud de las cuales ésta no habría de perseguir ningún fin alguno.”³

³ Ibidem, op cit, pag 199.

El principio de proporcionalidad de la pena, traduce la necesaria equiparación de la pena a la trascendencia de la conducta descrita y realizada. Por tanto, la proporcionalidad debe ser analizada en dos momentos: en el momento de la conminación abstracta y en el momento judicial de la imposición de la pena.

Puesto en peligro o lesionado un bien jurídicamente tutelado, es menester valorar en el concierto axiológico la calidad del mismo y en la medida de su relevancia constitucional, sancionar la conducta reprochable, pues el cotejo: bien jurídico tutelado – conducta, posibilita al Derecho Penal su visión sobre la necesidad de la misma, en la visión abstracta, y pondrá de manifiesto la individualización de la pena en el caso concreto. De ahí que doctrinalmente se señale que solo si la pena es proporcional, es necesaria. Y en palabras de Beccaria, una pena no necesaria sería una pena no justificada y por ello, tiránica.

Siguiendo el análisis anterior, se exige además que la conducta, lesione o ponga en peligro un bien jurídico, porque no se concibe la actuación estatal sin que efectivamente se produzca una puesta en peligro de al menos un bien jurídico, obviamente con valor constitucional para ser protegido por el Derecho Penal, pero además debe tener incidencia directa en la esfera de la libertad ajena.

Este principio de ofensividad, al que hacemos mención, descansa a su vez en la consideración del desvalor de la conducta porque es contraria a la norma. Afirmandose también que la antijuricidad comporta el desvalor propio del resultado, en una palabra, el valor de ofensividad señala que el Estado tiene el derecho de castigar cuando el bien jurídicamente protegido y relevante al Derecho Penal, con valor constitucional, ha sido atacado u ofendido incidiendo en la libertad ajena.

Se hace menester a estas alturas transcribir lo manifestado por varios doctrinarios, sin identificarse al autor, que manifiestan *“En relación al ejercicio del poder punitivo del Estado estos principios cobran un significado capital. Así, en primer lugar, el principio de necesidad reclama que la incriminación de una conductas sea medio imprescindible de la protección de bienes jurídicos y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo que conocemos, respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima”*⁴

4. DERECHO PENAL MINIMO.

Por Derecho Penal Mínimo se entiende aquel Derecho estrictamente necesario para lograr los mínimos ataques a las libertades de los ciudadanos.⁵

⁴ BERDUGO IGNACIO, y otros. “Lecciones de Derecho Penal”, pag 47

⁵ CARBONELL, op cit, pag 194

Esta concepción, que también se denomina teoría ferrajoliana, por el italiano Ferrajoli, su principal propugnador, considera que el Derecho Penal debe intervenir de manera mínima o restringida, casi inexistente en la vida de los ciudadanos, a fin de conseguir para éstos el máximo de libertad.⁶

Esta teoría no considera de modo alguno que no deba existir el Derecho Penal o que se deba prescindir del poder punitivo del Estado, sino y en todo caso, hace referencia a la necesidad de mínima intervención del Estado y solo para proteger los bienes jurídicos estrictamente fundamentales, es decir, de aquellos que tienen valor constitucional. Señala que debe proteger los bienes imprescindibles y evitar la venganza privada, pues esa vendría a ser la medida del jus puniendi, por tanto, sus presupuestos son: protección a los bienes jurídicos más importantes y evitar la venganza privada.

Sin embargo, Ferrajoli, citado por Carbonell, considera que el Derecho Penal Mínimo satisface también los deseos de venganza privada. Cree que con la aplicación de la pena pública se causan menores lesiones a la libertad de las que se producirían sin ella. Asimismo resalta la función de tutela de bienes jurídicos que corresponde al ordenamiento punitivo, piensa que sin él, se producirían más lesiones a los valores e intereses.

“Es esta, ciertamente, una idea antigua, y fue Radbruch el que mejor expresaba que lo ideal no era un Derecho Penal mejor sino algo mejor que el Derecho Penal; esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo; esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.”⁷

Por su parte, se colige que sus notas fundamentales son el carácter fragmentario y el carácter secundario del Derecho Penal:

Fragmentario, por cuanto el Derecho Penal no deberá utilizarse para tutelar cualquier bien, valor o interés, implica que solo deba usarse éste para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos con relevancia constitucional, por cuanto restringe el derecho a la libertad ampliamente consagrado.

Secundario o subsidiario, toda vez que el Derecho Penal debe intervenir únicamente allí donde el resto de los sistemas del ordenamiento jurídico fracasaron en la tutela de los derechos.

De ambas notas esenciales se desprende la necesidad de una reforma penal que prevea una adecuada selección de las conductas que han de ser prohibidas y tipificadas por la ley en consideración a los bienes jurídicos más relevantes para el Derecho todo.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem

Como partidario de la teoría ferrajoliana se adscribe sin mencionarlo el profesor Carbonell que indica *“El Derecho Penal ha de intervenir lo menos posible y siempre al servicio de las libertades. Y piénsese que lo hace negando, en lo que sea imprescindible, la propia libertad, tanto cuando prohíbe hacer algo – la libertad máxima equivaldría a la inexistencia de prohibiciones –, como cuando impone una pena – sea directamente la privación de libertad, sea la restricción de cualquier derecho-. Por consiguiente, la intervención del Derecho Penal afecta siempre a derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso de la física y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos.”*⁸

5. FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal mantiene el sistema social a través de la tutela de los bienes jurídicos según Roxin, bienes que son presupuestos imprescindibles para la existencia en común y que concretan una serie de condiciones valiosas.

Aún el concepto de bien jurídico, introducido en 1834 por Birnbaum, se mantiene como punto central de las discusiones en el campo penal, pues es aquello a que necesariamente esta ordenado y vinculado el Derecho todo.

Para Berdugo y otros doctrinarios, son bienes jurídicos aquellos intereses necesarios para el mantenimiento de un determinado sistema social. Requiriéndose además para ello de un criterio complementario que garantice la orientación hacia el individuo del contenido del bien jurídico a fin de que se evite caer en un desnudo funcionalismo.⁹

A manera de ejemplo podemos decir que la vida, la salud, la integridad corporal, la dignidad, el honor, la libertad, etc., son ineludiblemente bienes jurídicos que referidos a las personas naturales forman parte indiscutible de las propias condiciones del sistema pues posibilitan la vida interactuada de los hombres en el contexto social amén de ser derechos fundamentales reconocidos por el contexto internacional orientados indiscutiblemente hacia el individuo; lo propio con los bienes jurídicos como la administración de Justicia, la fe pública que siendo bienes institucionales permiten no solo el funcionamiento del sistema sino también la tutela del mismo, y a su vez la convivencia pacífica humana; o los bienes jurídicos colectivos como la salud pública, la seguridad común que no están tutelados estrictamente para el funcionamiento del Estado sino en razón de la persona; y aún más los propios bienes de control que no dejando de ser jurídicos sino también específicos permiten su real existencia y particular mantenimiento en el contexto mundial con bienes como la seguridad exterior e interior del Estado del que los ciudadanos somos personas.

⁸ Ibidem, pag. 34.

⁹ BERDUGO, y otros, op. Cit. Pag 6 -16.

***“Las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de tutela de los bienes jurídicos, constituyen el medio para alcanzarla y hacer efectiva, por ende, la tutela del sistema social.”*¹⁰**

De este modo, las normas penales tutelan los bienes jurídicos a través de la pretensión de introducir en los procesos de motivación de los miembros de una comunidad mediante la naturaleza coactiva de la norma, misma que se deriva de su carácter sancionatorio.¹¹

Como vemos, estas consideraciones parten y se resumen en la naturaleza misma del Derecho Penal, Derecho que viene a ser instrumento de control y de dirección social, acorde a las exigencias preventivas que en el campo penal impone el Estado Social y Democrático de Derecho.

Hemos visto como la función del Derecho Penal es la tutela de los bienes jurídicos, pero el hecho no queda aislado, pues a esa función corresponde indisolublemente un fin, mismo que en el particular caso viene dado en el de proteger, amparar, tutelar para proveer a la seguridad jurídica de las personas a fin de que éstas puedan coexistir pacíficamente, así lo deducen Ignacio Berdugo y otros que a la sazón señalan:

***“El conjunto de normas que denominamos Derecho Penal tiene su razón de ser en que constituye un medio imprescindible para posibilitar la vida en comunidad. La utilización del Derecho Penal no es el único medio, ni siquiera el más eficaz, que la sociedad emplea para el mantenimiento de las expectativas de sus miembros, lo que no obsta para afirmar con Mantovani, desde una perspectiva histórico realista, que el Derecho Penal constituye una necesidad irrenunciable, y frente al noble deseo de abolir la coerción entre los hombres y, por lo tanto, el Derecho Penal, su pervivencia aparece como una amarga necesidad para una sociedad necesitada de tutela frente a quienes atentan contra las condiciones básicas de vida individual y colectiva.”*¹²**

De ahí que no podamos aún obviar o erradicar del todo la coerción, se hace necesaria para posibilitar la coexistencia humana, más habrá que delimitarse su imperiosa necesidad en cuanto a los bienes jurídicamente protegidos y en cuanto a las conductas socialmente peligrosas.

6. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA NORMA PENAL.

Como bien sabemos, la norma jurídica tiene dos partes: la hipótesis, supuesto o condición, traducido en el antecedente o hecho necesario, y la consecuencia o disposición, es decir, la relación emergente entre el sujeto activo (facultado a exigir) y el sujeto pasivo (titular de la obligación impuesta por la norma).

¹⁰ Ibidem. pag. 7

¹¹ Ibidem. pag 7

¹² Ibidem. pag 28

Por tanto, la norma establece una relación de deber ser entre un hecho antecedente y un hecho consecuente, y la unión es absolutamente un deber ser. Dado el antecedente, debe ser, o vale, o es legítima, la consecuencia.

A esta relación entre hecho calificado y consecuencia Kelsen la ha venido a llamar imputación, y es plenamente válida para el Derecho Penal, pues, dado el delito, la pena, es su legítima consecuencia.

Siguiendo el razonamiento kelsiano también debemos afirmar que toda norma jurídica es una norma hipotética, pues supedita su ser a una condición, que en el campo penal se traducirá en la exigencia de un comportamiento humano típico, antijurídico y culpable. Materializada la hipótesis en el campo real, la pena viene a completar la norma a fin de que se establezca o reestablezca el derecho.

6.1. DELITO.- Antecedente necesario de la pena y medio de criminalización.

El delito en sí, y su llamada "teoría del delito", no es objeto de estudio de esta investigación, sin embargo, habremos de hacer algunas consideraciones válidas respecto al mismo en el enfoque de su necesaria consecuencia: la pena.

Si bien Mezger se hizo famoso con su concepto dogmático y substancial atinente al delito al señalar que éste es "La acción típicamente antijurídica y culpable"¹³, hubo de partir paradójicamente de su concepción inicial al determinar que "El delito en sentido amplio es el conjunto de presupuestos de la pena". Con ello se refirió enfáticamente al contenido de los elementos sustanciales que contemplan los presupuestos de la coerción.

*"Resulta claro que este concepto jurídico de delito no es tal, sino que es la síntesis de los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado por el poder del sistema penal, para que la agencia judicial responda afirmativamente en cuanto al avance del proceso de criminalización en curso."*¹⁴

*"Es casi un equívoco lingüístico el que llevó a reificar categorías de requisitos en forma tal que se hable de "el" delito, cuando es toda evidencia que el delito no existe, pues ónticamente sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados y jurídicamente sólo existe un conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas que, con buena voluntad pueden llamarse "delitos"."*¹⁵

¹³ MIGUEL HARB, Benjamín. "Derecho Penal-Parte General", pag. 160

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "En busca de las penas perdidas", pag 253.

¹⁵ Ibidem, pag 254.

Sin embargo y no obstante lo anterior, la teoría del delito como construcción dogmática nos proporciona los elementos jurídicos para averiguar si existe o no delito en cada caso concreto, pues lo que habremos de enunciar serán sus caracteres analíticamente obtenidos, formando diversos planos conceptuales, a fin de concluir en la pena como legítima consecuencia sin olvidar que el delito es una unidad ontológica, de la que depende ésta, y no una suma de componentes.

Con ello queremos significar que el delito en su concepción dogmática y substancial nos permite elementalmente concluir o rechazar la pena.

No podemos cerrar este apartado sin antes manifestar que el delito en sí, como manifiesta Zaffaroni, no existe, sino y en todo caso, existen conflictos arbitrariamente seleccionados por el poder del sistema penal, para que los operadores de justicia respondan afirmativamente en cuanto al avance del proceso de criminalización en curso, pues a partir de la pena, que caracteriza al Derecho Penal y al Sistema Penal, se ejerce el control social formalizado punitivo, mismo que responde a los lineamientos de un tipo de Estado, de ahí que el delito sea necesariamente antecedente de la pena y medio de criminalización, y no un ente ontológico.

6.2. LA PENA: Consecuencia necesaria del delito, y contenido del sistema y del derecho penal.

6.2.1.- Concepto y breves antecedentes.

Constituye la pena, la característica esencial del Derecho coercitivo, si bien no es la única consecuencia jurídica emergente del delito, puesto que también pueden imponerse las medidas de seguridad y hasta las generadas por la responsabilidad civil, aún continua siendo en los sistemas penales contemporáneos la principal consecuencia del quebrantamiento de la norma penal y la que caracteriza al Derecho todo, pero muy especialmente al Penal.

Es el instrumento más severo de control social ante las conductas que ponen en peligro y/o dañan los bienes jurídicamente tutelados por el Derecho todo, por ello también, es un mal previsto por la ley ante una necesidad imperiosa de lograr la anhelada y ansiada coexistencia humana.

Aún existe divergencia de criterios en cuanto al carácter etimológico del término pena: unos señalan que deriva del latín pondus (peso) o poena (sanción o castigo), del sánscrito punja (pureza), ó del griego ponos (trabajo), términos que hacen referencia directamente a las justificaciones, condiciones y fines en que se aplicaban las penas en la antigüedad.

Concordando y relacionando todas las significaciones dadas, resulta que la pena, constituía la ponderación que se hacía del mal inferido, a fin de que recaiga el peso de la Justicia castigando y sancionando al condenado para que éste purificando su propia alma, devuelva o retribuya el mal inferido a la divinidad mediante trabajos forzados y otras sanciones a fin de aplacar su furia y por ende su venganza.

De manera general, y sin entrar tema de otro acápite de la presente tesis, se hace necesario señalar algunas consideraciones sobre la evolución de las mismas toda vez que su concepto de ningún modo puede aislarse de sus propias referencias.

Hasta finales del siglo XVIII las penas eran preferentemente corporales, existió una gama de éstas, y hasta vitales, piénsese en la pena de muerte. Muchas veces estaban precedidas de azotes, mutilaciones y de otros sufrimientos, y esto por el propio fin que perseguían.

El siglo XIX vino imbuido de las corrientes antropocentristas e individualistas haciendo ya inviables las penas corporales precedentemente citadas, por lo que si bien el origen de las penas privativas de libertad, se remontan al siglo XVI, se generalizaron en el siglo XIX.

La pena privativa de libertad nació como elemento dulcificante de un Derecho Penal eminentemente represor y fue considerada entonces como la mas adecuada, pues no afectando al cuerpo, respetaba la dignidad de la persona humana, y se acomodaba a los planteamientos retribucionistas y de prevención general necesarios y propios del modelo de Estado naciente.

Con el transcurso del tiempo, aquella pena que supuestamente no afectaba al cuerpo dejó ver sus efectos negativos sobre los cuerpos y sobre la conducta, desviándola como emergencia a la contaminación criminal, ocio, etc. que se patentizó en los elevados índices de reincidencia que condujeron al replanteamiento del tema y a preconizar la sustitución de éstas por otras medidas punitivas.

Como se desprende de líneas arriba, “la historia del Derecho Penal es la historia de la pena”, frase que corresponde a Grispigni y que es plenamente válida, pues para entender lo que es la pena necesariamente debimos remontarnos a sus exigencias históricas y políticas.

Por ello y siguiendo a Smidt se dice que el concepto de pena es el punto originario a partir del cual puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del Derecho Penal, hecho que ha sido, de algún modo preestablecido en este desarrollo, mucho más en el caso de la pena privativa de libertad.

En la línea ideológica precedente expuesta vale hacer notar que la pena, concepto del cual deriva el sistema penal y el Derecho Penal todo, esta consignada internacionalmente como castigo, así lo deja entrever el punto 6 del Manual de Buena Práctica Penitenciaria que contempla el siguiente texto: *“Muchas de las personas que están en recintos penales están cumpliendo condenas, están en prisión como castigo, pero no para recibir castigos. La pena consiste en la pérdida de libertad. Por lo tanto, las circunstancias de*

encarcelamiento no debieran utilizarse como un castigo adicional. Se debe reducir al mínimo cualquiera de los efectos adversos del encarcelamiento. Aunque la vida en prisión nunca puede ser normal, las condiciones en ella deberían ser cercanas a la vida normal como sea posible, aparte de la pérdida de libertad¹⁶.

Si esto es así, entonces, el Estado a través de la condena, castiga y se reconoce castigador, otra cosa muy diferente es que el operador penitenciario esté prohibido de infligir mayor aflicción mediante circunstancias del propio encarcelamiento.

A la sazón, la regla 33 de las R.M. prohíbe completamente, por ejemplo, el uso de instrumentos de restricción como castigo, tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza, ni tampoco como medios de coerción, salvo que su uso sea como medida de precaución contra evasión durante únicamente el traslado del reo, por razones médicas, o por orden del director del centro penitenciario cuando han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, o con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o a otros.¹⁷

Se advierte también del manual que el sistema represivo mundial del que participa el Derecho Penal, no obstante reconocerse sancionador, intenta, en justo reconocimiento a las garantías de libertad de las personas, su ineludible y necesaria tarea de velar por los derechos humanos despenalizando conductas, no criminalizando personas, utilizando lo menos posible la pena privativa de libertad, etc., de otro modo no se entendería que el propio texto en su punto 5 contemplara el siguiente texto:

“El control de crímenes en la sociedad puede requerir el uso de sanciones. Donde quiera que sea posible, las sanciones y las medidas realizadas en la comunidad debieran utilizarse antes que la prohibición de libertad. Cuando ésta se emplean surgen preguntas sobre los derechos humanos. Estos constituyen el tema central del manual”¹⁸.

Ahora bien, lo mencionado por Grispigni, es compartido también por Eugenio Raúl Zaffaroni, el cual, abordando diferente temática advierte: ***“Algunos hablan de “Teorías de la pena” como si pudiese enunciarse una teoría de la pena y desarrollar toda la interpretación del derecho penal al margen de la misma, cuando, en realidad, por ser la pena la que caracteriza al derecho penal, debe comenzarse por exponer lo que se piensa a su respecto, puesto que de allí partirá la concepción que se tenga acerca de todo el derecho penal. Una teoría de la pena es siempre una teoría del derecho penal.”***¹⁹.

Por tanto, la evolución del Derecho Penal hacia un derecho más humanitario y garantista se relaciona indisolublemente con la evolución de la pena, contenido esencial del Derecho Penal al que debe revolucionar.

¹⁶ MANUAL DE BUENA PRACTICA PENITENCIARIA, Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ ZAFFARONI, Manual citado, pag. 68.

6.2.2.- Caracteres de la pena.

“La pena es un mal que priva o restringe el goce de derechos”, restringe los derechos elementales de la persona a la que se le impone, hallando su razón de ser en la propia justificación del Derecho Penal, y es que la pena es un mal, un mal necesario, por ello el Proyecto Alternativo Alemán considera a la pena como “una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres.” Esta consideración también está consignada como castigo, es decir, como un mal, en el Manual de Buena Práctica Penitenciaria como se pudo advertir en el apartado anterior.

“De la consideración de la pena como algo negativo para aquél que la recibe se aparta la obra de Dorado Montero, exponente de posiciones correccionalistas, al concebirla como un bien en el marco de una utópica evolución del modelo de Estado.”²⁰

Roeder, uno de los penalistas que más extreman el pensamiento correccional niega también que la pena sea un mal, pues la concibe como un bien para el delincuente cuya voluntad se reforma.²¹

De un modo similar pero bajo un argumento mayor en nuestro concepto, Cuello Calón advierte que si bien y generalmente se concibe la pena como un mal, desde el punto de vista moral en cuanto constituye la reafirmación de una norma no podría ser sino un bien.²²

“Si la pena debe agotarse en el mal que origina o si este debe ser medio para la obtención de determinados fines, es cuestión relacionada con el problema del fin de la pena.”²³

“El Estado legisla la pena”, pues, formalmente la ley actúa como garante de la seguridad jurídica, de ahí que, el Estado, al monopolizar la coercitividad, mediante el órgano legislativo, establezca las penas correspondientes a cada delito. Por tanto, la pena legislada es la expresión más cabal del control social ejercido mediante el Derecho Penal.

Deviene del principio de legalidad “nulla poena sine lege” que tiene dos consecuencias. En primer término no puede aplicarse ninguna pena sino está establecida por una ley anterior al delito. Las penas solo pueden aplicarse cuando están expresamente establecidas por la ley y en las formas previstas por éstas.

“La pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia de conformidad con el procedimiento establecido por ley y ejecutada conforme a la misma”, es decir, el monopolio estatal no concluye con la determinación en la ley de las conductas descritas

²⁰ BERDUGO y otros, op cit. 278.

²¹ CUELLO CALÓN, Eugenio, “Derecho Penal”, pag 579.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

como delictivas y la pena que les merecerá, sino que continúa en la concreción e imposición de las misma y aún en su ejecución conforme ley. Las penas, son así fruto de un debido proceso, sin que nadie pueda ser juzgado sino ha sido antes oído en juicio donde ejerza su derecho a defensa.

En el Estado contemporáneo actual, la potenciación del poder judicial como poder independiente, y su sometimiento a la ley, es una consecuencia directa de un derecho de castigar que emana del pueblo y que satisface elementales exigencias propias del Estado de Derecho, de ahí que la ley actúe como garante a lo largo de todo el proceso, ya que en él se materializa un conflicto entre el derecho subjetivo del Estado a castigar y los derechos de los ciudadanos.

La imposición y ejecución de la pena, requiere por su parte que el juzgador compruebe la presencia en el hecho, de todos y cada uno de los elementos del delito, y en consecuencia obrar según el derecho y las normas penitenciarias.

“La pena se impone a quien infringe la norma penal”, es eminentemente de carácter personal, ya que se sustenta en la responsabilidad emergente de la relación persona - hecho delictivo. Sanciona pues, el comportamiento peligroso del sujeto como generador de un daño o al menos de una puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

“Es igualitaria”, formalmente no reconoce fueros ni privilegios, pues todas las personas somos iguales ante la ley y ante la pena lo propio. Nace del principio de igualdad de las personas ante la ley, conquista del la Revolución francesa, que aplicado a las sanciones significa que por los mismos delitos y en las mismas condiciones objetivas y subjetivas de comisión se aplican las mismas penas a los autores de los mismos delitos. Trata de eliminar las diferencias sociales, políticas, religiosas, culturales, de género, etc.

Sin embargo, cabe aquí señalar lo afirmado por Eugenio Raúl Zaffaroni *“En general, es bastante obvio que casi todas las cárceles del mundo están pobladas de pobres. Esto indica que hay un proceso de selección de las personas a las que se califica como delincuentes, y no, como se pretende, un mero proceso de selección de las conductas o acciones calificadas como tales”*.²⁴

6.2.3.- Fines de la Pena.

“ En realidad, bajo esta denominación nos referiremos al fundamento o justificación de la pena, a su esencia y a cómo actúa sobre los ciudadanos. La finalidad no es otra que la que hemos señalado al Derecho Penal: la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional. Por eso, en mi opinión, son mas lógicas las posturas de quienes explican el funcionamiento de éste a partir de la estructura y función de la norma (VID.COBO –

²⁴ ZAFFARONI, Manual citado, pag 22.

VIVES, SILVA) que las de quienes lo hacen desde los fines de la pena (ROXIN, MIR). En cualquier caso, es preciso vincular ambas teorías: norma y pena.”²⁵

La expresión: “fines de la pena”, es inexacta, pues, aunque está doctrinalmente acuñada, los fines de la pena, comparten los propios fines del Derecho Penal, como venimos manifestando. Sin embargo, vamos a relacionar en este apartado algunas cuestiones de cuanto como fin de las penas se conoce en el Derecho Penal tradicional.

Se dice que son dos los fines de la pena: la prevención general y la prevención especial, por la primera, se intimida, se impone y se ejecuta la pena, con fines de prevenir a la colectividad toda, del hecho que acontecerá, cuando uno de sus miembros obre según el catálogo de conductas contenido en el Código Penal; por la segunda, se obra sobre el ya ejecutado, buscando su resocialización, a fin de prever su futura conducta.

En la prevención general la pena surte su efecto sobre la comunidad que no ha delinquirido, por la especial, sobre el penado, en ambas se pretende prevenir conductas futuras.

En este concierto, la Regla 58 contenida en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas establece el siguiente texto:

“El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Solo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.”²⁶

6.2.3.1. Prevención Colectiva o General

“La prevención colectiva llamada también general es la actuación sobre toda la sociedad advirtiéndole de que la persona o personas que infrinjan la ley establecida por el Estado serán sancionadas con las penas que la misma ley contiene. En el fondo es una acción pedagógica social ejercida sobre la colectividad, por su contenido, es un acto dirigido a todos con el fin de contrarrestar toda la criminalidad latente que se puede tener o para obtener la adecuación de la conducta a la legalidad.”²⁷

La prevención general tiene tres momentos o periodos: conminación, intimidación o amenaza; la imposición judicial y la ejecución.

²⁵ CARBONELL, op cit., pag 63

²⁶ REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS.

²⁷ MIGUEL HARB, Benjamin. “Derecho Penal”, pag 113.

En la conminación se intima a la colectividad divulgando el mal que significa la pena como consecuencia del delito.

En la imposición se establece el carácter obligatorio de la ley que debe cumplirse con o contra la voluntad de la persona. Aquí la prevención específica el respeto a la persona por el valor propio o intrínseco que tiene ya sea como ofendido o como ofensor.

En el periodo de la ejecución se señala el carácter absoluto e imperativo de las penas cuando la autoridad competente y jurisdiccional la ha impuesto para su cumplimiento en la forma y condiciones que señala la ley.

La repercusión de la amenaza penal sobre los integrantes de la comunidad fue utilizada en sus construcciones por los pensadores ilustrados, entre otros, por Beccaria, por Bentham y por Feuerbach. En época más reciente, Gimbernat Muñoz Conde, Mir o Luzón, quien ha hecho posible las deducciones entre la prevención general y el sistema social.

*“Dentro de la prevención general cabe citar la antigua teoría de la intimidación y una versión un poco más moderna, que fue la “teoría de la coacción psicológica”, sostenida por Feuerbach, y que tiene importancia para nosotros, porque Feuerbach fue seguido de cerca por el primer código penal argentino. Para esta teoría la pena es una amenaza que debe tener la suficiente entidad para configurar una coacción psicológica capaz de apartar del delito a todos los posibles autores.”*²⁸

*“Señalaba Feuerbach que se persigue un fin de prevención general: la pena es una amenaza con la que se conmina a los ciudadanos para que se abstengan de delinquir; para que la amenaza funcione es necesaria la efectiva ejecución de la misma. Se trata, pues, de evitar que la generalidad de los ciudadanos cometa delitos. Como puede verse, absolutamente en nada se diferencia esta posición de la mantenida por los partidarios de la moderna teoría de la motivación.”*²⁹

*“Sobre todo a partir del auge de las teorías sistémicas se viene subrayando otro aspecto que permite hablar de prevención general integradora o positiva, frente a la intimidatoria o negativa: mediante la aplicación de la pena a un delincuente, los demás ciudadanos recuperan su confianza en la vigencia de las normas (lo que redundo en beneficio del sistema): la conducta delictiva o desviada supone el cuestionamiento de la aludida vigencia, que se afirma con la aplicación de la consecuencia jurídica.”*³⁰

“La prevención general nunca ha sido cuestionada en cuanto tal, sino siempre en cuanto se entiende que presenta un grave problema, su falta de límites. Esta objeción aparece reforzada por la abundancia de ejemplos históricos de utilización del Derecho Penal con fines intimidatorios. Todo ello lleva a la afirmación de que la prevención general puede

²⁸ ZAFFARONI, Manual citado. Pag 74.

²⁹ CARBONEL, op cit, pag 64.

³⁰ Ibidem, pag 65.

*conducir al terror penal. El problema básico a afrontar consiste, por tanto, en establecer el criterio de limitación de la prevención general, si han de incorporarse limitaciones que provengan de otros fines de la pena, o si por el contrario la profundización del propio contenido satisface ya las exigencias de limitación de la actuación del Estado, y evita una utilización perversa de la sanción penal, o finalmente si esos límites provienen de la protección sobre la pena de las garantías incorporadas al propio núcleo del Derecho Penal”.*³¹

Según Gimbernat, si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitorio de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería absolutamente injusto que se castigue más severamente un delito de menor gravedad que uno que revista relevancia social por lo criminal, pues se alterarían los mecanismos inhibitorios y se produciría un aumento de los delitos de mayor gravedad.

6.2.3.2. Prevención Especial.

La prevención especial o particular, sostenida inicialmente por Roeder y seguida por muchos, consiste en la actuación individualizada que se ejerce sobre la persona sancionada para evitar que cometa nuevos delitos. Es decir, en el fondo es el carácter correctivo que debe tener la ejecución de cualquier pena entre cuyos fines tiene la enmienda del sujeto.

*“Los partidarios de la prevención especial, cuyo principal representante fue Von Liszt, consideran que la pena pretende evitar que el delincuente vuelva a delinquir, lo que puede obtenerse de dos maneras: las posiciones más reaccionarias aluden a la inocuización, las más progresistas a la resocialización. La primera supone evitar el delito impidiendo físicamente su comisión a través de largas penas de cárcel o incluso de la pena de muerte, la segunda, mediante la recuperación del delincuente para los valores sociales a través de la aplicación de un tratamiento o una terapia social.”*³²

La inocuización es ampliamente descartada por la mayoría de los autores, pues compromete los valores más encomiados por el Derecho, y no así la resocialización, a la que, y a manera de fin específico de la prevención especial, introduciremos en este acápite: La resocialización entendida como el objetivo de volver a hacer participar de los valores de una sociedad a aquel a quien se le ha privado por una pena, se contradice con lo aseverado por Barbero Santos, según el cual, al sujeto se lo introduce en una sociedad a fin de que lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, y no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar.

³¹ Ibidem, pag 65.

³² Ibidem, pag 65.

Por tanto, existe una crisis marcada en su propio concepto, a lo que además, se une la dificultad práctica de llevar a cabo tal cometido, cuando es por todos conocido que la prisión del siglo XIX, no surgiera con motivo de esta encomiable finalidad, sino con fines eminentemente prácticos y político humanitarios de dulcificación. *“Por el contrario, es un tipo de pena al que se le asignaron, en un principio finalidades exclusivamente retributivas y de expiación, pero que en ningún caso fue pensada para la reintegración social”.*³³

“A pesar de esta primera objeción básica de falta de idoneidad del medio elegido para obtener el fin, se ha intentado y se intenta introducir en el régimen penitenciario modificaciones que afectan esencialmente a su contenido y que posibiliten a través de la prisión aproximarse a tal finalidad. Frente a estas tentativas, señala Muñoz Conde tres objeciones:

- *Ineficacia, dadas las condiciones de la actual vida en prisión.*
- *Peligros para los derechos fundamentales del delincuente.*
- *Falta de medios adecuados y personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz.*

*Las tres objeciones se ajustan a la realidad de las prisiones, pero las tres son superables a medio plazo a través de una vía reformista. El enorme costo social que representa el hecho delictivo obliga a plantearse la ineludible necesidad de realizar las inversiones económicas que permitan solventar alguno de estos problemas.”*³⁴

6.2.4. Fundamentos de la pena: Teorías.

Nos limitaremos a enunciar las principales, sin desconocer las muchas que existen, sin olvidar que cada teoría del fundamento de las penas tiene sus propias raíces filosóficas y políticas. La abundante lista de estas teorías se clasifican en dos: las absolutas y las relativas.

6.2.4.1. Teorías Absolutas.

Son las que sostienen que la pena halla su fundamento o justificación en si misma, sin que pueda considerarse un medio para otros fines. Tales son las consideradas por Kant y Hegel,

³³ Berdugo, op cit pag 26.

³⁴ Ibidem, pag 26.

en el primer caso, su concepción se concretó en la necesidad de valorar al hombre por sí mismo frente a los excesos absolutistas y de los primeros revolucionarios, unida a una gran influencia de la tradición protestante; en el caso de Hegel, hubo de resolver el problema del fundamento de la pena como simple y mera consecuencia lógica y, aún, matemática: La pena es la negación del delito y dado que éste es, a su vez, negación del Derecho, aquella se convierte en la afirmación del Derecho.

Lo explicó simbólicamente de la siguiente manera:

$$\text{Si } d = (-D) \text{ y } p = (-d), \text{ entonces } p = (-(-D)) = D$$

Si delito = (-Derecho) y Pena (- delito),

entonces Pena = (-(-Delito)) = Derecho.

De donde si el delito es la negación del Derecho, y la Pena es la negación del delito, resulta que la pena es la afirmación del Derecho, por tanto la pena halla su fundamento en sí misma ya que esta acorde al Derecho mismo.

*“Las teorías absolutas rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia pena, la pena se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo. Es decir, la pena es retribución del delito cometido. El imponer una pena al que ha cometido un delito, debe ser entendido como una exigencia de justicia. Desde este punto de vista, pretender lograr fines distintos a la mera retribución del hecho cometido supone una utilización del hombre que contradice el valor que él tiene en sí mismo, al implicar equipararse a una cosa”.*³⁵

Actualmente las teorías absolutas, carecen de vigencia, pues aportan como vemos, a una explicación del porque se castiga, pero no aclaran el contenido de los fines, asimismo éste coincide con la prevención general desde otro ángulo.

*“En este punto, necesariamente, hay que volver a traer a colación la posición expuesta al analizar las relaciones entre Ética y Derecho Penal, en cuanto la idea de retribución aparece impregnada indiscutiblemente de un fuerte contenido ético. El actual modelo de Estado parte de situar en el pueblo el origen de todo poder y, si éste es el origen, difícilmente puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que la de hacer posible la convivencia a través de la lucha contra el delito, con lo que, como afirma Mir, “en todo caso queda descartada, en el modelo de Estado que acoge la Constitución, una concepción de la pena que funde su ejercicio en la exigencia ético jurídica de retribución por el mal cometido”.*³⁶

³⁵ BERDUGO, op cit, pag 22.

³⁶ Ibidem, pag 22.

6.2.4.2. Teorías Relativas

Las teorías relativas conciben la pena como un medio para la obtención de ulteriores objetivos o fines. Según Eugenio Raúl Zaffaroni estas teorías son las que se subdividen en teorías relativas a la prevención general y a la específica.

No obstante ello, y antes de ingresar a considerar la resocialización como uno de los fines que persigue la pena, vale señalar que la prevención especial o específica coincide plenamente con la enmienda como fundamento del Derecho Penal, de ahí que sea considerada en acápite posterior.

Tradicionalmente las teorías relativas se agrupan o circunscriben en las siguientes:

- a) **Teoría de la utilidad.**- Formulada por Jeremias Bentham, principal representante de la Escuela Utilitarista. Señala que las penas se justifican por la gran utilidad que representan para la sociedad, castigando a quien la ofende con el delito, por lo que correlativamente la pena, aumenta las garantías que el Estado ofrece a las personas.
- b) **Teoría de la Defensa Social.**- Franz Von Lizst señala que la sociedad tiene el legítimo y natural derecho de defenderse de los enemigos internos y externos. De los externos lo hace mediante el ejército que se enfrenta a los enemigos de la patria, con los internos se enfrenta con la defensa de los derechos de las personas tomando como instrumento la ley que se convierte en la defensa de la sociedad contra el crimen.
- c) **Teoría de la enmienda.**- Esta teoría planteada inicialmente por la Escuela Correccionalista de Carlos Augusto Roeder, señala que la pena se fundamenta en la corrección del culpable a través de la educación. Parte del presupuesto de que el delincuente ha demostrado con su acto una propensión a cometer acciones delictivas, a fin de evitar su recaída es preciso lograr su arrepentimiento, es necesario corregirlo. La enmienda del reo es por lo tanto el verdadero fin de la pena, a través de ello, el Estado asegura la conservación y el progreso de la sociedad poniendo diques al flagelo del delito.

6.2.4.3.- Teorías mixtas o unitarias.

“Casi siempre parten de las teorías absolutas y tratan de cubrir sus fallas acudiendo a teorías relativas. Son las más usualmente difundidas en la actualidad que, por un lado, piensan que la retribución es impracticable en todas sus consecuencias y, por otro lado, no se animan a adherirse a la prevención especial. Una de sus manifestaciones es el

*lema seguido por la jurisprudencia alemana: “prevención general mediante la retribución justa”.*³⁷

“La consideración de los inconvenientes que presenta la admisión de la retribución como fin único de la sanción penal, hace que se intente, fundamentalmente a partir de Merkel y Von Hippel, la elaboración de las que han llamado teorías unitarias, en el sentido de que pretenden la unión de los fines de retribución y prevención.

*Entienden los defensores de esta postura que la esencia de la pena está constituida por la retribución y que, sobre la base de ésta, la pena pretende la consecución de fines preventivos. Con este punto de partida las combinaciones son múltiples en función del concreto que se asigne a la pena, sí prevención general o prevención especial.”*³⁸

Compartiendo el criterio de los profesores españoles Ignacio Berdugo, Zapatero y otros, nos aproximamos en señalar que estas teorías privilegian la retribución como esencia y fundamento de la pena.

7. RELACION ENTRE PREVENCIÓN GENERAL, APLICACIÓN DE LA PENA Y PREVENCIÓN ESPECIAL.

Considera Eugenio Raúl Zaffaroni, que la pena, es la manifestación strictu sensu de la coerción penal, coerción que procura la prevención especial o reparación extraordinaria. Agrega que la Ley penal abarca todos los preceptos jurídicos que precisan las condiciones y límites del funcionamiento de la relación conducta – pena.

Advierte que, se afirma que la prevención de conductas delictivas futuras puede lograrse o pretenderse mediante la prevención general y la especial, que para unos, esa prevención se realiza mediante la retribución ejemplarizante y que constituye a la vez prevención general que se dirige a todos los integrantes de una comunidad jurídica; que para otros, la prevención debe ser especial, procurando accionar con la pena sobre el autor, para que aprenda a convivir sin realizar acciones que impidan o perturben la existencia ajena.

“El medio por el que se pretende lograr la prevención general es el ejemplo y, siguiendo la vía ejemplarizante se llegará a la represión intimidatoria y, por último, a la venganza. Cuando se elige la senda de la prevención general, el paso de la represión ejemplarizante a la venganza es muy sutil y harto difícil de distinguir. La prevención general se funda en mecanismos inconscientes: el hombre respetuoso del derecho siente que ha reprimido tendencias que otro no reprimió, que se ha privado de lo que otro no se privó, y experimenta inconscientemente como inútil el sacrificio de una privación que el otro no hizo. Inconscientemente, quien se ha reprimido clama venganza, y de allí que el paso de

³⁷ ZAFFARONI, Manual citado, pag 74.

³⁸ BERDUGO, op cit, pag 27.

*la prevención general a la venganza nunca sea del todo claro y que la prevención general siempre encierre un contenido vindicativo. Para refrenar este contenido vindicativo se sostiene que la pena “justa” es la “retributiva” y por tal, dentro de esta línea debe concluirse en el talión: la pena debe importar la misma cantidad de mal que el delito.”*³⁹

Indica Zaffaroni que el Derecho Penal de los Estados autoritarios admite tales medios como válidos y que solo, un Estado de Derecho, que aspira a formar ciudadanos conscientes, pone de manifiesto lo irracional de ello, irracional por ser instrumento puro de dominación. Señala que el somero análisis sociológico que se haga muestra que siendo inevitable la existencia de grupos privilegiados y otros, mas o menos, marginados, existe el riesgo de que los primeros instrumenten el Derecho Penal como medio de contención y la prevención general proporcione en este contexto, el argumento de cobertura de semejante empeño.

*“La prevención general, en un Estado que no sea de terror, no puede ser más que un efecto tangencial de la prevención penal, que nunca puede ser buscado ni tomado en cuenta por un legislador racional.”*⁴⁰

La prevención especial de la pena, coerción penal en sentido estricto para Zaffaroni, o supuesta resocialización para nosotros, no puede consistir en ningún impedimento físico (muerte, mutilación, etc.), ni en ninguna reeducación o tratamiento, pues visualizaría al hombre como un ser carenciado de sentido moral o médico.

*“El criminalizado es una persona con plena capacidad jurídica, a la cual no se la puede mirar “desde arriba”, sino en un plano de igualdad frente a la dignidad de persona, que bajo ningún concepto puede afectarse. El Derecho Penal de un Estado respetuoso de los Derechos Humanos en modo alguno puede considerar al criminalizado como a un ser en condiciones de inferioridad, lo que sería siempre causa de una ingerencia desmedida en su persona”.*⁴¹

*“La “reforma” del criminalizado puede obtenerse a veces mediante una simple privación de algo que tiene por valioso, y que puede generar una contra – motivación, como sucede en el caso de las multas o de algunas penas que no recepta nuestra ley. No otro género de prevención especial penal necesita, por regla general, quien libra un cheque sin fondos o el estudiante que hurta gasolina para salir a pasear con la novia, por regla general.”*⁴²

Este Derecho Penal respetuoso de los Derechos Humanos, al que hace referencia Zaffaroni, y que consigna al criminalizado como ser humano “par” sujeto simplemente a sanción, y no merecedor de tratamiento resocializante para considerársele normal o normalizado por

³⁹ ZAFFARONI, Manual citado pag 59.

⁴⁰ Ibidem pag 60.

⁴¹ Ibidem pag 62.

⁴² Ibidem pag 62

el sistema penal represivo también se halla consignado desde una óptica mucho más amplia dentro la llamada teoría de la imputación subjetiva analizada por Santiago Mir Puig.

“Un Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho, que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática, ha de entender la culpabilidad desde otro ángulo a partir de la función motivadora de la norma. Y ese pretenderá, así, confirmar de nuevo que los conceptos básicos del Derecho penal - la culpabilidad lo es, como lo eran la pena, la norma y la antijuricidad - deben decidirse en función de la imagen del Estado y del Derecho de que se parta. La culpabilidad es, precisamente, uno de los ámbitos en que es más necesario destacar la relativización político valorativa y el desacierto de un planteamiento que pretenda aprehender la esencia de la culpabilidad desde su prisma ontológico-objetivo.”⁴³

De ahí que hagamos notar que si transcribimos notas como la siguiente se debe exclusivamente a que las argumentaciones preventivo generales han sido establecidas en el marco de la fundamentación de imputación subjetiva. De ahí que Mir atendiendo a la teoría de la motivación explique con relación a la prevención especial y general lo siguiente:

“Dos precisiones quiero añadir al planteamiento expuesto. En primer lugar, fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone solo que a priori el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos. En segundo lugar el hecho de que la responsabilidad penal constituya un límite normativo que se impone a la posibilidad de prevención no significa que cuando la responsabilidad penal falte no disminuya la necesidad de la pena.”⁴⁴

Mir Puig considera también y en este sentido que la colectividad no reclama el castigo del no responsable penalmente, y no lo hace porque éste no es tan necesario a efectos de la prevención general, aunque ello no agota, indica, todos los aspectos de la prevención general, que en primer lugar intentaría de suyo evitar todo posible hecho antijurídico, no solo los de la colectividad que contempla la impunidad del no responsable, sino también el hecho éste.⁴⁵

“Pero preciso es reconocer que la ausencia del escándalo social ante la exculpación se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político criminal según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal. Por otra parte, es cierto que la peligrosidad que pueda encerrar el no responsable penalmente no precisa la pena, sino que ya puede afrontarse, mejor, por medio de una medida de

⁴³ MIR PUIG, Santiago. “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, pag 80 – 81.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal – Parte General”, Edit Ariel S.A. España, 1996. Pag 548.

⁴⁵ Ibidem, pag 547

seguridad. Sin embargo, algo parecido podría decirse de quienes delinquen con responsabilidad penal, por lo que la imposición o no de una pena no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a efectos de prevención especial, sino del límite normativo representado por la responsabilidad penal. También es verdad, no obstante, que la existencia de medidas de seguridad que atajan ya la posible peligrosidad de los inimputables ha permitido históricamente ampliar las fronteras de la exclusión de responsabilidad penal más allá de lo que de otro modo toleraría la sociedad. Así la minoría de edad penal puede hallarse por encima del momento en que efectivamente se alcanza el discernimiento en buena medida porque la introducción de medidas específicas para el menor ha venido a suplir con ventaja la necesidad de la pena.⁴⁶

De las advertencias anotadas por el autor citado se desprende que la imposición o no de una pena, mucho más de una pena alternativa, en nuestro concepto, en delitos de menor gravedad, no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a efectos de prevención especial, sino del límite normativo representado por la responsabilidad penal, es decir, de aquella que satisficiera la relación daño – sanción, en resguardo del principio general de la dañosidad social y en especial del principio de Derecho Penal Mínimo.

La connotada penalista Mercedes Pérez Manzano hace una valiosa descripción analítico jurídico sobre las distintas formas de motivación de la norma en funciones preventivo generales y especiales que es menester transcribir textualmente por contener el sustento de las teorías que apuntalan la presente tesis:

“La relación de la teoría de la motivación con el carácter preventivo del Derecho Penal parece evidente, pues si se trata de proteger bienes jurídicos evitando las conductas que lesionen o pongan en peligro esos bienes, ello se consigue motivando a la colectividad en contra de la realización de tales conductas. Ahora bien, esta motivación puede producirse de varias maneras: o bien los sujetos se motivan por el contenido justo y racional de las normas, o porque aceptan las normas como modelos de orientación de conductas sociales (motivación normativa o primaria); o bien independientemente del contenido de la norma, por el temor al castigo (motivación psicológica o secundaria). La primera coincide o con el primitivo planteamiento de la prevención de integración, o con la prevención general positiva en sentido funcionalista – sistémico. La segunda concepción de la motivación coincide con la intimidación y puede referirse a la colectividad en general o al sujeto individual que ya ha delinquido, de modo que se puede concebir como el instrumento de una teoría preventivo general o especial.

Estas relaciones no son solo posibles relaciones en abstracto, sino que en concreto aparecen estos paralelismos. Así la motivación psicológica secundaria entendida como intimidación mediante la pena es acogida por Danner y Gimbernat, Luzón, Muñoz Conde, Mir, Octavio de Toledo y Huerta; el primero en un sentido preventivo especial, y los segundos en un sentido preventivo general. Y la motivación normativa o primaria es utilizada por todos los partidarios de la prevención general positiva; Noll, Roxin,

⁴⁶ Ibidem, pag 548

Schunemann y Hassemer, en el sentido de motivación por la justicia de la norma penal – Justicia de la prescripción de la pena que amenaza la contradicción de la norma – en correspondencia con la prevención de integración. Jacobs y Achenbach en el sentido funcionalista sistémico en relación con la prevención general positiva en sentido estricto.”⁴⁷

⁴⁷ PEREZ MANZANO, Mercedes. “Culpabilidad y Prevención”, Edición de la Universidad Autónoma de Madrid”, España, 1990.

CAPITULO SEGUNDO
LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

CAPITULO SEGUNDO

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

En el contexto primigenio de las comunidades salvajes y el papel que el Derecho Penal tenía en aquellas, prácticamente se daba un automatismo en la imposición de la pena de muerte como castigo cuasi divino aplicado por mano humana, de ahí que sea fácil convenir en la casi lógica inexistencia de la sanción penal carcelaria.

*“La precaria pena privativa de libertad, en su forma carcelaria, hasta finales del siglo XVI, pasando por el derecho romano y germánico, ha sido utilizada en los hechos únicamente para “tener y retener” a los delincuentes, no como un medio represivo en sí, sino como medio de inocuización, ya que el hecho sancionable es considerado como un mal y su culpable un, “perversus homo” no susceptible de enmienda. La cárcel de custodia así, se imponía frente a la prisión entendida y aplicada como pena correctiva.”*⁴⁸

El siglo XVI muestra ya avances significativos con los gérmenes de las ciencias jurídico penales futuras, que emergerán con el advenimiento del siglo XVIII.

*“Según Pierre Fernand Ceccaldi, la historia del devenir del Derecho Penal se divide así en cinco fases: mágica, mística, legal, sentimental y científica. La primera o mágica, corresponde a las comunidades primitivas; la fase mística, a la época medieval de las ordalías, juicios de Dios y duelos; la legal es la que establece la necesidad de los medios de prueba, siendo la reina de las mismas la confesión del reo; en la fase cuarta que es la sentimental, es el juzgador quien aprecia libremente el valor de aquellas, según sus propias convicciones y su “sano entender”; por último, la quinta fase, la científica, se caracteriza porque la pena es suministrada por el experto, sirviéndose de datos de la experiencia, de la observación y de la ciencia.”*⁴⁹

El Derecho Penal medieval es un derecho eminentemente hordálico, pues fundado en los juicios de Dios y duelos en lo referente al reconocimiento de la culpabilidad, siendo la mejor prueba de la maldad del individuo el abandono que de él hace Dios al retirarle su ayuda haciéndolo merecedor del castigo, impregnaron también las penas privativas de libertad carcelaria, hasta bien entrado el siglo XII.

En la edad media, que como señalamos corresponde a la fase mística, se gesta la transición hacia la fase moderna o fase legal, concluyendo que son en éstos dos periodos, el místico y

⁴⁸ GARCIA, Carlos V. “Estudios Penitenciarios”, pag 14.

⁴⁹ CECCALDI “La Criminología”, pag 8.

el legal, donde empieza a operar la lenta transformación de la concepción de una cárcel vista no como mera custodia, sino como pena en sí misma. Este proceso tiene su ápice con la aparición de las “casas de corrección” en el siglo XVI que tuvo vigencia hasta finales del siglo XVIII.

La Edad Media, es una época caracterizada por el miedo a Dios y por el oscurantismo en cuanto a la ciencia, de ahí que todo se anuncie ruidosamente, de ahí la publicidad de las ejecuciones capitales, y del patíbulo a la vista de las prisiones, o el recorrer a pie las calles y el camino al cadalso, los azotes y torturas aplicadas en presencia de todos cuantos querían presenciarlo y los métodos sanguinarios de producir la muerte al reo de pena capital, ejerciéndose, por ser cruel, vindicativa e intimidante, una fuerte y asonada prevención general, arbitraria como ilegal.

Siendo la pena de muerte la regla, y la pena privativa de libertad la excepción, el periodo medieval se caracteriza por la llamada cárcel, como medio de custodia o inocuización con un derecho especializado.

Las penas de cárcel se las imponía bajo no claros procedimientos y en forma irracional, de ahí que existieran elevados índices de error y horror judicial, y hasta cárceles donde coexistían animales con personas, y aún cosas sujetas a condenada.

*“Como persona olvidada y depositada en custodia, en la cárcel, el criminal era un ser olvidado de Dios, su presencia infectaba el aire y traía graves epidemias.”*⁵⁰

El gran Profesor Quintillano Saldaña, manifiesta que ya desde entonces, la pena carcelaria se imponía a quien no podía someterse a los requerimientos pecuniarios de la autoridad judicial, a quien no accedía a las ambiciones de ésta, pues desde la España goda, la Ley de Teudis (Toledo 24 de noviembre de 546), revelaba la delincuencia judicial medieval, al prever los delitos más frecuentes de los Jueces, centrados en las exacciones ilegales y en la prevaricación.

Son célebres las miniaturas artesanales de la Edad Media, las cuales mostraban con frecuencia al Juez cobrando a las partes en el proceso, con ambas manos extendidas, sopesando lo recibido y con cara de inocente.

Los estudios sobre la corrupción judicial, se extienden hasta el siglo XVII, e incluso hasta el siglo XVIII. En este aspecto es importantísimo el estudio, en el siglo XVI del procurador Juan de Vega Zamorano, quién afirma que los jueces y los ministros de justicia tenían hambre canina para sonsacar dineros ejercitando todo género de codicias. Sin duda, las injustas condenaciones judiciales eran movidas por el afán de lucro, lo que de manera incontrovertible, aumentaba las injustas condenas a penas privativas de libertad.

⁵⁰ VON HENTIG “La pena”, pag 108

El gran penalista Guillermo Sauer, señala que el periodo que se extiende de los siglos XIII al XIV, es la época de la decadencia de los valores y del gran incremento de la criminalidad, como un reflejo del inusual florecimiento de los burgos y nacimiento de los delitos propios de la ciudad, haciéndose urgente el alejamiento de los delincuentes, hecho que se consigné como importantísima tarca de la autoridad, mediante la reclusión de los mismos en las cárceles. Surgió así el ocultamiento del espectáculo y la anulación del insoportable dolor físico que se ejercía, que luego se impondrá casi uniformemente en la justicia penal de fines del siglo XVIII mediante el dolor moral, patrimonio de la privación de libertad.⁵¹

Este Derecho Penal medieval, caracterizado por irracionalidad, barbarie jurídico judicial y enconada corrupción, hubo de entrar en crisis, haciéndose urgente el cambio de mentalidad y aún de ideología de los grupos marginales, frente a la ideología de las clases cercanas al poder.

De ahí que en el siglo XVII, se señalen tres acontecimientos capitales en el nacimiento de un periodo científico de la mano de tres pensadores que dejaron su huella en la época: el primero es Bacon, quién desde el año 1.620 revela e impone el método experimental: el segundo es Harvey, quién descubre la circulación de la sangre; y el tercero es Renato Descartes, que se coloca a la cabeza del pensamiento moderno-científico. Sin embargo, durante los siglos XVI y XVII la pobreza se abate y extiende por Europa, contra los “desheredados de la fortuna” que delinquen cotidianamente para subsistir ensayando todo tipo de reacciones penales, pero todas fallan. Así el internamiento carcelario surge como panacea salvadora.

Tres causas básicas se dan en la transformación de la privación de libertad en auténtica pena, éstas son: una razón de política criminal, una penológica y finalmente, una razón esencialmente económica.

Reinhart Maurach al referirse a la concepción pública de la pena, señala que *“la pena privativa de libertad, fue recibida de los países bajos y considerada en un principio como pura pena extraordinaria, es decir, excepcional.”*⁵²

A partir del siglo XVI hasta el S. XVIII, se extendieron con mayor intensidad y fuerza las penas privativas de libertad. En este sentido el Profesor Antón Oneca, señala que las penas privativas de libertad se generalizaron en los tiempos modernos, a expensas de las demás, que apenas habían conservado alguna importancia.

Efectivamente, en el siglo XVIII las penas privativas de libertad se habían generalizado, pero con un único propósito, mismo que según E. Durkheim en su obra “Dos Leyes de la Evolución Penal Moderna”, fue el de servir al sistema represivo imperante en ese tiempo.

⁵¹ Ibidem, pag 110 – 121.

⁵² MAURACH, “Parte General T II”, pag 895.

Sin embargo, y aunque servían a ese propósito, como manifiesta Hans Goppinger en su obra “Criminología”, significaban un avance en la humanización de éstas, pues sustituían las penas corporales por las morales como viene a ser la pena privativa de libertad.

Prácticamente en todo Europa la internación en cárceles tiene un común denominador, es una adecuada respuesta dada por el siglo XVII a la crisis económica que afecta al mundo occidental en su conjunto. Por lo que según Michel Foucault, el encarcelamiento adquiere una forma de utilidad, pues ya no se trata de encerrar a los que se hallan sin trabajo, sino de dar trabajo a quienes se ha encerrado y hacerlos útiles para la prosperidad general, en suma: mano de obra barata, cuando hay trabajo; y en periodos de desempleo reabsorción de los ociosos.

Michel Foucault, introduce una dimensión innovadora en el tema, al señalar que la más importante razón para la mutación de la pena de custodia en prisión entendida como pena es las crisis económico – política de Europa.

*“Mucho se ha discutido acerca de cual es la cuna de la moderna pena privativa de libertad, al respecto es clásica la polémica entre Bohne y Von Hippel sobre las raíces de la misma, a saber, mientras Bohne sostiene que el origen de la pena carcelaria como tal se halla en los estatutos medievales de las ciudades Italianas; Von Hippel expresa, que la prisión de la Italia del medioevo no es más que un medio de fuerza y de seguridad, sosteniendo que la fuente de la cárcel como pena tuvo lugar en Holanda desde aproximadamente el año 1.600. En los estatutos Italianos de los siglos XV y XVI, reaparece la máxima de Ulpiano, de que la cárcel no es para castigo, sino para guarda de los hombres; de ahí que le demos crédito a Von Hippel”*⁵³

Sin embargo, para Eberhard Schmidt, la raíz de la pena privativa de libertad, se halla en Inglaterra, para Norval Morris en su obra “el futuro de las prisiones”, es una invención norteamericana de los cuáqueros de Pensilvania de fines del siglo XVIII, esta última posición de N. Morris es insostenible por la historia misma.

La tardía idea de la pena carcelaria como la ha llamado V. Hentig, tiene en todo caso su origen en las ciudades Italianas, no obstante que otros países, como Alemania y España, en la misma época, tenían sus prisiones, la Constitutio Criminales Carolina de Carlos V, cuya vigencia se inicia en 1532, expresaba ya la figura del Encerramiento, que a la postre significará la de custodia de los delincuentes.

“Si bien es cierto que las penas privativas de libertad ya se las conocía desde las primigenias civilizaciones como Egipto, Persia, Babilonia, Grecia, etc., no se las consideraba sino hasta finales del Siglo XVIII como pena en si misma, sino como medio de guarda de los delincuentes hasta el momento en que los reos serían juzgados, tal el

⁵³ GARCIA, Carlos. Op cit, pag 30.

*caso de la Ordenanza Francesa de 1670 Por tanto, la pena privativa de libertad era pena accesoria.”*⁵⁴

Al trasponer el Siglo de las Luces nos avocamos a sus modernas concepciones revolucionarias, vemos las posiciones contrarias a la aplicación del tormento y el suplicio, a la par que los pensadores y humanistas de tal periodo consideraban que las penas debían ser más moderadas y proporcionadas respecto del delito.

Surgieron las corrientes abolicionistas de las penas corporales y aún de las de muerte a fin de que no se apliquen, sino únicamente contra los culpables de asesinato, y que los suplicios que tanto indignaban a la humanidad fueran desterrados.

Michel Foucoult, al respecto expresa *“El castigo paso de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”*⁵⁵

A partir del S. XVIII, con el incremento inusitado de los delitos de fraude, el surgimiento de una policía especializada en la represión de los delitos, y la sofisticación de delitos que cada vez eran más discretos en cuanto a su comisión, y especialmente a la crisis en la economía de los castigos, se abrió un camino llano hacia la enigmática benignidad de las penas, pensadores de la talla de Cesar de Bonessana, Marqués de Beccaria, proyectaron indiscutiblemente la relajación de la penalidad, aduciendo que existía una traslación de los llamados crímenes de sangre, hacia los delitos contra la propiedad.

*“Esta realidad del siglo XVIII posibilitó una reforma penal importante, que de ninguna manera representaba un nuevo derecho de castigar, sino un reordenamiento de la economía del poder de punir, a la par de una mejor distribución y reordenamiento del mismo, en procura de legalidad detallada, eficaz y constante en sus efectos. Reforma que pretendía volver a los individuos más dóciles y útiles mediante un trabajo preciso sobre sus cuerpos.”*⁵⁶

A mediados de los siglos XVIII y XIX se da el paso a una penalidad de detención, elaborados por autores como, Gante, Walnut Street, con puntos de traslación más que de innovación o de partida. La pena privativa de libertad, marca insoslayablemente, de este modo, un hito importantísimo en la historia de la justicia criminal, esto es: su acceso a la humanidad. Así pues, la pena privativa de libertad, entendida ya no como mera custodia, sino como pena en si misma, constituye sin lugar a dudas la pena de las sociedades civilizadas, esto se hará mucho más común y generalizado a partir del Siglo XIX, y de manera casi inmediata hará olvidar los demás castigos, aún los castigos que los reformadores del S. XVIII, imaginaron.

⁵⁴ ROMERO, Nancy. Revista Boliviana de Ciencias Penales Nro. 6, pag 31

⁵⁵ FOUCOULT, Michel. “Vigilar y Castigar”, Pág. 18.

⁵⁶ Ibidem, Pág. 233.

En esta “nueva cárcel”, se le enseñaría al reo a amar el trabajo, la disciplina, etc., Todo estaría vigilado y controlado: tiempo de sueño, tiempo de vigilia, actividad, reposo, número y duración de las comidas, tiempo de descanso y tiempo de oración, uso de la palabra, etc.

“Una de las figuras más preclaras en esta reforma fue la de John Howard, filántropo que tuvo su primer contacto con las cárceles cuando fue encerrado en el castillo de Brest, que impactado por la realidad de las prisiones de su tiempo, asumió el rol de denunciar las condiciones en que vivían los presos a fin de mejorarla, propiciando la mencionada reforma carcelaria en Inglaterra.”⁵⁷

La pena privativa de libertad en este concierto, representa un progreso de la coercitividad penal pues: en la antigüedad era pena accesoria y de custodia de los cuerpos; en la baja edad media la cárcel era un mero depósito de personas y lugar de castigo; hasta fines del siglo XVIII, lugar de trabajo forzado y castigo; y a partir del siglo XIX supuesto centro de rehabilitación.

Como se advierte, el período penitenciario represivo prevaleció hasta el siglo XVIII, período en que surgieron doctrinas penitenciarias humanitarias, de ahí que se estableciera la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, del cual emergieron las reglas mínimas prevención del delito y tratamiento del delincuente en 1955.⁵⁸

Actualmente se consignan, sobre penas privativas de libertad, documentos jurídicos valiosos como el Manual de Buena Práctica Penitenciaria que hemos venido revisando, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, y muy en especial, el Anexo sobre Reglas Mínimas “RM” de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, llamadas “Reglas de Tokio”, aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990.

2. ANALISIS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN BOLIVIA.

2.1. NOTAS HISTORICAS.

Del Derecho Penal aymara, eminentemente precolombino no se consigna ningún registro histórico sobre la existencia de penas privativas de libertad, bástese saber que existiendo normas indiferenciadas, era potestad de la autoridad la imposición de penas a su arbitrio, por lo que podemos afirmar categóricamente su inexistencia, sin embargo, en el Derecho

⁵⁷ MIGUEL HARB, Benjamín, op cit, Pág. 48

⁵⁸ Los Sistemas Penales en la Actualidad. Perspectiva y Realidad. Pag 24

Penal quechua, inobjetablemente existieron centros de reclusión denominados Sankay y Piñas que eran las cárceles donde se privaba de libertad a los infractores.

En la época colonial, a la llegada de los conquistadores españoles existía ya una organización política con su sistema normativo, las instituciones penales aymara y quechua se combinaron y coexistieron con las normas y el derecho introducido por los colonialistas.

El Derecho Penal Colonial duró el tiempo que tuvo vigencia la dominación española. La legislación aplicada a en la colonia era de dos clases: Por las primeras tenemos: Las leyes, disposiciones, cédulas reales y ordenanzas dictadas en forma expresa para las colonias españolas en América, que fueron recogidas y ordenadas por la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Las Indias o Leyes de Indias concluidas sistemáticamente en 1680 en el reino de Carlos II., en cuyo Libro VIII preveía el funcionamiento de las cárceles; por las segundas se aplicaba el Derecho Común y General de España aplicable con carácter supletorio a sus colonias que por orden sucesivo eran: Fuero Juzgo, las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, El Ordenamiento de Alcalá de 1348, las Leyes de Toro de 1605, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805, de las que sobresale las Siete Partidas por cuanto hace referencia al Derecho Penal en la Partida VII, ratificando el fin de la pena como intimidatorio y de escarmiento.

La República de Bolivia, jurídica y constitucionalmente nació el 6 de agosto de 1825 bajo la presidencia del libertador Simón Bolívar, quien a los pocos meses de su asunción al poder dictó la Ley No. 28 de fecha 21 de diciembre de 1825 misma por la que se determinaba que debía observarse en la República, la Ley del 12 de Octubre de 1812 y demás decretos de las cortes españolas sobre la administración de justicia. Consecuentemente es obvio que inicialmente nuestra República se haya basado íntegramente en las normas penales españolas.

En la sesión del Congreso Nacional de 27 de diciembre de 1826 se aprobó la admisión del Código Penal Español de 1822 y se aprobó la siguiente resolución:

“El Congreso Nacional ha resuelto que el Código Penal de las Cortes Españolas se observe provisoriamente en la República, imprimiéndose para el efecto, bajo las limitaciones y advertencias siguientes:

- 1) El máximo de la duración de las penas consistentes en trabajos públicos será, de 12 años y presidio 8 años.
- 2) En los grados intermedios se hará la rebaja de estas penas en proporción a la duración indicada como máximum en él artículo precedente.
- 3) Se suprimen los artículos que hablan de indultos particulares, delitos de religión y de abusos de imprenta.

- 4) Los jueces de derecho declararían el grado del delito y aplicarían la pena por la costumbre legal que ministre el proceso según se hace actualmente.
- 5) Se harán supresión de los artículos que sean contrarios a la constitución y leyes decretadas por el Congreso y las variaciones que sean indispensables en el lenguaje por la misma razón.
- 6) El gobierno nombrará tres abogados para que hagan estas modificaciones y que aprobadas por la Suprema Corte de Justicia se publiquen para su cumplimiento.
- 7) Este Código se someterá a la discusión de la próxima legislatura, y se observará hasta su resolución”.

Por las consideraciones precedentemente anotadas y toda vez que el Código Penal Español de 1822, no guardaba relación con la idiosincrasia de nuestro pueblo, el penalista nacional Fernando Villamor Lucía en su obra “La Codificación Penal en Bolivia”, expresa que durante el periodo comprendido entre 1827 y 1834 existió un verdadero caos en la aplicación de la Ley Penal ya que por una parte, estaba en vigencia la ley de 8 de enero de 1827 promulgada y firmada por el Mariscal de Ayacucho, Antonio José de Sucre, referente al procedimiento en la administración de Justicia, y por otra, conforme lo acreditan los expedientes del archivo general de la nación, el Código Penal Español de 1822, también era sujeto a aplicación.⁵⁹

Posteriormente, bajo la presidencia del Mariscal de Zepita Andrés de Santa Cruz se dictó el decreto del 25 de marzo de 1831, por el que se ponía en vigencia el Código Penal Nacional del mismo año. Código que se aplicó uniformemente en todos los tribunales de justicia de Bolivia, sin embargo a los pocos años de su aplicación nuevamente surgieron severas críticas contra éste, sobre todo por ser una copia del Código Penal Español de 1822, por no responder a la realidad boliviana, por su carácter draconiano punitivo, por su carencia de establecimientos penitenciarios, y por haber sido presentado por un extranjero, como lo fue el español Ministro de Gobierno Facundo Infante.⁶⁰

Todo esto motivó a que el 6 de noviembre de 1834 tras largas deliberaciones vea la luz el Código Penal del 6 de noviembre de 1834, mismo que constaba de 3 libros y 695 artículos, Código que al decir del extinto profesor Huascar Cajías en sus apuntes de Derecho Penal estaba orientado por la escuela clásica del Derecho Penal, sobre la base del libre albedrío. Entre sus virtudes destacan, el subjetivismo, el arresto domiciliario, la indemnización de los inocentes, etc.

⁵⁹ VILLAMOR LUCIA, Fernando “La Codificación Penal en Bolivia”, pag. 103 -140

⁶⁰ Ibidem, pag. 103 -140

*“El Código Penal de 1834 en cuanto a las penas privativas de libertad establecía el máximo de 10 años y era un Código súper moderno por que hoy la tendencia es reducir al máximo la duración de las penas privativas de libertad; considerando que permanecer detenido mas halla de los 12,14 y 15 años destruye la personalidad del sujeto. Reiterando conceptos anteriormente expuestos, el Estado tiene derecho a castigar, a imponer una pena, pero no tiene derecho a destruir al ser humano”.*⁶¹

Son muchos y constantes los problemas que actualmente afronta el sistema carcelario en Bolivia, problemas que se agravan cuando constatamos que en las prisiones de nuestro país existen en su gran mayoría personas privadas de su libertad en calidad de prisión preventiva, esto es, procesado en espera de sentencia, transgrediendo el principio constitucionalmente reconocido de la presunción de inocencia.

Estos detenidos preventivamente, tienen seriamente limitados sus derechos y es inevitable el denominado contagio criminal, porque es común que compartan el mismo recinto con delincuentes sentenciados.

Ignoran los detenidos preventivamente, cuando saldrán en libertad, siendo estigmatizados, ingresando a los archivos penales, y aun careciendo de los beneficios concedidos a los propios sentenciados.

La prisión en cuanto a las penas privativas de libertad de corta duración y aún de la prisión administrativa, tiene una innumerable cantidad de consecuencias dañinas, entre otras: falta de tratamiento, costo enorme, separación de la familia, pérdida del trabajo, estigmatización, criminalización, etc.

2.2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD CONSIGNADAS EN EL CODIGO PENAL BOLIVIANO.

La legislación jurídico penal sustantiva boliviana, de corte clásico positivista en cuanto a su sistemática, prevé en su Título III intitulado como “Las Penas”, distinguido en el Capítulo I, con subtítulo “Clases”, el Art. 25, mismo que establece que la sanción, tiene por rol teleológico, la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como las funciones preventivas general y especial.

El Art. 26 prevé la enumeración de las penas, previendo que las penas privativas de libertad, se dividen en dos: el presidio y la reclusión.

Con coherencia legislativa el Art. 27 prescribe y fundamenta, cuales son los factores selectivos de esta división, atribuyendo la aplicación de la pena de presidio a los delitos que revistan mayor gravedad, y estableciendo que su duración será de un año hasta 30 años, que

⁶¹ VARGAS ROMERO, Carlos, Revista de la Sociedad Boliviana de Ciencias Penales, Nro 9 Pág. 71.

es la pena máxima que estipula nuestro ordenamiento jurídico penal, aún cuando concurra el concurso de delitos en sus dos formas: real o ideal.

El inciso segundo de la precitada norma se refiere a la pena de reclusión, aplicable a delitos de menor gravedad, por ende, su duración es inferior, comprendiendo la misma entre un mes y ocho años. Esta diferenciación responde a necesidades únicamente penitenciarias.

El último inciso del artículo citado, faculta al juez, a aplicar una u otra clase de penas privativas de libertad, en concordancia con el Art. 37, mismo que prevé que compete al juez atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y consecuencias del delito, fijar una de las formas de privación de libertad. Norma que no ha lugar en el concierto jurídico por cuanto la parte especial de nuestro código, prevé en la mayoría de los tipos penales la clase de pena privativa que cabe aplicarse, es decir, el legislador optó por darles clara orientación al incluir en la consecuencia del delito, si se trata de presidio, o si se trata de reclusión, sin embargo, en otros tantos tipos penales, existe un vacío u omisión en torno a este tópico, que es de mucha trascendencia, por cuanto la pena debe ser legal.

De otra parte es importante subrayar que, en cuanto a “Aplicación de las penas” consignadas en el Capítulo II, del mismo Título que estamos abordando, se encuentran las atenuantes especiales, las cuales deben ser aplicadas sin criterio discrecional, es decir, como emergencia únicamente de lo previsto por las propias normas, en su caso, trae las siguientes consecuencias jurídicas:

- La pena de presidio de 30 años, se reduce a la mitad, o sea a 15 años.
- Que la pena por un el delito conminado con pena de presidio con un mínimo superior a un año, pueda atenuarse hasta el mínimo legal, de la escala penal del presidio, esto es aun año.
- Que, la pena impuesta puede atenuarse hasta el mínimo legal, de la escala penal de la reclusión, esto es hasta un mes, cuando el delito sea conminado con pena de presidio cuyo mínimo sea de un año, o pena de reclusión, con un mínimo superior a un mes.

Este seguimiento básico a las normas pertinentes, de aplicación a las penas privativas de libertad, claramente evidencia que nuestro ordenamiento punitivo no prevé penas (salidas) alternativas realistas, sobre todo en lo inmanente a las penas cortas.

Asimismo existen institutos penales, como el de la suspensión condicional de la pena en el Art. 59 C.P., en delitos en los que ésta no exceda los tres años en el máximo legal, también contemplamos el perdón judicial, previsto en el artículo Art. 65 del C.P. para el autor de un

primer delito, cuya sanción no sea mayor a un año y aún la propia libertad condicional en el Art. 66, sin embargo estos artículos son de casi nula aplicación.

Se han hecho intentos eufemísticos, que de manera estructural, pretenden solucionar el problema de las penas cortas, intentos que trasuntan hacia nuestro Nuevo Código de Procedimiento Penal que prevé la llamada suspensión condicional del proceso en su Art. 23 que pone como uno de sus requisitos el que sea previsible la aplicación de la indicada suspensión.

Asimismo prevé la conciliación para los delitos de acción privada en su Art. 377 y otros, con fines y criterios de oportunidad. Sin embargo, a la fecha, no se ha visto ni un solo resultado positivo, el sistema sigue cohonestándose así mismo.

Otras contradicciones advertidas son también que varios tipos penales como los previstos por los Artículos 116, 129, 143, 163, 167, 168, 175, 176, 179, 181, 231, 239, 268, 274, 293, 329, 341, 348, 356, y 363 ter. consignan la pena de prestación de trabajo prevista en el Art. 28 del Código Penal, por tratarse obviamente de delitos que no revisten gravedad, sin embargo artículos más adelante, concretamente en el Art. 55 del propio cuerpo legal, se deroga la forma de aplicación de la Prestación de Trabajo, como pena.

Hecho que viene a demostrar que las únicas penas previstas por la legislación boliviana son las penas de presidio, la de reclusión y la de multa, pues si bien se prevé también la inhabilitación especial, esta es considerada en nuestra economía jurídico penal como pena accesoria.

A su vez por el Art 58 se prevé la detención domiciliaria, siempre que la pena la pena no exceda de seis meses, y únicamente es aplicable a las mujeres de buenos antecedentes o mayores de 60 años o valetudinarias. Hecho que comporta un serio inconveniente por ser un Derecho eminentemente eticista y cuya aplicación es nula e inexistente, pues el Centro de Orientación Femenina cuanta en su población con mujeres embarazadas y aún con niños de pecho.

Nuestro sistema penal contempla la detención preventiva, soslayándose de manera flagrante el derecho a la presunción de inocencia.

CAPITULO TERCERO

RELACION ENTRE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD Y PREVENCIÓN ESPECIAL.

CAPITULO TERCERO

RELACION ENTRE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD Y PREVENCIÓN ESPECIAL

Durante décadas, una literatura amplia y basada en la observación empírica sobre la realidad carcelaria, en sus aspectos sociológicos y organizativos, sostienen que los centros de detención, se presentan a la luz de estas indagaciones como dominadas por factores que hasta ahora, han tornado vana toda tentativa de realizar tareas de su socialización y de reinserción.

Centros de investigación establecen que la cárcel de ninguna manera cumple con sus objetivos trazados, ni aún las innovaciones introducidas por las nuevas técnicas penitenciarias han cambiado la situación actual de las instituciones carcelarias.

La comunidad carcelaria, tiene en las sociedades capitalistas contemporáneas, características constantes, y que permiten señalar que estamos en presencia de un modelo unívoco, esto es, que los centros que privan de libertad ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, así la cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo.

Las condiciones físicas en que muchos penados viven, extremadamente deficientes, violan el derecho a la dignidad de los reclusos previstos por el Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art 7 de la Convención contra la Tortura y otros tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, que no permiten la mentada rehabilitación. Nos estamos refiriendo a condiciones inicialmente infraestructurales de los recintos en que muchos penados viven. Muchos de estos no cuentan con celdas, camas, sábanas, frazadas. Muchos otros sufren incluso de acceso al agua, letrinas, etc. que tiene gran influencia sobre el bienestar físico, y mas aún, mental de los reclusos. La mayor parte de los centros penitenciarios del tercer mundo, abundantes por ello, son depósitos humanos insalubres donde no existe, no puede existir, el menor principio de rehabilitación.

Readaptar es mucho más difícil y costoso que castigar, para reprimir bastan armas, instalaciones severas y personal semejante a quienes el sistema criminaliza, en cambio, resocializar implica múltiples elementos, que el Estado consciente que cada delito y cada delincuente es una falla de sus propias estructuras, debiera otorgar en función de readaptación, seguridad procesal y social, elementos tales como: instalaciones adecuadas, personal idóneo y calificado con perfiles penitenciaristas en diversos niveles, tratamientos individualizados, tratamientos paralelos a la familia del reo, lo propio hacia la víctima y su entorno, tratamiento postinstitucional, presupuesto económico especial, etc. que de ningún modo prevé ni aún los sistemas que se dicen más avanzados.⁶²

⁶² “Los sistemas penitenciarios en la actualidad – Perspectiva y realidad”, pag 23 –44.

En todo caso, *“Las ceremonias de degradación al comienzo de la detención, con las cuales se despoja al encarcelado hasta de los símbolos exteriores de la propia autonomía (vestimenta y objetos personales), constituyen elementos opuestos a la educación, toda vez que ésta alimenta indiscutiblemente el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo y hasta de pertenencia. En este sentido, la vida en la cárcel, como universo disciplinario, tiene un carácter eminentemente represivo de sus derechos más personales como son el de la imagen y el de identidad.”*⁶³

Pero no solo de esos derechos de imagen e identidad, sino los propios derechos constitucionales a la integridad física mediante tratamientos inhumanos, vejatorios, degradantes a través de los registros corporales y del famoso registro antropométrico con pretexto de sentarse los antecedentes del reo.

Jurídicamente el Manual de Buena Práctica Penitenciaria -Implementación de las RM de ONU para el Tratamiento de los Reclusos de 1997 consigna como derechos humanos de los reclusos los siguientes:

- A la vida y a la seguridad de la persona.
- A no ser torturado o maltratado.
- A la salud.
- Al respeto a su dignidad humana.
- A un juicio justo.
- A la no discriminación de ningún tipo.
- A no ser sometido a esclavitud.
- A la libertad de conciencia y pensamiento.
- A la libertad de culto.
- Al respeto de la vida familiar.
- Al desarrollo personal.

Derechos humanos básicos que están incluidos en las leyes y normas internacionales citadas. Muchos Estados en cada región del mundo han firmado y ratificado tratados

⁶³ BARATTA, Alesandro. “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, Pág. 194

internacionales, convenciones, pactos y reglas que confirman estos derechos, sin embargo, muchos de estos derechos no se cumplen o se cumplen deficitariamente.

Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos tests de personalidad, han demostrado los efectos perniciosos del incumplimiento de estos derechos y del encarcelamiento sobre la psique del condenado, y la correlación de estos efectos con la duración de la pena. Los resultados muestran que la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir y que el Instituto Penal no puede realizar su objetivo como institución educativa.⁶⁴

Como sabemos, todo grupo posee un sistema de valores, el interno ha perdido ese sistema porque fue excluido de la sociedad, el privado de libertad ingresa en un nuevo sistema de creencias, donde no se valora el esfuerzo como medio adecuado para lograr posesiones físicas o posesiones sociales, éstas deben lograrse por medio de recursos que no contemplan la capacidad y el esfuerzo. Por ello el detenido se acostumbra a la utilización de recursos basados en el poco esfuerzo y el favoritismo.

El nuevo grupo de pertenencia restablece una nueva concepción de valores fundados en la dignidad, que se basa en la capacidad del interno de asumir las condiciones de su encarcelamiento sin quebrarse ni rebajarse, creándose normas de convivencia mediante controles sociales informales que le permiten mantener su autoestima e independencia, este hecho es un proceso largo, por lo que el sujeto a pena privativa de libertad corta, no llega a introyectar su sentido de dignidad.

*“Otro gran problema que se plantea por una necesidad de comunicación y de sentido de pertenencia es que la persona privada de libertad aprende y hace uso del argot carcelario, es interesante resaltar que cuando el interno esta pasando por este periodo suele usar la frase “me está comiendo el penal”; otro indicador sumamente negativo de la aplicación de penas privativas de libertad en delitos de menor gravedad es que el interno, pasa a considerar la provisión de comida, alojamiento, ropa como una obligación que la institución carcelaria tiene para con él, este proceso simboliza el traspaso de la responsabilidad de las acciones que lo llevan a sufrir la privación de libertad, el preso no esta allí meramente por ser responsable de una conducta asocial, si no como consecuencia de intrincados manejos de las instituciones de poder.”*⁶⁵

Desde el punto de vista psicológico es casi imposible lograr que el interno pueda estar conforme con la satisfacción de sus necesidades dentro del penal, toda vez que esto significaría una aceptación implícita de su situación de interno y en consecuencia de su responsabilidad en las conductas que le condujeron a tal situación.

Al inicio de su permanencia en el penal el interno suele conformarse con cualquier trabajo, esto le posibilita reducir sus horas de ocio y a la vez interactuar con otros internos, pasados

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ ALBERTO, Hugo. Op cit, pag 172-173

unos pocos meses, el interno ya no se conforma con cualquier trabajo sino que empieza a buscar “mejor trabajo”, esto es que se adecua a las nuevas formas que implican no esforzarse, no conseguir las cosas con esfuerzo, sino con argucias.

El interno, empieza a participar rápidamente en juegos de azar, en actividades homosexuales: aprende como y a quien seducir, o bien acepta el intercambio homosexual como una forma de conseguir quien lo proteja, aprende a desconfiar y odiar a los funcionarios penitenciarios, familiarizándose con los principios y con las costumbres de la comunidad carcelaria, en suma, una pena privativa de la libertad corta es funesta, a mas del daño irreparable que se ocasiona a la familia del interno, que injustamente se ve obligada a sufrir las consecuencias del encarcelamiento de uno de sus miembros, generalmente el miembro proveedor de recursos con las consecuencias de segregación y de exclusión, esto conduce casi inevitablemente, al desarrollo de lacras sociales como la prostitución, el mayor descenso de los niveles de vida, etc.

Independientemente de todo lo anterior, existen otros elementos perniciosos que hacen que la prevención especial, partiendo de la resocialización del criminalizado se vea afectada seriamente, tal el caso ya señalado de la infraestructura penitenciaria, por lo que en el contexto de los países de la ONU, los países miembros se esfuerzan por poner en vigencia los Derechos Humanos de los Reclusos mediante Los Principios Básicos y de guía de las Reglas Mínimas⁶⁶, que en cuanto a centros penitenciarios establecen los siguientes deberes:

- Los recintos penales deben ser comunidades bien organizadas, es decir, tienen que ser lugares donde no exista peligro para la vida, la salud y la integridad personal.
- Los recintos penales deben ser lugares donde no se muestre discriminación en el trato de reclusos.
- Cuando una corte sentencia a un preso a prisión, ésta impone una pena que es en sí extremadamente aflictiva. Las condiciones del recinto penal deben tratar de no aumentar esto.
- Las actividades del establecimiento se deben enfocar en cuanto sea posible a ayudar a los presos a reintegrarse a la comunidad después de que hayan cumplido la sentencia en la cárcel. Por esta razón, las reglas y el régimen de la prisión no debieran restringir libertades, contactos sociales de los reclusos y posibilidades para el desarrollo personal más de lo absolutamente necesario. Las reglas y el régimen penitenciario debieran facilitar la adaptación e integración a la vida normal de la comunidad.

⁶⁶ MANUAL DE BUENA PRACTICA PENITENCIARIA.

Sin embargo y por las siguientes consideraciones de orden administrativas se hace imposible resocializar en los centros penitenciarios:

1. Por ser la prisión una organización dinámica, una organización estatal que utiliza fondos públicos y está sometida al derecho administrativo.
2. Están sometidas a una sola autoridad y separadas radicalmente de su entorno.
3. Las necesidades y aspectos de la vida de los internos están supeditadas a un plan omnicompreensivo.
4. Intentan absorber la personalidad total del interno bajo parámetros administrativos.
5. Eliminan la usual separación entre el ámbito de trabajo, ocio y vivienda.

Así entendida la prisión, como entidad netamente administrativa, que no satisface los derechos encumbrados por la ONU, reduce a quien ingresa a ellas a un estado infantil, precario de sentido de identidad y de autoestima, y convierten a un humano adulto, en incapaz de autodirigirse, autodefinirse. Se lo priva pues, no solo de su libertad, sino además del status que tenía en la calle, de su rol laboral, familiar, como propietario, etc.

El interno es separado del mundo exterior negándosele el reconocimiento de su capacidad de disentir de a quienes puede y debe recibir en sus visitas. Es obligado a desarrollar tareas humillantes, a más de que el personal penitenciario tiene como una de sus “metas”, el de quebrar al interno, obligándosele a pedir permiso para tareas menores como enviar cartas, gastar dinero, contratar, lavar, etc., se le exige estricta subordinación y una deferencia servil con el personal administrativo.

El interno se ve transformado en un objeto que puede ser fácilmente incorporado a la maquinaria administrativa del establecimiento y manipulado mediante medidas rutinarias, afín de que sean elementos manejables, por lo que, el internado intentará de alguna forma mantener su integridad psicológica, luchará contra la institución, uniéndose a sus compañeros, queda así configurado el típico enfrentamiento en la prisión entre funcionarios e internos.

“Según E. Goffman son cuatro los modos de adaptación al sistema de privilegios y a los procesos de mortificación que la cárcel implica:

Retirada.- El interno se evade psicológicamente de las situaciones desagradables ocupándose solamente de la satisfacción de sus necesidades inmediatas.

Rechazo.- El interno se enfrenta con la institución, negándose a cooperar con el personal de la misma.

Colonización.- El interno hace de la cárcel “su mundo”, procurando vivir lo mejor que pueda en ese mundo.

Conversión.- El interno acepta el juicio que de él tiene la institución y el personal procurando convertirse en un interno modelo” .⁶⁷

En nuestro concepto, ninguna de estas formas de adaptación constituye la requerida por el Derecho Penal y Penitenciario, ni siquiera a manera de modelo, pues lo que supuestamente se requiere es la resocialización del reo y no su adaptación a la institución carcelaria, pues ello significaría la aceptación de su condición criminal, lo cual resulta ser más peligroso incluso que la retirada o evasión psicológica primera, pues una conducta aceptada es una conducta asimilada y por ende susceptible de ser reiterada.

“Se han demostrado en una gran cantidad mediante estudios de investigación criminológica, que las privaciones y angustias en la vida en prisión aumentan la solidaridad con las normas y socios del crimen y al rechazo de los valores sociales consensuales. Esto significa que si incluso se ha quitado el derecho a la autodeterminación por el hecho de encarcelamiento, se deberían dar oportunidades para ejercer la autodeterminación y la responsabilidad personal con la mayor amplitud posible. Tanto la justicia como las consideraciones prácticas requieren, por consiguiente, que el aumento de las aflicciones producidas por la situación penitenciarias se limiten a lo que inevitablemente resulta del hecho de encarcelamiento. Lo que se ve como consecuencia inevitable de la reclusión debería estar sujeto a constantes vigilancia y revaluaciones con miras a su reducción.”⁶⁸

Estas formas que adquieren características específicas, condicionan la llamada subcultura de los internos, por lo que lo anterior nos conduce a la conclusión de afirmar que existen mas valores vigentes en la calle, que en la prisión, sin embargo, existe efectivamente en la cárcel un sistema de valores identificables, que se denominan “Código del Preso”, mismo que prescribe: normas que imponen cautela, normas que prescriben no ser conflictivos, normas que prescriben no explotar a los demás presos, normas que giran en torno al mantenimiento del “yo”, normas que prescriben hostilidad y desconfianza hacia los funcionarios, etc.

Este Código del Preso, de alguna manera pretende mitigar los rigores de la pena privativa de libertad, esencialmente en las penas cortas, de esto se deduce que cuanto menores sean los rigores de la pena privativa de libertad menor será la necesidad de permanencia del código.

El régimen de privaciones de libertad tiene efectos negativos especialmente en el proceso de resocialización a que es sometido el privado de libertad, proceso negativo que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar.

⁶⁷ ALBERTO, Hugo. Revista boliviana de Ciencias Penales Nro 6, Pág. 167.

⁶⁸ MANUAL DE BUENA PRACTICA PENITENCIARIA, Implementación de las RM

*“Durante mucho tiempo se ha considerado que si en algún caso los reclusos tenían algún derecho, era sólo uno: el derecho a intentar la fuga; todos los demás le eran negados. Las importantes modificaciones experimentadas en este campo son, sin duda, un relevante indicador de la profunda evolución de la sociedad. Alguien dijo que el nivel de civilización de una sociedad se mide por la forma en que trata a sus elementos marginales, entre los cuales los reclusos ocupan, sin duda, un lugar desdichadamente destacado.”*⁶⁹

En realidad la prisionalización con pretendidos fines de resocialización lo que fomenta es la desculturización, la desadaptación a las condiciones necesarias para la vida en libertad, trastocamiento de la fuerza volitiva, pérdida del sentido de autoresponsabilidad, incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo, alejamiento de los valores y modelos de comportamiento propios de cada sociedad, toda vez que en la cárcel se produce la denominada “subcultura carcelaria”, esta subcultura estudiada a la luz de las relaciones sociales y de poder, así como de las relaciones entre los detenidos y el personal de la institución penal, este doble orden de relaciones inequívocamente conduce a: educación para ser criminal y educación para ser un buen detenido.

Existe una minoría restringida de criminales con fuerte orientación asocial, que por el poder y por lo tanto por el prestigio que gozan, asumen el rol de modelo para los otros y pasan a ser al mismo tiempo una autoridad con la cual el personal del centro carcelario se ve constreñido a compartir las relaciones de poder y de distribución de los recursos (aun las relativas a las necesidades sexuales). Así la comunidad carcelaria favorece hábitos de cinismo y respeto a la violencia legal. En cambio la supuesta “educación” para ser un buen detenido se da en parte en el ámbito o código de creencias de detenidos, que tiene en jefes, también detenidos, mismos se hacen garantes a cambio de privilegios, frente al personal carcelario.

La cárcel entendida como único castigo pierde apoyo político - social e incluso ideológico, apoyo que la legitimaba, además de llegar a ser anacrónica, a más de que el aislamiento completo produce alarmantes récords de muertes, automutilaciones y suicidios.

*“Ya en 1845 Marx y Engels la habían criticado bajo la consideración de llevar al recluso a la locura, la cárcel según el autor italiano Massimo Pavarini, es un aparato de transformación del individuo, es un “laboratorio”, que considera que el individuo disidente –infractor- es una personalidad peligrosa.”*⁷⁰

Esta realidad la constatamos aun en países que pueden vanagloriarse con justicia, el de poseer los sistemas penitenciarios más avanzados como es el caso de los países Escandinavos o de Holanda.

⁶⁹ GARCIA MORILLO, Joaquín. Protección constitucional de los derechos de los penados, pag 33.

⁷⁰ ANIYAR DE CASTRO, Lolita, “Capítulo Criminológico”, Pág. 67.

En un informe presentado en el Quinto Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes (Ginebra 1975), se puso de manifiesto, algunas de las posibles causas de la crisis por las que atraviesa actualmente la pena privativa de libertad, a saber:

- 1) La necesidad, generalmente reconocida, de una reevaluación, de nuestra política criminal y del papel del sistema penal, en particular del sistema penitenciario.
- 2) La duda sobre la eficacia y la puesta en práctica de la filosofía del tratamiento de dicho sistema penitenciario.
- 3) Un cambio en la evaluación de la pertinencia de sus diversos objetivos punitivos.
- 4) El aumento de las cargas financieras que supone un adecuado sistema penitenciario y la multiplicación de los problemas de gestión.

A propósito de ello, sabemos por ser evidente, que la cárcel, siempre tendrá un carácter político y además su actuación estará inscrita en la trayectoria común del conjunto que forman las instancias de control, más concretamente la función de la cárcel reviste las mismas premisas ideológicas que están presentes e informan a las demás instancias: formales e informales, en ambos casos, -reiteramos- desde fines del siglo XIX, hasta el presente ha sido y es un fracaso como castigo y urge un cambio radical en la política criminal.

Este contexto que afecta radicalmente el carácter contradictorio de la ideología penal de la reinserción, se agrava más en la relación general entre cárcel y sociedad, esta relación se da entre quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido), tomando en cuenta que no se puede reinsertar y excluir al mismo tiempo. ¿Se excluye de la sociedad para reinsertar?, esto resulta ser realmente contradictorio y excesivamente paradójico.

Consecuentemente antes de hablar de educación y de reinserción es necesario hacer un sucinto examen del sistema de valores y modelos de comportamiento latentes en la sociedad en que se quiere reinsertar al detenido, este examen nos lleva a la paradójica conclusión de que la verdadera reeducación, debería empezar por la propia sociedad, antes que por el condenado. Antes de pretender modificar a los “Excluidos” es preciso modificar a la sociedad “Excluyente”.

El sistema legal tiende a responder en forma acrítica al llamado casi unánime de la comunidad que reclama un castigo por el castigo, para aquellos que transgreden el orden social obedeciendo a una motivación puramente emotiva y reclamante vindicta por el daño ocasionado, así la respuesta del sistema penal se convierte en una conducta sancionadora que no contempla la comprensión del problema, y la respuesta queda aislada de la ciencia y la razón.

La internación de los sujetos como protección social a veces se hace ineludible pero también deberían ser ineludibles la capacidad de adaptación y flexibilización de las opciones legales y de respuesta comunitaria ante una evidencia que se nos presenta como aterradora.

Es necesario incidir que cuando expresamos que la población penal mundial tiende a aumentar, esto no mecánicamente tiene que ver directamente con un incremento de la delincuencia, toda vez que en la correlación de estas variables inciden aspectos tales como el comportamiento de las fuerzas policiales, la criminalización de nuevas conductas, la actitud de los gobiernos, los cuerpos legislativos y judiciales respecto a las excarcelaciones, tiempo de condenas a aplicar, otorgamiento de beneficios, etc, a las que se suman las llamadas detenciones preventivas.

De este análisis que nos muestra la contrariedad a la reinserción del detenido, perfila que la verdadera función del sistema penitenciario, es la de constituir y mantener una determinada forma de marginación, y esta forma de marginación conlleva el síntoma del fracaso de los planes de prevención y tratamiento, más si consideramos que esta inaplicabilidad de los fines de la pena (reinserción, readaptación, resocialización del delincuente), nos llevan a considerar que la prisión no solo está en crisis, sino que la misma, es un rotundo fracaso, en este entendido las ciencias jurídico penales, sobre todo la política criminal, la criminología, la penología, buscan denodadamente la sustitución de la prisión, por otras formas de control social.

Si consideramos que el desajuste actual del Derecho Penal, se produce porque éste se despreocupa de aquellos a quienes debe reinsertar en la sociedad, y se ocupa excesivamente de aquellos a quienes no debiera perseguir por cuanto sí bien ponen en peligro o conculcan bienes tutelados, estos son de poca o escasa relevancia social, estaremos en condiciones de señalar que las penas privativas de libertad en los delitos de menor gravedad, deben ser sustituidas por otras que no impliquen mayor costo, que el que ya se produjo con el daño.

Así entendida la teoría unidimensional de la sanción como supuesta reinstauración del orden jurídico violado que no resiste la crítica del penalista actual, ¿muestra acaso que lo evidente es enviar a quien delinque a prisión, aun con el pleno conocimiento de que esto producirá daños, en la mayoría de los casos irreversibles en su personalidad y que es muy probable que vuelva a la sociedad, no resocializado sino además con mayor grado de peligrosidad del que ingresó ?.

CAPITULO CUARTO

ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD

CAPITULO CUARTO

ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN DELITOS DE MENOR GRAVEDAD

“La pena privativa de libertad es resultado de una suerte de justicia selectiva porque van a caer en ella los individuos que pertenecen a los sectores sociales de menores ingresos y los de menor cociente intelectual, es decir, los menos aptos para la competencia que la sociedad impone”⁷¹

“Dada esta encrucijada con que se encuentra el derecho penal en la medida en que no puede cerrarse a la realidad, ha pasado a ser uno de los problemas más arduos de la política penal de nuestros días la sustitución de las penas cortas privativas de libertad, que es la clave de cualquier futura reforma penal.”⁷²

“Con el paréntesis obligado de las dos guerras mundiales, la crisis de la privación de libertad como pena adecuada para lograr fines preventivo especiales y el señalado mantenimiento de los derechos del interno, ha protagonizado en gran medida en los últimos tiempos el debate sobre la reforma penal. En la actualidad es un imperativo en cualquier programa político – criminal la disminución de la utilización de la pena de prisión, en especial la sustitución de las penas de corta duración por otras como la multa o, en general, las privativas de derechos.”⁷³

Como se ha advertido a lo largo de la tesis, las penas privativas de libertad constituyen el núcleo central de todos los sistemas punitivos del mundo contemporáneo. Se ha pretendido en algún momento reemplazarlas y tratar de hacer de las penas pecuniarias el núcleo principal. Estas innovaciones no han fructificado en experiencias positivizadas, pero, igualmente, debido a los fenómenos que en su momento vimos, tanto su ámbito como la confianza en ellas están altamente reducidas en los países centrales.

Actualmente las llamadas “Reglas de Tokio”⁷⁴ promueven tácitamente la sustitución de las penas privativas de libertad por otras medidas y la aplicación de salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican estas medidas sustitutivas. Reglas que tienen por objeto central en fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en el tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “En busca...” op cit, Pág. 686

⁷² Ibidem, Pág. 687.

⁷³ BERDUGO IGNACIO y otros; op cit pag 278

⁷⁴ Anexo de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad. 1990

Reglas que por expresa disposición de su texto deben ser aplicadas tomando en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de cada sistema de justicia penal, debiéndose esforzar los Estados miembros, por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.⁷⁵

Las Reglas Mínimas o Reglas de Tokio establecen en su postulado quinto del primer acápite:

“Quinto. Los estados miembros introducirán medidas no privativas de libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.”⁷⁶

Y es que las líneas más divergentes del pensamiento criminológico y penal han coincidido, bajo distintos argumentos, en la necesidad imperiosa de buscar alternativas a las penas de privación de libertad en los delitos de menor gravedad por las siguientes especiales consecuencias gravosas:

- 1) Sentimiento de aislamiento frente a la comunidad libre, y de rechazo hacia ésta. Sentimiento de marginamiento en sí y para sí.
- 2) Asunción de su rol en la sociedad como criminalizado.
- 3) Debe convivir con otros presos (violadores, asesinos, ladrones) que hacen que el interno se sienta permanentemente amenazado e inseguro, agravando problema de autoprotección.
- 4) Contagio criminal.
- 5) Pérdida de su identidad y de su rol de adulto normal.

Por lo que vemos, aplicar una pena privativa de libertad, en especial, en delitos de menor gravedad es mucho más que el simple acto de privar de libertad a un sujeto y es que el hombre, no conforme con vivir en sociedad, guiado por su instinto gregario que le insiste sentirse querido, aceptado y protegido por el grupo trata y lucha por asimilar el penal.

El interno sometido a apenas cortas se siente y es severamente segregado por la población carcelaria, considerándolo a éste como un sujeto al que es necesario separar, vigilar y castigar, por lo que el interno necesita un nuevo código difícil de establecerse prontamente.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Anexo de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad. 1990

Debe cuidarse de los peligros que implica la internación en una institución, pues no solo debe cuidarse de los funcionarios, sino que también de los propios internos (violadores, ladrones, asesinos violentos, etc.), si no tiene pronto un grupo de pertenencia, puede ser fácil presa de cualquiera de ellos, por lo que pronto se ve en la necesidad de establecer alianzas con los más antiguos.

El Manual de Buena Práctica Penitenciaria, en el marco de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas hace referencia a esto, del siguiente modo:

"No obstante, cuando se envía a una persona a prisión como castigo, también significa que sufrirá, inevitablemente, una serie de privaciones. Los reclusos se encuentran obligados a vivir en forma comunitaria con personas que no son de su elección y deben ordenar sus vidas de acuerdo al régimen penitenciario. Se les prohíbe tener contacto normal con el sexo opuesto, con todo lo que eso implica en cuanto a expresión emocional y confirmación de la identidad personal. Se le priva del acceso normal a bienes y servicios. El grado de responsabilidad que se les permite ejercer sobre sus vidas es limitado. Aunque el grado de estos efectos variará tanto dentro como entre los sistemas penitenciarios nacionales, el encarcelamiento es siempre inherentemente aflictivo." ⁷⁷

Por lo anterior, volvemos a insistir, reiterando que aplicar una pena privativa de libertad en delitos de menor gravedad es mucho más que el simple acto de privar de libertad a un sujeto pues como además se advierte con preclaridad, la pena privativa de libertad no solo consiste en la privación de la libertad en género, si no la privación de otras libertades, de libertades específicas quizá tan o mucho más importantes, según el caso concreto, tales como el derecho de residencia, de locomoción, de reunión, de seguridad, de intimidad, de expresión, etc, incluso el de trabajar, de ahí que la imposición de estas penas deban ser única y exclusivamente impuestas ante la comisión de delitos mayores que revistan gravedad.

A esta problemática agreguemos el costo económico del mantenimiento de los penales y la paupérrima situación económica de la mayoría de los países, especialmente del tercer mundo, que imposibilita dicho mantenimiento, ni siquiera en las más mínimas condiciones como para asegurar una sobrevivencia humana, convirtiéndose en meros lirismos el que las cárceles sean centros para reeducar y no para castigar. Bajo esta realidad lacerante que hasta el más descuidado penalista conoce que sentido jurídico humanitario tendría la imposición de penas privativas de libertad en delitos de menor gravedad?, creemos que ningún sentido jurídico ni de utilidad las explican y menos aún justifican.

Las cuestiones de orden económico-sociales actuales, ya fueron consideradas en su oportunidad a plenitud, pues no podemos olvidar que en 1932 el Código Penal Español, en busca de soluciones alternativas a los problemas sociales marcados por las rigurosidades de entonces, en especial el sostenimiento económico de las prisiones y la asistencia de los presos, previó forzosamente una serie de alternativas a las penas privativas de libertad

⁷⁷ Manual de Buena Practica Penitenciaria.

como por ejemplo: expulsión de extranjeros con antecedentes, de su territorio nacional, obligación de residir en determinado territorio, prohibición de residir en lugar o territorio específico que el tribunal designe, sumisión a la vigilancia de la autoridad, obligación de declarar el propio domicilio, prohibición para ejercicio de determinada profesión, industria o comercio.⁷⁸

La siguiente nota, advierte que el movimiento sustitutivo de penas privativas de libertad es anterior a cualquier doctrina actual de sustitución o abolición de las mismas.

“También numerosos Congresos y Asambleas Científicas se han ocupado detenidamente de esta cuestión, entre ellos los congresos penitenciarios internacionales de Roma (1885), San Petersburgo (1890) y Paris (1895), el celebrado en Londres (1925) acordó un voto pidiendo su sustitución por otras penas y recomendando especialmente dar una amplia extensión al sistema de prueba (probation) y mayor desarrollo a la multa. El II Congreso Internacional de Derecho Comparado (La Haya Agosto de 1937) acordó un voto pidiendo la sustitución de estas penas por otras medidas, en particular, el perdón judicial, la condena condicional, régimen de prueba, etc.”⁷⁹

Ya a esas alturas, como en la actual, pocos dudaban y dudan de que la aplicación de las penas privativas de libertad, solo deberían ser utilizadas como un recurso extremo para aquellos individuos propensos a la reincidencia habitual, peligrosos, perturbados y violentos.

Los años que precedieron a la segunda guerra mundial, mostraban también ya un acentuado movimiento por la sustitución de las penas privativas de libertad, en especial de los delitos de menor gravedad. Las protestas contra éstas se dieron simultáneamente en los países del viejo mundo, que como es sabido abundan con exceso en los sistemas penales de todos los países.

Cuello Calón ya entonces también planteaba las siguientes penas alternativas: la prestación de trabajo penal sin reclusión, la caución, la represión judicial, el arresto domiciliario, el perdón judicial, la condena y suspensión condicional.⁸⁰

Mas contemporáneamente el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, viendo ese gran movimiento europeo humanizador de las penas ha planteado las siguientes penas alternativas:

- 1) **Pena de interdicción de derechos.**- La interdicción producirá la privación del derecho a obtener el empleo o el cargo, o ejercer la profesión, o el derecho sobre el que recayera.

⁷⁸ CUELLO CALON, Eugenio, op cit, pag. 594

⁷⁹ Ibidem, pag 716.

⁸⁰ Ibidem, 717 – 722.

- 2) **Pena de detención de fin de semana.-** Consistente a la limitación ambulatoria por periodos correspondientes a los fines de semana, con una duración mínima de 36 horas y máxima de 48 horas.
- 3) **Pena de limitación de residencia.-** Consiste en la prohibición de residir en determinado lugar, de ir o de tramitar por él residencia sin autorización judicial.
- 4) **Pena de arresto domiciliario.-** Obliga al penado a permanecer en su domicilio y no salir del mismo durante todo el tiempo de su condena.
- 5) **Pena de cumplimiento de instrucción.-** Consiste en el sometimiento a un plan de conducta en libertad que ejercerá el juez con intervención activa del penado. Puede consistir en dar al lesionado una adecuada satisfacción moral, frecuentar una escuela o curso de cualquier nivel de enseñanza, someterse a control médico o psicológico, aprender un oficio o arte, practicar un deporte, abstenerse de concurrir a determinados lugares, abstenerse de consumir tóxicos, concurrir a cursos, conferencias o reuniones en que se les proporcione información que le permita prevenir o evitar futuros conflictos. Desempeñar un determinado trabajo.
- 6) **Pena de multa reparatoria.-** Obliga al penado a trabajar y a pagar a la familia y a la víctima, una parte de sus ingresos mensuales.
- 7) **Pena de reprimenda.-** Adecuada y solemne censura oral, hecha personalmente por el juez en audiencia privada.
- 8) **Pena de caución de no ofender.-** Consiste en la asunción formal, por parte del penado, de no cometer un nuevo hecho penal, dando en caución dinero o cosas en cantidad que el juez considere conveniente como factor disuasivo.
- 9) **Pena de prisión discontinua y semidetención.**
- 10) **Ejecución de la pena en regímenes de semi-libertad.**
- 11) **Sistema de permisos.**

Es necesario hacer notar que siguiendo a autoras de avanzada como Elena Larrauri se tiene también que a finales de la década de los años 70 mediados de los 80', floreció toda la literatura sobre las alternativas a la cárcel, pero que sin embargo a este florecimiento le siguió una demoledora postura, pues no estaba claro, si es que todo el cúmulo de alternativas a la cárcel eran producto de la convicción del fracaso de la cárcel, o si por el contrario respondían a necesidades del propio Estado, dicho de otro modo a que éste último, producto de una aguda crisis fiscal, estaba fuertemente interesado en trasladar todo el control del delito y la pena, al campo de la iniciativa privada.⁸¹

⁸¹ LARRAURI, Elena. "La herencia de la Criminología Crítica", pag 22- 68.

La realidad que se tiene es que el pensamiento abolicionista, iniciado en Escandinavia, fue defendido también por autores como Louk Hulsman y Nils Christie en Holanda, Heinz Steinert en Austria y Scheerer en Alemania. Diversas organizaciones como la KRUM en Suecia en 1966, la KRIM en Dinamarca en 1967 y el KROM en Noruega en 1968 declaraban tener como objetivo estratégico la abolición del sistema carcelario. En Inglaterra el RAP (Alternativas Radicales a la Prisión) declaraba existir una moratoria en la construcción de cárceles, descarceración de presos, discriminalización de conductas y encarcelamiento excepcional.⁸²

El movimiento descarceratorio en Estados Unidos se suma al movimiento europeo, considerándose, con la citada autora Elena Larrauri, la necesidad de reivindicar la sustitución de la cárcel como pena, por otras medidas alternativas descritas como "control de la comunidad", es decir, la sustitución de la cárcel por otros mecanismos disciplinarios enrolados en la sociedad.⁸³

La ideología abolicionista no consigna una sociedad sin delito, sino el manejar los conflictos penales de modo distinto, una especie de negociación entre la comunidad, la víctima y el agresor en función de la reparación del daño, previo debido proceso, y excepcionalmente en casos que el ofensor obstaculice la negociación, o que represente un peligro inminente para la comunidad, una pena coercitiva de custodia.

Mathiesen, citado por Dolores Fernández, propone como primer paso para abolir las cárceles, el dejar de construirse prisiones, sin dejar de mejorar las condiciones de vida de los reclusos.

*"El carácter funesto de la cárcel hace que toda otra política resulte cínica. Existen buenas razones abolicionistas para enfatizar reformas de este tipo. En primer lugar, aún las peores condiciones carcelarias no permiten acercarse a la abolición de las cárceles; los Estados, por el contrario, están dispuestos a tolerar las condiciones más terroríficas sin acercarse a la abolición. En segundo lugar, el mejoramiento de las condiciones de vida en las cárceles permite al mismo tiempo la exaltación de lo inhumano, lo cruel y lo ineficiente del sistema. De 1970 a 1980, ciertas mejoras fueron logradas por la organización noruega KROM a la que Mathiensen pertenecía."*⁸⁴

Según Mathiensen, son ocho los argumentos contra la construcción de nuevas cárceles:

- La prisión no mejora ni resocializa al reo: La pena privativa de libertad conduce a una pobre o escasa rehabilitación y a una gran reincidencia pues destruye la personalidad.

⁸² FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. "La Pena de Prisión, propuestas para sustituirla o abolirla" pag 180.

⁸³ Ibidem, pag 181.

⁸⁴ Ibidem, pag 182.

- El nivel de delincuencia no está relacionado con el número de personas detenidas, ni con el tiempo que permanecen así. La política criminal aparece un tanto subordinada a la política familiar y educativa, laboral y social, a la organización y funcionamiento del sistema judicial y a la estructura económica y a la visión del hombre en la sociedad.
- Mantener hacinamiento carcelario a fin de que se reduzcan los plazos para obtener la preliberación y otros beneficios.
- Carácter irreversible de la construcción de cárceles, lo cual fomenta su ocupación.
- Carácter expansionista de las cárceles, lo cual invita al aumento de la población carcelaria.
- Su carácter inhumano y vejatorio de derechos humanos.
- El sistema carcelario es un sistema con efectos culturales. Enfatiza y promueve la violencia y la degradación como métodos para resolver los conflictos. La construcción genera la creencia de que ésta es buena, que son de valor positivo.
- El aspecto económico. El alto costo requerido en la construcción debe ser utilizado en mejores causas que en establecer recintos de violencia.

“Resumiendo: los argumentos de prevención individual, disuasión general, posibilidades de prohibición, irreversibilidad de la construcción, del carácter expansionista del sistema carcelario, humanitarismo, valores culturales y económicos, todos enfocados contra la construcción de mas cárceles en forma separada tal vez no sean suficientes, pero juntos refuerzan la idea total: ¿es ésta la manera en que queremos tratar a nuestros semejantes?”⁸⁵

Muchos creen que el panorama precedentemente descrito y las doctrinas abolicionistas se complicaron con la publicación del libro “Vigilar y Castigar” del francés Michel Foucault, que entre otras conclusiones manifestaba que el surgimiento de alternativas a la cárcel, no representaba ningún viraje radical, por el contrario suponía una extensión del poder de castigar del Estado, consecuentemente y siguiendo a Cohen (1981) que las alternativas no reemplazaban a la cárcel, sino la complementaban, y comportaban un mayor control social.

⁸⁵ Ibidem pag 184.

Con ello expresamos que en “ese” momento históricamente determinado, los autores de esa época, pensaban que las salidas alternativas a la cárcel, implicaban un control social más intrusivo, en ocasiones, que las propias cárceles.

A los abolicionistas se les ha acusado de no plasmar un proyecto alternativo para la prisión y el sistema de justicia penal. Sin embargo, Hulsman ofrece una estrategia global para llevar a cabo su plan abolicionista consistente en:

- No penalizar los hechos aún no criminalizados.
- Intervención de otros mecanismos estatales que no sean tan represivos como el sistema penal.
- Reducir la aplicación del sistema penal, tratándose de conductas que no deben estar en los códigos penales.

“Zaffaroni ha expresado que no cree que las propuestas de Hulsman tengan aplicación en nuestros países latinoamericanos. Afirma que el efecto sería la inmediata asunción de esa parte del control social por otros mecanismos aun más peligrosos, represivos e irracionales, como pueden ser los organismos administrativos, la psiquiatría o la magistratura civil con facultades penales encubiertas. Mientras no se reduzcan los antagonismos grupales, éstos seguirán resolviendo sus conflictos por vía de un control social que aún conserva el sistema penal.”⁸⁶

Considera el autor citado, que la solución cara a cara de los conflictos, conduciría a una violencia contagiosa por la distancia y marginación que del sistema sufren muchos, haciéndose imposible la opción.

Más tarde fue Bottoms, que en 1983, advirtió el contrasentido que suponía acusar a todas las alternativas a la cárcel, de incrementar el poder disciplinario del Estado, y aún el propio Cohen en 1987, se desdijo de su primigenio pesimismo, al afirmar posteriormente que las salidas alternativas, merecían una reafirmación cautelosa de las mismas, con lo que se pone de manifiesto, que las alternativas a la cárcel, y aún más, en los delitos de menor gravedad, aún por encima de sus detractores es una necesidad palpable.

La aparición de los criminólogos abolicionistas, también supuso una cierta revuelta, toda vez que éstos, en los hechos, no entraban a discutir las alternativas a la cárcel, sino más bien salidas al conjunto del sistema penal, es decir, propender a la abolición de todo el sistema penal y por ende del sistema carcelario en su conjunto.

La conclusión en este capítulo, es sencilla, la aplicación de penas privativas de libertad en los delitos de menor gravedad, resultan totalmente perjudiciales para la persona que las sufre y prácticamente son un atentado a sus más elementales y sagrados derechos humanos,

⁸⁶ Ibidem. pag 184

reconocidos constitucionalmente, de esta realidad ni siquiera se eximen países del primer mundo altamente industrializados y por ende con mayores recursos económicos, como para poder buscar satisfactoriamente salidas alternativas a la pena privativa de libertad, como brindar adecuados tratamientos penitenciarios, estos últimos casi desconocidos en la práctica para los países del tercer mundo.

También existen estudios muy interesantes cuanto importantes, sobre la utilidad que significaría la aplicación, si vale el término, más generalizada de la llamada multa Penal, la cual, es considerada por la doctrina penal (desde la década de los Setenta) como un ventajoso sustituto de muchas penas privativas de libertad, teniendo como fundamento esencial, las tan mentadas desventajas de la aplicación de penas privativas de libertad, de duración corta. Al respecto la propia doctrina se ha encargado de exponer los sistemas más importantes en cuanto a la multa, esto es: El sistema global y el temporal.

En cuanto a sus orígenes, casi todos los pueblos de la antigüedad, en especial el griego, romano, germánico y franco, en la primera etapa de su evolución histórica, han aplicado la multa, como la pena básica, y es posteriormente que han aplicado la pena corporal y finalmente las penas de privación de libertad.

Esto nos lleva a interrogarnos, si las civilizaciones en la antigüedad, tenían una mejor política criminal y por ende una mejor y más realista concepción acerca de la aplicación de la pena.

Cabe preguntarse también, cuales podrían ser las ventajas y desventajas de la aplicación de la multa penal, como sustitutivo de las penas privativas de libertad. Al respecto, no se puede soslayar que las más modernas y actuales concepciones del derecho penal y de la criminología consideran que es más conveniente aplicar la multa, entendida como pena pecuniaria, toda vez que en el fondo son más útiles y más justas, a más de que cumplen los fines de la pena.

En cuanto a sus ventajas se tiene que la multa no permite la llamada asocialización del penado, no desintegra su familia, no deja de trabajar y aún circula en la sociedad. Señalan sus partidarios que aunque parezca contradictorio resulta más eficaz en los autores de delitos económicos y contra la propiedad, pues sus autores son reacios a habituarse a la misma. No existe contagio criminal, ni criminalización, tampoco efecto alguno de los nocivos que provoca la pena privativa de libertad.

Abogan, para su aplicación, por cuanto ésta incide lo menos posible en la persona del delincuente y en cuanto a su libertad, respeta incluso, dicen, los derechos elementales de la persona, su intimidad, la libertad, etc. No le cuesta nada al Estado y obviamente beneficia al erario público.

Beneficiaría, dicen, la atención a las víctimas del crimen, a las que se puede asistir adecuadamente, precisamente con el dinero de las multas. Serían recursos frescos para un tratamiento penitenciario para los propios delincuentes que se hallarían en prisión.

Asimismo, que existiría gran facilidad de subsanar posibles errores judiciales, la mejor individualización sobre todo judicial, teniendo en cuenta la situación del condenado, la real fuerza intimidatoria de la privación de los bienes materiales, en una sociedad de consumo y materialista como la actual, tendría mayor efecto de prevención general y aún especial.

Sin embargo, casi a la par que la multa muestra claras ventajas, también tiene sus desventajas, veamos: su mayor inconveniencia, es que no todos pueden pagar dicha multa, mientras que absolutamente todos pueden ser privados de su libertad. Viola la personalidad de las penas, pues puede ser pagada por terceros, y algunos criminólogos afirman que algunos delincuentes se ven incitados a cometer delitos económicos y contra la propiedad, para pagar luego la multa, en una suerte de azar. Asimismo, no ejerce prevención de naturaleza alguna sobre los que tienen una situación expectable y únicamente se condenaría la pobreza, y que aún siendo la multa proporcional a los ingresos y bienes del inculgado, ésta representa una carga más pesada para los pobres que para los ricos.

No obstante las grandes desventajas anotadas, actualmente los países altamente industrializados imponen preferentemente la multa, tal es el caso, no reciente, de que en el Japón más del 90 % de todas las sanciones penales, son multas, así también Suecia, país en el que el 95 % de todas sus penas, también son multas.

Existen dos sistemas: el global y el escalonado.

El sistema de multa global se basa en que el Juez, imponga una multa global, consistente en una cantidad concreta, que resultan de la conjugación de dos elementos, a saber: la gravedad del delito y la situación económica del inculgado.

En este sentido, para analizar la gravedad del delito, la norma penal sustantiva debe establecer previamente los mínimos y los máximos, y con este antecedente, será el Juez quien al margen de las circunstancias atenuantes y agravantes, analice principalmente la situación del delincuente.

Muchos códigos penales, como el Español, Italiano, Polaco, Colombiano, Checoslovaco, Yugoslavo y el de Suiza, la adoptan actualmente.

Penalistas de la talla de Bouzat, Carranca Trujillo, Carl Stooss, Donnedieu de Vabres, etc., son fervientes partidarios de la aplicación de la multa global.

Stooss, opinaba, con singular criterio, que en este tema, la solución mejor es la más sencilla, consecuentemente la aplicación por las ventajas que reviste la multa global, es inocultable, a la mirada de cualquier penalista serio.

En lo tocante, a la consideración de la aplicación de la multa en si misma, el Juez deberá individualizar su cuantía, de modo semejante a como individualiza la duración de las penas privativas de libertad, teniendo en cuenta, no sólo el salario del condenado, sino también todos los factores que puedan incidir en su situación económica, cargas familiares, deudas,

edad, medio de trabajo, etc. de manera que la multa produzca el mismo efecto en delincuentes de la misma responsabilidad.

El penalista Neymark, citado por Antonio Beristain, como ensayo de un artículo de esta naturaleza penal, indica que *“El Juez fijará la cuantía de la multa después de haber examinado y tomado en consideración la situación económica del delincuente, así como las circunstancias que influyen en dicha situación, particularmente la capacidad para ganarse la vida, el Juez deberá motivar su decisión”*.⁸⁷

Se dice que se debe establecer un límite mínimo muy bajo y un límite máximo muy alto para aquellos delitos cometidos con afán de lucro, el juez debe poder poner la pena máxima, pero tomando en cuenta la capacidad real del condenado, pero de ninguna manera apuntalando a su ruina.

Al respecto el Código Penal Suizo, en su Art. 48, número 2, establece que el Juez fijará la cuantía de la multa, según la situación del condenado, de manera que la pérdida que sufra constituya una pena correspondiente a su culpabilidad.

Para apreciar la situación del condenado, el Juez tendrá en cuenta principalmente los elementos siguientes: renta y capital, estado civil y cargas familiares, profesión y ganancia profesional, edad y estado de salud.

Las críticas a este modelo y especie, principalmente se basan en la consideración que se tiene con relación a la situación económica del reo, por cuanto señalan que a iguales delitos, por un principio de justicia, tendrían que corresponder penas iguales.

Por otra parte, es obvio considerar que, este sistema, puede dar lugar a injusticias, en el supuesto impago por empobrecimiento posterior a la sentencia, o anterior al desembolso de la multa.

El Sistema de multa escalonada, fue concebida por Bauman en su proyecto de código penal, en 1963. La propugnó como medio bastante eficaz, para sustituir las penas privativas de libertad de corta duración.

Según Baumann, la ley establece un número de días, semanas, meses-tipo o porción de multa que corresponde a cada delito. El Juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo o porción, teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que de sus ganancias, le quede la cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales.⁸⁸

En este sentido, la multa, no se paga de una sola vez, sino a largo del tiempo, a plazos fijos y según los ingresos y la capacidad económica del reo. De esta manera, la multa penal

⁸⁷ BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “Revista Argentina de Ciencias Penales”, pag 42-43.

⁸⁸ Ibidem, pag 44

“dura” y se va escalonando en un determinado tiempo, en un mínimo de un día y en un máximo de 90 meses (7 años y medio) y en todo este periodo el delincuente sólo dispone de una parte mínima de su salario.

Con este sistema se pretende estructurar como pena limitativa del “standard” de vida, reduciendo al delincuente durante un período de tiempo su dinero que es libertad objetivada, signo de nivel social y posibilidad de adquirir los bienes que desea. Este descenso en el “standar” económico-social debe perdurar durante algún tiempo, como las penas privativas de libertad, para lograr la prevención general y particular.

Ahora bien, y al margen de la infinidad de críticas que se han consignado a las penas pecuniarias o multas, existe algo que es evidente y que no podemos abstraer y que validan la multa como pena sustitutiva si el caso amerita, y es que el delito tiene un costo, que no siendo el tema de tesis se halla en el presente trabajo consignado a fin simplemente de apuntalar la sustitución de las penas privativas de libertad en delitos de menor gravedad por los costos que desfavorecen al Estado, al acusador y también al inculpado, mismos que se resumen según el autor Philippe Robert, citado por Norval Morris, en:⁸⁹

- Costos de represión.
- Costos de investigación y estudios científicos.
- Costos de prevención.
- Costos de infracciones a expensas de las finanzas públicas.
- Costos judiciales.
- Costos de ejecución.

Costos todos que podrían suprimirse o por lo menos aminorarse sustancialmente de establecerse penas alternativas a la pena privativa de libertad en delitos de menor gravedad. Sin embargo, estos costos no son el fundamento de la tesis, lo son todos los que hemos venido señalando en su desarrollo.

De todos modos, las RM citadas ampliamente, establecen que a fin de asegurarse una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección a la sociedad, debe evitarse la aplicación innecesaria de la pena de prisión, hecho que de por sí viene a ser un argumento contundente en la necesidad planteada, toda vez que aboga por razones históricas y humanas la sustitución de la pena privativa de libertad, por lo menos en los delitos de menor gravedad, cuando siendo imposible en delitos que revisten gravedad, no sea posible la abolición de las mismas dada la realidad criminal.

También establece que el sistema de justicia penal de los países miembros de las Naciones Unidas debe establecer una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, cuyo número y tipo deben estar

⁸⁹ MORRIS, Norval. Op cit. 9ag 135.

determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas, hecho que de algún modo mediante el establecimiento de salidas alternativas con criterios de oportunidad se ha venido plasmando en la realidad jurídica boliviana.

Lo interesante es que existe voluntad en la sustitución de estas penas, pues también declarar que se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente, es decir, en el concierto de las penas existentes.

Lo más importante doctrinalmente es que la ONU reconoce como teoría concluida el principio de mínima intervención pues señala que la utilización de medidas no privativas de libertad será parte del movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos.

Las RM, impone y exige mediante sus normas, un respeto importante por el delincuente, sobre todo en cuanto a su dignidad, pues a petición de éste la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente debe resolver asuntos atinentes a sus derechos individuales si es que fueren afectados, o en caso de decisiones sobre medidas que impongan una obligación antes o en lugar del procedimiento o del juicio se requiere su consentimiento. Se respetan la dignidad y el derecho a la intimidad del que goza el inculcado y su familia.

Existen como la anterior, una serie de derechos que contempla las RM tanto para el delincuente como para la víctima, y para sus familias.

En consideración la necesidad de rehabilitación del delincuente, protección a la sociedad e intereses de la víctima, la cual será consultada, las RM consideran como medidas alternativas a la pena privativa de libertad, las siguientes:

- Sanciones verbales, amonestación, reprobación y advertencia.
- Libertad condicional.
- Penas privativas de derechos e inhabilitaciones
- Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días.
- Incautación o confiscación.
- Suspensión de la sentencia o sentencia diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes, tan pocas como sea posible.

A fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su propia reinserción social, plantea como medidas posteriores a la sentencia, las siguientes:

- Permisos y centros de transición.
- Liberación con fines laborales o educativos.
- Distintas formas de libertad condicional
- Remisión.
- Indulto.

El objetivo de lo precedente es justamente disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su rehabilitación social de manera que se reduzca al mínimo la probabilidad de que vuelva a delinquir.

Esto debe ser ejercitado por autoridad competente y revisado periódicamente. El incumplimiento de las obligaciones a que se deba sujetar el reo, mismas que deberán ser expresadas oralmente por la autoridad, puede dar lugar a su modificación e incluso a su revocatoria por otra medida no privativa de libertad y excepcionalmente prisión.

La ONU considera que: capacitándose personal que ejecute las medidas no privativas de libertad, alentándose la participación de la sociedad, fomentándose a voluntarios seleccionados cuidadosamente, formulándose políticas y elaborando programas sustitutivos, vinculándose con organismos de desarrollo y bienestar social, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y la cooperación internacional por conducto de los Institutos de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente en estrecha colaboración con la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Secretaría de las Naciones Unidas, las RM establecidas podrán efectivizarse y aplicarse a través de las fronteras nacionales de conformidad con el tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.

CAPITULO QUINTO
SITUACIÓN Y LEGISLACIÓN
COMPARADAS.

CAPITULO QUINTO

SITUACIÓN Y LEGISLACIÓN COMPARADAS

1. LA SITUACION CARCELARIA EN AMERICA LATINA.-

En el caso particular de América Latina, también se demuestra fundamentalmente que son solo los sectores de población mas desfavorecidos socialmente sobre los cuales recae la pena privativa de libertad. Este tipo de pena se aplica con rigor, solo a cierto tipo de delitos, quedando excluidas otras conductas, como por ejemplo los delitos ecológicos, económicos, maltrato a mujeres y menores.

El fracaso de la llamada resocialización para la libertad, abrió el camino de lo que en México se conoce como los movimientos descarceratorios, que infelizmente no prosperaron como consecuencia de la caída del Estado de Bienestar y advenimiento de las políticas neoliberales.

*“Estos movimientos propiciaban entre otros: la excarcelación de los presos con tratamiento resocializante consistente en fuentes de trabajo, el efecto fue devastador, pues la población carcelaria subió considerablemente (1980), lo que derivó en la institucionalización del llamado tratamiento duro que significaba que al Estado ya no le ataban compromisos respecto del tratamiento penitenciario con lo que se agudizó aún más el hacinamiento, la disminución de los niveles de salud, de educación y de trabajo.”*⁹⁰

En la década de los 70, sobre todo en los países del cono sur, la implantación de regímenes autoritarios que en su afán de consolidarse encaminaron sustancialmente las políticas de control social hacia la doctrina de la Seguridad Nacional, significó para el campo penal-penitenciario un notable retroceso, pues los fines que se perseguían no podían ser otros que los de orden retributivo y vindicativo, de prevención general intimidante

Es solo en la década de los 80 con el retorno de los regímenes democráticos en la región, se introduce el debate de la cuestión carcelaria, ante el evidente deterioro de las prisiones.

“Paulatinamente se puede evidenciar que a pesar de la creación de órganos e instituciones que velan por el respeto a los derechos humanos, el estado liberal acoge los planteamientos garantistas acordes a las reglas mínimas de éstos e implementa, por otra parte y paradójicamente, programas que implican su trasgresión, como por ejemplo la creación y el surgimiento de cárceles de máxima seguridad (Bolivia 1992). Por ello el

⁹⁰ RICO, José M. “Crimen y Justicia en América Latina”. Pág. 293

estado actual carcelario es de descomposición generalizada a los fines de la pena, pues solo consisten en meras declamaciones cuando no lirismos.”⁹¹

El estado actual de las prisiones, muestra, lamentablemente, que la pena privativa de libertad, lejos de disminuir tiende a permanecer en los países latinoamericanos, a pesar de la promulgación y aplicación de medidas sustitutivas, como efectivamente se observa en el caso de Chile y Venezuela.

Con el establecimiento de las medidas sustitutivas en la década de los 90 en Chile y Venezuela población reclusa o carcelaria no ha disminuido.

2. LEGISLACIÓN COMPARADA EN AMERICA LATINA, EL CARIBE Y ESPAÑA.

2.1. ARGENTINA.

El Código Penal de Argentina, prevé cuatro tipos de penas principales: reclusión, prisión, multa e inhabilitación, y dos accesorias: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial.

La pena de reclusión, comprende dos subformas: la perpetua y la temporal, se cumple en establecimientos destinados al efecto, con trabajo obligatorio en obras públicas.

La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumple también con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

Las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valtudinarias, penadas con pena de prisión no mayores a los 6 meses pueden ser detenidas en sus propias casas.

La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que puede durar hasta tres años más. Importa la pérdida de la patria potestad, la administración de los bienes y del derecho de disposición.

El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por mas de tres años que hiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión por tres años o menos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión pueden obtener su libertad mediante auto de soltura previos requisitos contemplados en su normativa. Esta libertad condicional no se concede a reincidentes y puede ser revocada ante reincidencia, y siendo revocada no es susceptible de nueva obtención.

La multa obliga a pagar al reo la cantidad de dinero que determine la sentencia, misma que si no es cancelada en el término fijado por la sentencia, se impone prisión que no puede

⁹¹ Ibidem, op cit, Pág. 286.

exceder de un año y medio. Es facultad del órgano jurisdiccional autorizar al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante trabajo libro a pagar la multa en cuotas. En este tipo de pena no procede la condenación condicional.

Este Código, también faculta al juez, en caso de delitos con ánimo de lucro, agregar a la pena privativa de libertad, una multa, aún cuando no esté contemplada o lo esté solo en forma alternativa a ésta.

Prevé la detención preventiva, misma que a efectos de considerarse la misma se computa de la siguiente forma: dos días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión; un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa.

En función de la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo indujeron, etc., y siendo primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, el órgano jurisdiccional puede disponer la condenación condicional. Este código faculta al juez a actuar discrecionalmente en la condenación condicional, atendiendo especialmente a las circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

Por otro lado, el Código penal argentino prevé una salida alternativa al proceso al prever la suspensión del juicio a prueba, por la que el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, puede solicitar la suspensión del juicio a prueba. En este caso, el imputado, al presentar la solicitud, debe ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello signifique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil. La parte damnificada puede aceptar o rechazar esta proposición. Presumimos que si acepta, no ha lugar a proceso, el código no lo menciona, sin embargo señala que, si no acepta, y la realización del juicio se suspende, aún tiene habilitada la acción civil correspondiente. Por su parte, si las circunstancias del caso permiten dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y existe consentimiento del fiscal, el tribunal puede suspender la realización del juicio.

Referencias al tema central de la investigación:

Se trata de un Código que contempla penas duras: tal el caso de la reclusión perpetua. No diferencia específicamente entre prisión y reclusión, sin embargo permite leer que la reclusión es pena mayor a la prisión.

Faculta al juez a actuar discrecionalmente en cuanto a la realización de procesos en casos de delitos de menor gravedad, bajo el denominativo de “Suspensión del juicio a prueba”, que para nosotros viene siendo una salida alternativa.

No contempla penas alternativas a la pena privativa de libertad en delitos de menor gravedad, sino únicamente la salida alternativa previamente descrita.

Prevé la libertad condicional del condenado a reclusión o prisión por tres años o menos, de aquellos que por lo menos hubiesen cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión.

Un contrasentido es que sanciona la pobreza, pues si el condenado no cancela la multa en el término fijado por la sentencia, se impone prisión. En el caso boliviano se establece de igual modo, pues nuestro código plantea que cuando se impone conjuntamente pena de días multa y pena privativa de libertad no procede la conversión de los días multa en privación de libertad, y que en los demás casos la conversión procede cuando el condenado solvente no pague la misma, sin embargo, la conversión de la multa en reclusión ha sido derogada, por otra normativa contenida en el mismo cuerpo legal. De todas maneras es importante señalar que procede esa conversión únicamente de para aquellos que teniendo la posibilidad de hacerlo, no lo hacen.

La condena condicional se funda en criterio discrecional del juzgador, quien viendo el inconveniente de aplicar una pena privativa de libertad, puede disponer la condenación condicional en delitos de menor gravedad tratándose de delitos cuya pena no sea mayor a tres años y se trate de primera pena.

En cuanto al cómputo de la pena privativa de libertad, establece lo siguiente: Dos días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión. Hecho contra toda lógica pues la privación de libertad sea preventiva o no lo sea, constituye privación de la libertad de igual modo, pues el día solo tiene 24 horas y no 48 de ahí que aún vendría a ser más injusto que el sujeto a detención preventiva no tenga una sentencia rápida, hecho que no se halla sujeto a su voluntad sino de los operadores de justicia.

2.2. COLOMBIA.

El Código Penal de Colombia, prevé tres tipos principales de penas: prisión, arresto y multa, y siete penas accesorias.

Tanto la pena de prisión como la de arresto consisten en la privación de libertad, de hasta treinta años la primera y cinco la segunda, en lugares y formas previstos por ley, también pueden cumplirse en colonias agrícolas o similares, en consideración a la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho.

La multa, obligación de pagar al tesoro nacional, suma no mayor a diez millones de pesos, puede ser pagada en plazos, previa caución. Asimismo, la autoridad jurisdiccional puede acceder al pedido del condenado de pagar ésta mediante trabajo no remunerado, elegido por el reo y realizado a favor de la administración pública o de la comunidad.

La multa, siguiendo la doctrina mundial, puede convertirse en arresto, no pudiendo excederse en este caso de cinco años, y se faculta al reo a cancelar en cualquier momento y con ello, hace cesar la pena de arresto.

La pena de prisión, implica a su vez las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de la principal, existiendo otras penas accesorias que puede además sumar el órgano jurisdiccional, en tanto que en el caso de arresto, es facultad del juez aplicar bajo su criterio una pena accesoria o no hacerlo.

La “condena de ejecución condicional” que prevé esta norma penal, es facultad del juez, el cual la puede otorgar incluso de oficio, siempre que se trate de delitos cuya sanción sea de arresto, no requiere tiempo, o de prisión pero que no exceda de tres años y siempre en atención a que éste considere que el penado no requiere tratamiento penitenciario. Al otorgarla, se le impone penas accesorias que a juicio de la autoridad sean las necesarias. Esta condenación de ejecución condicional puede ser revocada ante la emergencia de un nuevo delito o la conculcación de cualquier inobservación de las obligaciones exigidas, haciéndose además efectiva la caución prestada, en caso contrario, transcurrido el término de prueba, que es entre dos a cinco años, la condena queda extinguida.

En cuanto a la libertad condicional, esta procede en atención al cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y en presunción de su readaptación y únicamente para penas de arresto de más de tres años o de prisión que excedan de dos.

Referencias al tema central de la investigación:

No contempla penas alternativas a las penas de prisión ni de arresto. Prevé en todo caso la condena de ejecución condicional, como facultad privativa del juez, el cual la puede otorgar incluso de oficio, siempre que se trate de delitos cuya sanción sea de arresto, no requiere tiempo, o de prisión pero que no exceda de tres años y siempre en atención a que éste considere que el penado no requiere tratamiento penitenciario. Es decir, la norma penal colombiana únicamente prevé la imposición de esta gracia en consideración de la discrecionalidad del juez, cuando debiera en nuestro concepto ampliarse, mediante normas expresas como categóricas, que tratándose de delitos cuya pena no exceda de tres años la condena condicional a fin de que el penado no sufra los nefastos efectos nocivos de las condenas cortas en prisión o arresto.

Lo novedoso viene a ser justamente que, a petición del reo, la multa pueda transformarse en prestación de trabajo, hecho que seguramente en afán de aquellos que no la pueden oblar se traduce en forma posibilitante de cumplimiento.

2.3. CUBA.

El Código Penal de Cuba establecía antes del 16 de febrero de 1999, siete penas principales y diez penas accesorias. Por referencia de nuestros profesores cubanos sabemos que

actualmente las penas principales que esta norma prevé son: muerte, privación de libertad, trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento, limitación de la libertad, multa y amonestación.

La pena de muerte, siendo excepcional, es facultad privativa del tribunal para los casos mas graves de comisión de delitos que la prevén. No es aplicable a menores de veinte años ni a mujeres gestantes al tiempo de la comisión del delito e incluso a tiempo de dictarse la sentencia.

Según consigna nuestra bibliografía, el artículo 30 del Código Penal de Cuba fue modificado por Ley Nro 87 de febrero de 1999, norma con la que no contamos, por lo que no podemos precisar exactamente su modificación, sin embargo, anteriormente a ésta, la privación de libertad podía ser perpetua o temporal, la privación perpetua podía establecerse como sanción principal del tipo previsto o alternativamente en los delitos que tiene prevista la sanción de muerte.

La privación perpetua no gozaba de derechos de gracia como la libertad condicional, ni licencia extrapenal. Excepcionalmente el tribunal sancionador, al cumplimiento de treinta años de reclusión del penado, podía otorgar la libertad condicional previo el cumplimiento de ciertos requisitos, haciéndose merecedor a la misma.

La sanción de privación temporal de libertad no puede exceder de treinta años, sin embargo el tribunal puede extender su término sin límites de duración por agravación extraordinaria y ésta se halle descrita en delitos y excediera de este lapso, también por reincidencia o multireincidencia en delitos que excedan los treinta años y al formarse sanción conjunta.

La sanción de privación de libertad se cumple en establecimientos penitenciarios creados a ese fin. Los sancionados son distribuidos en grupos y solo en casos especiales se puede disponer su cumplimiento aislado. Los menores de veinte años la cumplen en establecimientos especialmente destinados a ellos o en secciones separadas de los destinados a mayores de esa edad, esto incluso puede disponerse para personas comprendidas entre veinte y veintisiete años, todos bajo el sistema progresivo.

El sancionado no puede ser objeto de castigos corporales ni es admisible medidas humillantes o que menoscaben su dignidad. Durante el cumplimiento de la sanción, los sancionados aptos para el trabajo efectúan labores útiles, si brindan su consentimiento.

Por su parte, a solicitud del Ministerio del Interior, podía el órgano jurisdiccional durante el término del cumplimiento de la sanción de privación temporal de libertad, sustituirla por alguna de las sanciones subsidiarias como trabajo correccional con internamiento, sin internamiento y hasta limitación de libertad, solo en caso de sanciones privativas de libertad impuestas por un término que no mayor a cinco años y siempre que el sancionado haya extinguido por lo menos la tercera parte de su condena en delitos primarios, la mitad tratándose de reincidentes o las dos terceras partes en caso de multireincidencia. Desconocemos su modificatoria.

Como novedoso se encuentran contemplados, en el propio código, los derechos que asisten a los sancionados a privación de libertad perpetua o temporal, tales como la remuneración por el trabajo socialmente útil que realizan, provisión de ropa, calzados, artículos de primera necesidad, asistencia médica, obtención a largo plazo de seguridad social, etc.

Los menores de veintisiete sancionados a privación temporal de libertad pueden lograr permisos de salidas del establecimiento penitenciario por tiempo limitado, puede concederles incluso, por causas justificadas, licencia extrapenal durante el tiempo que se considere necesario.

En cuanto a la pena de trabajo correccional con internamiento, que no estamos seguros de que aún se aplique, establece que ésta es subsidiaria a la pena de privación de libertad que no exceda de cinco años y que es aplicable cuando existen razones fundadas para estimar que la reeducación del reo es susceptible de obtenerse por medio del trabajo. Su duración es la misma que la impuesta por la sanción privativa de libertad a la que sustituye, la cual debe estar previamente fijada por el tribunal. Se cumple en los centros de trabajo que determinen el Ministerio del Interior. Al sancionado se le autorizan salidas y visitas familiares y de amistad. El tribunal, puede en cualquier momento de la ejecución de la pena suspender el cumplimiento de la misma.

La pena de trabajo correccional sin internamiento es también subsidiaria de la privación de libertad que no exceda de cinco años, y es aplicable cuando existen razones fundadas para estimar que resulta suficiente para el fin reeducativo que la pena persigue.

Al aplicarse esta pena el sancionado debe poner de manifiesto que ha comprendido los objetivos que se persigue con la sanción y además debe subvenir a las necesidades de su familia y satisfacer la responsabilidad civil declarada en sentencia, así como otras obligaciones legalmente establecidas.

Se cumple en el centro de trabajo del sancionado o en otro a juicio del tribunal, a plaza de menor remuneración o calificación o de condiciones laborales distintas y no podrá desempeñar funciones de dirección, administrativas o docentes, ni tiene derecho a ascensos ni aumentos de salario durante el término de ejecución de la sanción. Se cumple bajo la vigilancia de la administración y de las organizaciones de masas y sociales del centro de trabajo donde se le ubique. El tribunal comunica a la Policía Nacional Revolucionaria a fin de que coordine las formas de ejecución y se encargue de informar el cumplimiento de las obligaciones. Si el condenado cumple las obligaciones impuestas se declara extinguida la sanción.

La pena llamada limitación de libertad es subsidiaria de la privación de libertad que no exceda de cinco años, y es aplicable cuando existen razones para presumir que la finalidad de la sanción puede ser alcanzada sin internamiento. Es la misma que la prevista y fijada previamente por el tribunal.

Por esta pena el sancionado no puede cambiar de residencia sin autorización del tribunal, no tiene derecho a ascensos ni a aumentos de salario, está obligado a comparecer ante el tribunal cuantas veces sea llamado a ofrecer explicaciones sobre su conducta durante la ejecución de la sanción, debe observar una actitud honesta hacia el trabajo, la ley y las normas de convivencia socialista.

En cuanto a la multa, es decir la obligación del sancionado a pagar una cantidad de dinero que determina la sentencia, esta se establece según las condiciones económicas del penado, en su caso, el salario que perciban los trabajadores de la misma categoría, cuidando en no afectar sus propias necesidades y las de su familia. Puede pagar a cuotas dentro de un período que no exceda los dos años. El incumplimiento en el pago de alguno de los plazos lleva aparejada la pérdida de este beneficio.

La amonestación, que parece aún subsistir, consiste en el reproche que hace el tribunal al sancionado, oralmente, en público o en privado, y en forma sencilla y breve, cuidando de que a éste no se lo humille ni se lo hiera en su dignidad, exhortándolo a no reincidir, sugiriéndole, de ser posible y oportuno, los medios racionales de prevenir nuevas conductas infractoras.

El tribunal puede imponer la amonestación en lugar de la multa de hasta cien cuotas, cuando el fin de la pena pueda ser alcanzado sin necesidad de afectarlo patrimonialmente.

Prevé asimismo, la remisión condicional de la sanción, en delitos cuya pena no exceda de cinco años, y cuyo período de prueba tampoco puede sobrepasar los cinco años. Transcurrido el período de prueba, y habiendo cumplido el reo las exigencias requeridas por el tribunal, éste declara la extinción de la sanción.

Referencias al tema central de la investigación:

Como se advierte, la legislación penal cubana, así como sanciona drásticamente con penas que incluso son de muerte los delitos mayores, también establece sanciones subsidiarias, para nosotros penas alternativas, tratándose de delitos de menor gravedad, hecho que viene a corroborar el principio de proporcionalidad de las penas previsto por la doctrina contemporánea.

De un claro y sencillo análisis de su normativa, se establece que tanto la pena de trabajo correccional con internamiento, la pena de trabajo correccional sin internamiento y la llamada limitación de libertad, penas subsidiarias que no sabemos si aún se hallan en vigencia o no pues sus normas han sido modificadas, se desprende que éstas son alternativas a la pena de privación de libertad que no excedan de cinco años y que son aplicables cuando existen razones fundadas para estimar que la reeducación del reo es susceptible de obtenerse sin la necesidad de recurrir de privar al reo de su derecho de libertad.

Con buen criterio, estas penas subsidiarias se establecen con la finalidad no de retribución sino de enmienda, toda vez que los órganos jurisdiccionales a tiempo de aplicarlas deben analizar si la reeducación será viable mediante otro elemento que no sea la privación de libertad que tan nociva es mientras más corta sea.

En estos tres casos las penas subsidiarias se aplican por el tiempo que establece la sentencia y bajo requisitos ya explicados, lo importante es rescatar en todo caso, que las mismas deben ser impuestas o fijadas por el tribunal.

Las dos primeras se cumplen en los centros de trabajo que determinen el Ministerio del Interior, sea con internamiento o sin él, el sancionado tiene varios derechos que ya enunciamos, como la autorización de salidas y visitas familiares y de amistad.

En el caso particular del trabajo correccional sin internamiento es novedoso el hecho de que se le exija al reo el poner de manifiesto que ha comprendido los objetivos que se persigue con la sanción y que además deba subvenir a las necesidades de su familia y satisfacer las responsabilidades civiles declaradas en sentencia, así como otras obligaciones legalmente establecidas, pues forma parte de su rehabilitación la asunción consciente de que ha obrado mal, en perjuicio de la sociedad, y el solo hecho de comprometerse a subvenir a las necesidades de su familia, es el requisito indispensable para que esta no se desvincule y asuma el reo su reto de mantener su familia aun siendo penado enalteciendo su orgullo de hacerlo y su autoestima.

Como se vio, se cumplen en los centros de trabajo de los sancionados o en otros a juicio del tribunal, con menor remuneración, en condiciones laborales distintas, etc., bajo la vigilancia de la administración y de las organizaciones de masas y sociales del centro de trabajo donde se le ubique, lo cual implica que el derecho penitenciario subroga, en función de democratización de la justicia y con fines de seguridad jurídica y ciudadana, su tarea de vigilancia a las masas y organizaciones sociales, lo que no nos deja de llamar la atención, pues este solo hecho implica que todos cumplen una función pública en beneficio de la correcta ejecución de la pena.

La Policía Nacional Revolucionaria, en este concierto de aplicación solo tiene por tarea la de comunicar el cumplimiento de las obligaciones y coordinar sus formas de ejecución.

Otra pena, en nuestro concepto altamente humanitaria, es la llamada limitación de libertad que como las anteriores son subsidiarias de la privación de libertad que no exceda de cinco años, misma por la que el sancionado cumpliendo requisitos de hombre honesto accede fácilmente a su libertad.

Estas tres penas subsidiarias y una gracia del Estado, como ser la suspensión condicional de la pena, prevén como requisito, que la sanción impuesta sea una pena privativa de libertad menor de cinco años, lo que implica que en consideración del legislador cubano, éste sea el límite entre los delitos de mayor y de menor gravedad.

2.4. ECUADOR

El Código Penal de la República de Ecuador distingue entre las infracciones: el delito y la contravención. Establece que son penas comunes a todas las infracciones la multa y el comiso especial, en cuanto a las penas de los delitos, éstas son: reclusión mayor, reclusión menor, pena acumulativa, prisión de treinta y un días a cinco años, interdicción de ciertos derechos políticos y civiles, sujeción a la vigilancia de la autoridad, privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios e incapacidad temporal o perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

La reclusión mayor, que se cumplirá en penitenciarias, se divide en ordinaria de cuatro a ocho años y de ocho a doce años, y en extraordinaria de doce años un día a dieciséis años y especial de dieciséis un día a veinticinco años.

La reclusión menor se divide en ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años; y extraordinaria de nueve años un día a doce años.

Las penas de reclusión se cumplirán en las penitenciarias y las de prisión en las cárceles del respectivo cantón.

El condenado a pena de reclusión mayor no tiene derecho a rebaja alguna y está obligado a pagar al Estado los gastos de su mantenimiento en los establecimientos penitenciarios. Por esta obligación, que no es extensiva a sus herederos, responde con todos sus bienes presentes y futuros. La reclusión mayor no se impone a mayores de sesenta años, el cual la cumple en un establecimiento destinado a prisión correccional.

La condena de reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o la condena a reclusión menor extraordinaria implica además la interdicción del reo de su capacidad de disponer de sus bienes que no sean mediante testamento.

En los establecimientos destinados a reclusión y prisión correccional, el trabajo es obligatorio, y su producto es invertido en función del Estado y de los propios reos, no siendo susceptible de embargo ni secuestro, salvo para el pago de alimentos forzosos.

La multa por delitos pertenece al fisco y son impuestas a cada uno de los condenados por una misma infracción, se cobra mediante apremio real, según la capacidad económica del condenado.

El comiso especial recae sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción, sobre las que han servido o han sido destinadas para cometerla.

En los casos de condena por primera vez, en delito sancionado con pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que solo se aplica multa, los jueces pueden ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de

la pena. Esta decisión debe estar fundada en el criterio de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo hayan rodeado.

Referencias al tema central de la investigación:

El Código Penal del Ecuador sanciona mediante su código penal los delitos y las infracciones. Tiene una sistemática, en cuanto a delitos, compleja y severa. No considera sanciones alternativas ni sustitutivas para delitos mayores y aún menos para los delitos de menor gravedad.

Contempla únicamente dos gracias o beneficios del Estado, la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, ambos derechos de gracia con requisitos minuciosos.

En cuanto a la suspensión condicional de la pena, para que ésta sea posible se debe tratar, como habíamos manifestado, de delitos sancionados con condena por primera vez, y a su vez la pena no debe exceder de seis meses de prisión correccional o multa. Es decir que incluso en cuanto a penalidades, las sanciones deben ser demasiado bajas para que éstas sean suspendidas. Además los jueces pueden o no, ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, siendo facultad estrictamente discrecional del juzgador y no imposición de la norma. Esa decisión debe estar, a su vez, fundada en el criterio de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo hayan rodeado.

De lo anterior se concluye que el código penal ecuatoriano no contempla ni siquiera atisbos de penas sustitutivas o alternativas para los delitos de menor gravedad, ni siquiera en cuanto a la suspensión condicional de la pena se agracia al condenado, salvo que la pena impuesta realmente sea tan mínima que como los seis meses que contempla, que imaginamos que gran parte de esta condena se cumple con la detención preventiva y mientras se ventila el juicio.

2.5. EL SALVADOR

El Código Penal de El Salvador prevé entre las penas principales: muerte, prisión y multa, y como penas accesorias las inhabilitaciones absoluta y especial. Sin embargo, las penas de inhabilitación pueden ser principales en casos determinados según lo establecen los tipos.

La pena de muerte puede ser conmutada por la de prisión de tiempo indeterminado con un mínimo de veinte años y máximo de treinta. Dentro de este periodo el juez puede incluso decretar la libertad del procesado, siempre que el condenado diere muestras de haber adquirido hábitos de trabajo y de readaptación.

La pena de prisión no puede ser mayor a treinta años, lleva inherente la inhabilitación absoluta, la cual se extiende durante el tiempo de la condena, salvo la pérdida de los derechos de ciudadano que requiere rehabilitación.

En cuanto a su cumplimiento y ejecución la norma establece que estos serán establecidos por ley y por sus reglamentos respectivos.

La multa se fija en día multa.

En caso de detención preventiva, ésta se computa a razón de un día de detención por dos día multa.

En caso de insolvencia, la pena de multa se convierte en prisión a razón de un día de prisión por dos de días multa, caso en el que no puede excederse de un año de prisión, sin perjuicio de recurrirse a la ejecución de bienes.

Previa caución se puede diferir a pagos por cuotas, debiéndose entregar en este caso la tercera parte de la multa.

En cuanto a la suspensión condicional de la pena, ésta esta prevista en razón de penas no mayores de tres años, a que el sancionado no haya sido sancionado por delito doloso y que haya evidenciado una conducta socialmente positiva, que no existan agravantes y que no esté prevista ninguna medida de seguridad de internamiento.

El tiempo de prueba, en caso de suspensión condicional de la pena, puede ser fijado entre dos y seis años.

Esta gracia puede quedar suspensa por la comisión de nuevo delito, o incumplimiento de las condiciones acordadas antes de su otorgamiento.

Referencias al tema central de la investigación:

Se trata de un Código sencillo y de sistemática clara y precisa.

Prevé como se advierte, tres tipos de penas principales: muerte, prisión y multa.

En lo novedoso puede constarse con el hecho de que las inhabilitaciones son consideradas principales cuando los tipos penales las prevén como única sanción.

No contempla penas sustitutivas o alternativas a las penas privativas de libertad en los delitos de menor gravedad, sin embargo prevé la suspensión condicional de la pena tratándose de delitos cuyas penas sean iguales o menores a los tres años, previo cumplimiento de requisitos rigurosos que la norma prevé.

2.6. ESPAÑA.

El Código Penal de España no discrimina entre penas principales o accesorias, todas pueden tener carácter principal o accesorio y existen tres: privativa de libertad, privativa de derechos y multa.

Las clasifica en todo caso según la gravedad en: penas graves, menos graves y leves.

Son penas graves: la prisión superior de tres años, la inhabilitación absoluta, la especial por tiempo superior a tres años, la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años, privación del derecho a conducir por espacio de más de seis meses, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años, privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años.

Son penas menos graves: la prisión de seis meses a tres años, las inhabilitaciones especiales hasta tres años, la suspensión de empleo o cargo público hasta tres años, la privación del derecho a conducir vehículos de un año y un día a seis años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año a seis años, privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años, la multa de más de dos meses, la multa proporcional cualquiera fuese su cuantía, el arresto de siete a veinticuatro fines de semana, los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

Son penas leves: la privación del derecho a conducir vehículos de tres meses a un año, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año, la multa de cinco días a dos meses, el arresto de uno a seis fines de semana, los trabajos en beneficio de la colectividad de dieciséis a noventa y seis horas.

En cuanto a las penas privativas de libertad, son las siguientes: la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvando excepciones.

El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá a dos días de privación de libertad y solo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad. Se cumplen los viernes, sábados o domingos, e incluso otros días si es criterio de la autoridad, en establecimientos penitenciarios próximos al domicilio del arrestado o en depósitos municipales.

En cuanto a las penas privativas de derechos, consisten en: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, etc., la suspensión del empleo o cargo público, la privación del derecho a conducir vehículos, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y los trabajos a en beneficio de la comunidad.

La multa consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, mediante el sistema de días-multa, cuya extensión mínima es de cinco días y de dos años como máximo, en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, previendo siempre por la situación económica del condenado. Si el condenado no la satisface, el día multa se convierte en arresto de fin de semana a razón de dos días multa por una de arresto, en su caso y previo acuerdo con el penado, mediante trabajos en beneficio de la colectividad a razón de un día de privación de libertad por una jornada de trabajo.

En el Capítulo III del Título III “De las Penas”, consigna claramente un apartado especial bajo la denominación de “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, con tres secciones: De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, De la sustitución de las penas privativas de libertad y De la libertad Condicional.

El primer apartado consigna la facultad que tiene el órgano jurisdiccional de dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años atendiendo fundamentalmente la peligrosidad criminal del reo.

El plazo de suspensión es de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos: que el reo haya sido condenado por primera vez, que la pena impuesta, o la suma de las penas impuestas no superen los dos años de privación de libertad y que se haya satisfecho la responsabilidad civil o que se haya declarado la imposibilidad total o parcial de que el condenado la haga efectiva.

Ante el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el tribunal, la suspensión condicional de la pena queda firme y se acuerda la remisión de la pena, caso contrario es revocada, en cuya emergencia el reo volverá a la penitenciaria.

En cuanto a la sustitución de las penas privativas de libertad se tiene:

El órgano jurisdiccional puede sustituir, antes de iniciarse la ejecución de la pena, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, en atención a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, el esfuerzo para reparar el daño. Cada semana de prisión es sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión es sustituido por dos cuotas de multa. Esta sustitución, procede excepcionalmente en caso de reincidencia y siempre en atención a los fines de prevención y reinserción social.

El Tribunal también puede sustituir, previa conformidad del reo, las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

Referencias al tema central de la investigación:

Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, según el Código Penal de España se reducen, como hemos visto a: Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad y libertad Condicional, este último en caso de delitos que revisten gravedad y previo cumplimiento de parte de la condena.

Se ha visto como facultad del órgano jurisdiccional de dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad solo en casos de delitos que no revistan gravedad, toda vez que el legislador español únicamente favorece con este beneficio a los reos penados con pena privativa menor a dos años y que además reporte casi inofensiva peligrosidad criminal.

Esta suspensión, consigna un periodo amplio de prueba con relación a la pena, pues como se advierte es de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves.

Por su parte, coherente a la doctrina mundial contemporánea se exigen: condenación primaria, pena no superior a los dos años de privación de libertad, y satisfacción de la responsabilidad civil, en su caso declaración de imposibilidad total o parcial de asumir la misma, declaración, en nuestro concepto novedosa, por cuanto, por regla, las legislaciones vistas hasta el momento no hacen alusión al respecto.

En el caso de la sustitución de las penas privativas de libertad, por otras menos duras, estamos frente a penas alternativas, pues ante las penas de prisión que no excedan de un año puede solicitarse que se sustituyan por arresto de fin de semana o multa. Consignándose cada semana de prisión por dos arrestos de fin de semana, o que cada día de prisión sea sustituida por dos cuotas de multa, ó, las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, arresto de fin de semana por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

Como se advierte son varias las alternativas que plantea el legislador, en beneficio, creemos, de una posibilitante reincersión social.

2.7. PUERTO RICO

El Código Penal de Puerto Rico prevé penas a aplicarse a las personas naturales y a las personas jurídicas. Toda vez que la pena privativa de libertad es únicamente aplicable a las personas físicas o naturales, no consignaremos las penas aplicables a las personas jurídicas.}

Entre las penas anteriormente establecidas, consigna; reclusión; restricción domiciliaria; multa; suspensión o revocación de licencia; permiso o autorización; restitución; y prestación de servicios en la comunidad.

La pena de reclusión consiste en privación de libertad en establecimientos especialmente destinados para ello, haciendo una distinción entre penados mayores y menores de veintiún años.

La restricción domiciliaria consiste en la privación de libertad por el término de la sentencia en el domicilio del convicto o en aquella residencia temporal asignada por el tribunal, si la pena es inferior a quince días, la pena será cumplida en su propio domicilio.

La multa consiste en el pago al Estado Libre Asociado de Puerto Rico de la cantidad señalada en sentencia, en consideración a la situación económica del penado, sus responsabilidades, el grado de codicia mostrado, la profesión u oficio. Es satisfecha en plazo no mayor a treinta días en cuota extraordinaria o a plazos.

La multa puede ser sustituida mediante trabajo libre bajo la supervisión y jurisdicción del sistema correccional del Estado a razón de 10 \$us por día de trabajo, cuya jornada es de 8 horas.

La multa no satisfecha se convierte en pena de reclusión a razón de 5 \$us por cada día de reclusión.

La pena llamada suspensión o revocación de licencia, permiso o autorización es pena aplicada en casos en que en la comisión del delito se violan los requisitos exigidos por la ley para otorgar una licencia, permiso, etc.

Por la pena de restitución, el convicto queda obligado al pago, a la parte perjudicada, de los daños y pérdidas que se le haya ocasionado.

Puede ser impuesta en dinero, mediante prestación de servicios, entrega de los bienes ilegalmente apropiados o su equivalente. En los delitos menos graves la pena de restitución no excede de 500 \$us. y en los graves no excede de \$us. 5.000, el término para el pago de ésta es de treinta días. Esta pena puede ser sustituida de conformidad a la pena de multa, es decir mediante prestación de trabajo a razón de 10 \$us por día.

Finalmente la prestación de servicios en la comunidad, pena discrecional del órgano jurisdiccional, se impone por la comisión de un primer delito menos grave, a solicitud de la persona convicta, previo establecimiento de la pena en sentencia.

Consiste en prestar servicios a una corporación, asociación benéfica con fines no pecuniarios, por espacio de treinta días.

Referencias al tema central de la investigación:

El código penal ecuatoriano prevé, en nuestro concepto una verdadera medida o pena alternativa a los delitos de menor gravedad, al establecer la prestación de servicios en la comunidad.

Esta medida o pena alternativa como se advierte, viene a cumplir no solo fines de enmienda y de prevención especial, sino y ante todo una función social que no ha sido consignada específicamente por las legislaciones. En nuestro concepto, la pena no solo debe cumplir una función social de reincursión de aquellos que el sistema criminaliza como seres de inferior valor social sujetos a tratamiento, tampoco debe ser única función de control social formalizado, sino y en todo caso una función social de amplitud como viene siendo en este acápite la prestación de servicios en la comunidad requirente de apoyo y prestación, como lo son las fundaciones y asociaciones benéficas, que muchas veces no cuenta con recursos humanos.

Asimismo, el solo hecho que el penado cumpla una función social benéfica, se traduce en mayor autoestima y visión ante los múltiples problemas sociales a que nos enfrentamos. Hecho que con seguridad repercutirán necesariamente en su conciencia social. Probablemente lo referido haya sido criterio del legislador portorriqueño, si lo ha sido, huelgan las palabras de elogio.

2.8. PERU

El Código Penal de la República del Perú, consigna como penas las siguientes: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativas de derechos, y multa.

La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. La temporal tiene una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

Las penas privativas de libertad pueden convertirse en caso de que la pena no supere los dos años, en multa a razón de uno – uno; y la menor de 4 años en prestación de servicios a la comunidad, a razón de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

En cuanto a las penas restrictivas de libertad estas son: expatriación para los nacionales con duración máxima de diez años, y expulsión del país para extranjeros. Ambas se cumplen después del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Las penas limitativas de derechos son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, e inhabilitación. Estas se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito, y también como sustitutivas o alternativas de la

pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del juez no es superior a cuatro años.

La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escolares, orfanatos, y otras instituciones similares u obras públicas, en jornadas de 10 horas semanales, entre los días sábados y domingos.

La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanal.

La multa está consignada, en este código, como día multa, se extiende de un mínimo de diez días multa a un máximo de trescientos sesenta y cinco días multa. Debe ser oblada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. Si el condenado solvente no la paga se convierte en pena privativa de libertad en razón de uno- uno, y en caso de insolvencia, en limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada siete días multa impagos.

La suspensión de la ejecución de la pena, también prevista por esta normativa, se sustenta en: delitos cuya pena no exceda de cuatro años; y que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

El plazo de suspensión es de uno a tres años. En caso de incumplimiento de las reglas de conducta impuestas por el juzgador, la medida es revocada.

Una figura que amplía este derecho de gracia es justamente, la reserva del fallo condenatorio, figura por la cual, el juzgador, al disponerla se reserva el fallo condenatorio absteniéndose de dictar la parte resolutive de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan.

Opera en casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; en su caso, cuando la pena a imponerse no supera las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; y finalmente cuando la pena a imponerse no supera los dos años de inhabilitación como pena autónoma.

Finalmente se consigna también la exención de pena, para nosotros perdón judicial, por la que el juez puede eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente es mínima.

Referencias al tema central de la investigación:

Todo lo apuntado en referencia a la función social de la pena, que no sea control social o reinserción social manifestado en el caso del Código Penal de Puerto Rico, también se aplica al presente código estudiado, al poder constatar que las penas limitativas de derechos como la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, e inhabilitación, siendo autónomas se aplican como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del juez no es superior a cuatro años.

Creemos importantes los alcances que consigna la limitación de días libres que consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, pues lo que se pretende es la amplitud del margen cultural y de instrucción del reo

La suspensión de la ejecución de la pena, prevista por el código peruano es simple corolario de su normativa, pues existen figuras importantísimas de sustitución de la pena, de remisión de la misma y aún de exención que pasamos a considerar.

La reserva del fallo condenatorio, que hemos visto y que es extraña a nosotros, viene a ser justamente una figura útil, pues el juzgador absteniéndose de dictar la parte resolutive de la sentencia, le brinda una pronta posibilidad de enmienda al reo, y de protección a la víctima pues se establece sin perjudicar los derechos civiles emergentes y congruentes de la responsabilidad civil que proceda.

Es una figura alternativa especial para los delitos de menor gravedad, pues opera en casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; en su caso, cuando la pena a imponerse no supera las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; y finalmente cuando la pena a imponerse no supera los dos años de inhabilitación como pena autónoma, como ya habíamos apuntado, por ello consideramos que esta figura penal, especial del Derecho Penal Peruano brinda muchas y mayores posibilidades de enmienda al reo, sin desatender a la víctima.

Como advertimos, nos presenta también la figura del perdón, por la que el juez puede eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley y no en la sentencia, con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, y cuando la responsabilidad del agente es mínima. Lo que significa que solo en casos donde el actuar del penado no es imputable a dolo procederá esta exención.

2.9. VENEZUELA

El Código Penal de la República de Venezuela clasifica las penas en corporales o restrictivas de libertad y las no corporales; y en principales y accesorias.

Las penas corporales o restrictivas de libertad son: presidio; prisión; arresto; relegación a una colonia penal; confinamiento; y expulsión del territorio de la República.

Las no corporales son: sujeción a la vigilancia de la autoridad pública; interdicción civil por condena penal; inhabilitación política; inhabilitación para ejercer profesión, cargo, industria; destitución de empleo, suspensión de empleo, multa; caución de no ofender o dañar; amonestación o apercibimiento; pago de costas procesales; y pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan.

La pena de presidio se cumple en penitenciarías y comporta trabajos forzados dentro y fuera de éste.

El arresto se cumple en las cárceles locales o en los cuarteles de policía, sin que en ningún caso se pueda obligar al condenado a trabajar contra su voluntad.

La pena de relegación a una colonia penitenciaria impone al reo la obligación de residir en la colonia que designe la sentencia firme.

La pena de confinamiento consiste en residir, durante el tiempo de la condena, en el municipio que indique la sentencia firme, siempre a menos de cien kilómetros tanto del lugar donde se cometió el delito como de aquellos que estuvieron domiciliados a tiempo de la comisión.

La expulsión del territorio de la República impone al reo la obligación de no volver a ésta durante el término de la condena.

Las otras penalidades y aún la anterior no son parte siquiera del tema propuesto, por lo que vamos a considerar otros elementos, más importantes de valoración.

Con el denominativo de “Conversión y Conmutación de Penas”, el Código Penal Venezolano prevé varias posibilidades de conversión de las penas, esto en función de que exista impedimento en el sentenciado para cumplirla, por lo que el juez de la causa puede conmutarla: así la pena de presidio se convierte en prisión con aumento de una tercera parte, y la pena de prisión en la de arresto con aumento de una cuarta parte.

Existe una sola norma que puede apenas estimarse como medida alternativa a las penas privativas de libertad en los delitos de menor gravedad que prevé: cuando la pena que debiera imponerse al reo no excediere de treinta días de arresto, cuarenta y cinco días de confinamiento o cuatrocientos cincuenta bolívares de multa, podrá el juez de la causa conmutarla en la de apercibimiento o amonestación, siempre que el delito se hubiere cometido con circunstancias atenuantes y sin concurrir la agravante de reincidencia.

Referencias al tema central de la investigación:

Como hemos visto, amén de la libertad provisional que contempla, que además es aplicada a delitos de mayor gravedad, el código venezolano no contempla penas sustitutivas o alternativas a la pena de prisión de los delitos de menor gravedad.

Tiene a semejanza del Código Penal de Cuba una disposición por la que se contempla la pena de amonestación como sustitutiva en caso de delitos de menor gravedad, misma que además debe estar precedida de ciertos requisitos especiales sin los cuales no se da curso, como hemos visto, estos requisitos son que la pena que deba imponerse al reo no exceda de treinta días de arresto, es decir una pena demasiado baja, para la cual, en nuestro concepto, ni siquiera los operadores de justicia seguramente accionan a fin de poner el mecanismo en funcionamiento, en su caso, cuarenta y cinco días de confinamiento o cuatrocientos cincuenta bolívares de multa, lo cual tampoco apareja peligrosidad criminal. Independientemente de ello, a tiempo de conmutarla, el juez, en la de apercibimiento o amonestación, deberá establecerse que existan circunstancias atenuantes, y reincidencia, lo que nos conduce a pensar que no ha lugar el procesamiento y los gastos procesales en que debe incurrirse.

CAPITULO SEXTO

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Toda sociedad contiene una estructura de poder con grupos humanos cercanos o marginales a éste, conforme a esta estructura de poder, se ejercita un control social formal e informal punitivo o no, pero sí diferenciado. El sistema penal constituye control social institucionalizado y punitivo. Dentro de este sistema, el Derecho Penal ocupa un lugar limitado, pero el más significativo, pues se vale de medios coercitivos.

SEGUNDA.

El Derecho Penal provee a la seguridad jurídica mediante la coacción penal, coacción que tiene carácter específicamente preventivo, predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo. La coacción estatal se traduce en la imposición de penas, contenido e instrumento de control social del Derecho Penal, que siendo público, monopoliza las penas restringiendo paradójicamente la libertad garantizada por el Estado de Derecho. La pena impone coercitivamente el respeto a la libertad ajena y constituye el límite exacto a la potestad punitiva del Estado.

El jus puniendi o potestad de punir, motiva a que el Estado se erija en juez del proceso, desempeñándose a través de los órganos creados por él, para aplicarse una pena legal mediante el debido proceso, sin el cual no es admisible la condena de quien se supone haya quebrantado el orden jurídico preexistente. El principio de legalidad penal y procesal, sin exclusión de otros, legitiman y limitan el jus puniendi, de ahí que el Derecho Penal obre lícita y legítimamente mediante una pena legal.

TERCERA.

El Estado vulnera el derecho y garantía de libertad del ciudadano en función de la seguridad jurídica y salvaguarda de las libertades de la sociedad en la medida estrictamente necesaria bajo principios de prohibición de exceso, de proporcionalidad, de adecuación y de necesidad, que inspiran en especial Derecho Penal:

El principio de necesidad reclama que la incriminación de una conductas sea medio imprescindible para la protección de bienes jurídicos.

El principio de adecuación, pretende que la pena sea apta para la tutela del bien jurídico y que a tiempo de imponerse la misma, se consigne cuantitativa y cualitativamente la finalidad que persigue. La restricción de la libertad debe estar acorde a sus fines, debe perseguir un fin, debiéndose rechazar las denominadas teorías absolutas de la pena, en virtud de las cuales ésta no perseguiría ningún fin.

El principio de proporcionalidad de la pena, traduce la necesaria equiparación de la pena a la trascendencia de la conducta descrita y realizada. La proporcionalidad es analizada en dos momentos: en el momento de la conminación abstracta y en el momento judicial de la imposición de la pena. Solo si la pena es proporcional, es necesaria.

El principio de ofensividad, prevé que se pena únicamente cuando se conculca un bien jurídico en la esfera de la libertad ajena.

CUARTA.

La intervención del Derecho Penal afecta a los derechos fundamentales de la persona, priva de libertad y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Lo hace negando, en lo que sea imprescindible, la propia libertad como cuando impone una pena sea directamente la privación de libertad, sea la restricción de cualquier derecho.

El Derecho Penal debe intervenir de manera mínima o restringida, casi inexistente en la vida de los ciudadanos y solo para proteger y tutelar el máximo de los bienes jurídicos necesarios, en especial, de aquellos que tienen relevancia constitucional, a fin de conseguir para éstos el máximo de libertad, sin restringir ninguna. Sus notas fundamentales son su carácter fragmentario y su carácter secundario.

QUINTA.

El Derecho Penal mantiene el sistema social través de la tutela de los bienes jurídicos, bienes que son presupuestos imprescindibles para la coexistencia y que concretan una serie de condiciones valiosas, de ahí que, éste constituya una necesidad irrenunciable, y frente al noble deseo de abolir la coerción entre los hombres su pervivencia aparece como una amarga necesidad para una sociedad necesitada de tutela frente a quienes atentan contra las condiciones básicas de vida individual y colectiva.

SEXTA.

La pena es la legítima consecuencia del delito, pues supedita su ser a una condición, que en el campo penal se traduce en la exigencia de un comportamiento humano, típico, antijurídico y culpable, así, el delito en sentido amplio es el conjunto de presupuestos de la pena.

El delito, ontológicamente, no existe, sólo existe un conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas y una síntesis de los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado por el poder del sistema penal, para que los operadores del sistema respondan afirmativamente al avance del proceso de criminalización.

La teoría del delito nos proporciona elementos jurídicos para averiguar si existe o no lugar a la pena, formando planos conceptuales, a fin de concluir en la pena como legítima consecuencia.

La pena, es la característica esencial del Derecho coercitivo, es el instrumento más severo de control social, es un mal previsto por la ley ante una necesidad imperiosa de lograr la coexistencia humana, una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres.

Las penas privativas de libertad existieron se generalizaron en el siglo XIX como elemento dulcificante de un Derecho Penal represor. Nacieron con fines retribucionistas y de prevención general. Posteriormente se les asignaron fines y tareas de reintegración social.

El Estado legisla la pena, la establece como garante de la seguridad jurídica, la impone mediante el juez, conforme a derecho, a quien infringe la norma, siendo eminentemente personal e igualitaria.

Se ha establecido que casi todas las cárceles del mundo están pobladas de pobres. La pena privativa de libertad es una suerte de justicia selectiva, van caer en ella los individuos que pertenecen a los sectores sociales de menores ingresos, los menos aptos para la competencia que la sociedad impone.

SÉPTIMA.

La expresión "fines de la pena" es inexacta, pues, comparten los propios fines del Derecho Penal.

El Derecho Penal positivista sostiene que son dos los fines de la pena: la prevención general y la prevención especial, por la primera, se intimida, se impone y se ejecuta la pena; por la segunda, se obra sobre el ya ejecutado, buscando su resocialización, a fin de prever su futura conducta. En la prevención general la pena surte su efecto sobre la comunidad que no ha delinquido, por la especial, sobre el penado, en ambas se pretende prevenir conductas futuras.

La prevención general consiste en la amenaza sobre sociedad advirtiéndole de que la persona o personas que infrinjan la ley establecida por el Estado serán sancionadas con las penas que la misma ley contiene. Esta amenaza debe tener la suficiente entidad para configurar una coacción psicológica capaz de apartar del delito a todos los posibles autores.

Las teorías sistémicas confluyen en la prevención general integradora o positiva estableciendo que mediante la aplicación de la pena a un delincuente, los demás ciudadanos recuperan su confianza en la vigencia de las normas. La vigencia del sistema se afirma con la aplicación eficaz de la pena.

La prevención general pura conduce al terror penal, el establecimiento de límites en la utilización de la prevención general evita una utilización pervertida de la sanción penal.

El medio por el que se pretende lograr la prevención general es el ejemplo, siguiendo ésta vía se llega a la represión intimidatoria y, por último, a la venganza, pues inconscientemente, quien se ha reprimido clama venganza. Para refrenar este contenido vindicativo se sostiene que la pena “justa” es la “retributiva” y por tal, dentro de esta línea debe concluirse en que la pena debe importar la misma cantidad de mal que el delito.

OCTAVA.

La prevención especial es una finalidad acorde a las exigencias del control social, consiste en la actuación individualizada que se ejerce sobre la persona sancionada para evitar que cometa nuevos delitos, lo que puede obtenerse de dos maneras: las posiciones más reaccionarias aluden a la inoctrinación, las más progresistas a la resocialización. La primera supone evitar el delito impidiendo físicamente su comisión a través de largas penas de cárcel o incluso de la pena de muerte, la segunda, pretende que mediante el tratamiento penitenciario el sujeto no vuelva a delinquir.

Existen muchas objeciones para que este fin se concrete, entre los principales tenemos: Ineficacia, dadas las condiciones de la actual vida en prisión; peligros para los derechos fundamentales del delincuente; falta de medios adecuados y personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz, etc.

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena halla su fundamento o justificación en sí misma, sin que pueda considerarse un medio para otros fines. La pena es pura retribución por el delito cometido. Actualmente carecen de vigencia.

Las teorías relativas conciben la pena como un medio para la obtención de ulteriores fines. Tradicionalmente se agrupan en teorías de la utilidad, de la defensa social y de la enmienda.

Las teorías mixtas o unitarias, las más usualmente difundidas en la actualidad, plantean que la esencia de la pena está constituida por la retribución y que, sobre la base de ésta, la pena pretende la consecución de fines preventivos. Estas teorías privilegian la retribución como esencia y fundamento de la pena.

NOVENA

El Derecho Penal de un Estado respetuoso de los Derechos Humanos, en modo alguno puede considerar al criminalizado como a un ser inferior requirente de un tratamiento socializante porque carece de sentido moral o es un antisocial, lo que sería siempre causa de una ingerencia desmedida en sus derechos más íntimos.

La privación de libertad está en relativa contradicción con la idea de resocialización, pero a pesar de ello, no es pensable, en nuestro momento histórico, la renuncia a la prisión como pena. Tal contradicción ha de ser paliada a través de una utilización más restringida y a través de variaciones sustanciales en su contenido.

DECIMA

La cárcel nació con la civilización para guarda de los hombres, en tanto que la pena privativa de libertad, como pena accesoria, surgió en el siglo XVI para retener los cuerpos previa a la pena de muerte. El delito era un mal y su culpable un hombre perverso, olvidado de Dios, no susceptible de enmienda. Se estableció por tanto con fines de inocuización y de prevención general.

La pena carcelaria se imponía a quien no se sometía a los requerimientos pecuniarios de la autoridad judicial, la Ley de Teudis revela la delincuencia judicial medieval.

Las causas económico políticas que transformaron a finales del siglo XVII la privación de libertad en auténtica pena fueron: el sistema represivo imperante, la crisis económica que afectaba al mundo occidental en su conjunto y la utilidad económica traducida en mano de obra barata y/o reabsorción de los desempleados.

La crueldad excesiva de la pena, su ausencia de individualización, la desigualdad ante la ley, el arbitrio judicial, la instrucción secreta del proceso, denunciadas por Cesar Bonesana promovieron la reforma carcelaria propuesta por Jhon Howard en el siglo XVIII, considerándose a la pena privativa de libertad como pena en sí misma, propia de las sociedades civilizadas con fines preventivo especiales.

DECIMA PRIMERA.

Las penas privativas de libertad en los delitos de menor gravedad, contradicen la garantía de libertad prevista por el Estado de Derecho, los fines preventivo especiales, el principio de derecho penal mínimo y otros principios. En el caso boliviano, con éstas, ni siquiera se

cumple la prevención general porque no se aplican, en descrédito de la seguridad jurídica y del sistema penal.

La legislación boliviana si bien prevé penas menores en delitos de escasa relevancia social y aún penas no privativas de libertad, salidas alternativas con criterios de oportunidad, éstas no tienen fundamento ni sustrato en la realidad, pues siendo inviables por el elevado costo operacional en el sistema son inadecuadas.

La norma penal boliviana distingue entre las penas de presidio y de reclusión en función de la mayor o menor gravedad del hecho. Esta diferenciación se hace en función del Derecho Penitenciario, diferencia que en los centros carcelarios de la ciudad de La Paz no sirve, porque en la población carcelaria conviven presidiarios, reclusos y aún, detenidos preventivamente:

El presidio tiene duración de uno a treinta años y la reclusión de un mes a ocho años. La prestación de trabajo y la multa, son las únicas penas alternativas a la privativa de libertad, pero no se aplican, porque no existen los medios estatales para ejecutarlas, porque los operadores de justicia no las llegan a aplicar por ausencia de acciones sobre esos tipos y porque contradictoriamente, la prestación de trabajo se halla derogada

La legislación boliviana prevé también la Suspensión Condicional de la pena y el Perdón Judicial, exigiéndose en el primer caso que la pena privativa de libertad impuesta no exceda de tres años, y en el caso del perdón judicial, que la sanción no sea mayor a un año.

Las penas cortas o fácilmente cludibles son inaplicables, provocan descrédito en la justicia boliviana y en la seguridad jurídica, crean desconciertos, desmoralización y sinsabores a quien pretende que sean aplicadas. Una pena es eficaz, cuando es posible de ejecución y cumplimiento.

DECIMA SEGUNDA

La verdadera función del sistema penitenciario, es la de constituir y mantener una determinada forma de marginación, misma que lleva al fracaso de los planes de prevención y tratamiento.

La inaplicabilidad de los fines de la pena establece que la prisión está en crisis y es un rotundo fracaso. Por lo que son necesarias otras formas de control social que no sean las penas privativas de libertad, por lo menos, no en los delitos de menor gravedad.

La pena privativa de libertad es resultado de una suerte de justicia selectiva porque van a caer en ella los individuos que pertenecen a los sectores sociales de menores ingresos, los menos aptos para la competencia que la sociedad impone.

La sustitución de las penas cortas privativas de libertad es la clave de cualquier futura reforma penal, pues constituyen nudo neurálgico de todos los sistemas punitivos del mundo contemporáneo.

DECIMA TERCERA

Las Reglas Mínimas “RM” de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad aprobadas por la ONU en 1990 promueven la aplicación de medidas no privativas de libertad así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas con objeto de fomentar mayor y mejor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal.

Las RM pretenden la introducción de medidas no privativas de libertad en los respectivos ordenamientos jurídicos de sus estados miembros para proporcionar otras opciones, a fin de reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, respetar los Derechos Humanos, exigir la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente. Asimismo alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

A fin de asegurar una mayor flexibilidad y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal, según las reglas descritas, establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.

PROPUESTAS
Y
RECOMENDACIONES

PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES

Proponemos trastocar, o por lo menos reducir, la concepción coercitiva que se tiene del Derecho Penal, por una concepción garantista del mismo, mediante la supresión de la pena privativa de libertad, mínimamente en los delitos de menor gravedad y su correspondiente sustitución por penas menos ingerentes en los derechos más íntimos del inculcado, y más respetuosas de sus derechos humanos.

Consideramos que es urgente un cambio radical en las políticas jurídico penales y penitenciarias, a fin de que, y dado los efectos nocivos generados por la prisión, mayúsculos en las penas de corta duración, sean valorados en su exacta dimensión y sean erradicadas mediante la sustitución de penas o medidas que no importen la privación de la libertad en reclusión.

Creemos necesario el cambio de mentalidad de los operadores de justicia a fin de que éstos no consideren al reo de condena como persona inferior y necesitada de tratamiento resocializante.

Pensamos que los cambios deben producirse al interior del sistema en su conjunto, y en especial en el sistema legal. Lo que significa articular los engranajes principales y secundarios, sean éstos los principios, sean los procedimientos, alrededor de una clara concepción del fin que persigue la pena, de una política criminal coherente, democrática y sujeta estrictamente a las garantías de libertad, de presunción de inocencia, del debido proceso y de todos aquellos principios que permiten el respeto a la libertad ajena y a los propios del inculcado.

Asumir el fracaso institucional de los sistemas carcelarios como su soñada reparación de seres inferiores del sistema, en virtud de que sus ideologías que justifican sus existencias han sido suficientemente negadas por sus resultados inexistentes.

En consecuencia de lo anterior, proponemos que se ejerza control social, pues es necesario, pero con elementos coherentes y afines a los principios por los que nos regimos, viendo la imperiosa necesidad de sustituir la pena privativa de libertad en los delitos de menor gravedad.

Proponemos firmemente y, en mérito a los resultados más eficaces del sistema penal venezolano, penas sustitutivas como la prestación de trabajo asalariado y de estudio. Instrumentos que, aunque no sean la panacea, por lo menos redundarán en beneficio de los reos menores, y que aunque no se articulan del todo con nuestra concepción político criminal, son soluciones expeditas en nuestra actual coyuntura.

Requerimos sustraer al grueso de reos menores de los riesgos que implican la prisionalización, pues caso contrario aquellos efectos nocivos que ésta implica también redundaran en contra de la sociedad.

Proponemos y recomendamos el urgente restablecimiento formal y real de la pena de prestación de trabajo, derogada tácitamente a tiempo de derogarse el modo de aplicación de la misma por Ley Nro 1768, como pena alternativa a los delitos de menor gravedad, con la modificación de que esta sea asalariada, aún sea con el salario básico a fin de que el reo se motive hacia su utilidad propia y social. Creemos que la derogación de la forma de aplicación de esta pena es un grave equívoco que apareja su derogación como pena no obstante que son varios los tipos penales que la contemplan y que por la disposición mencionada se hace inviable en descrédito del sistema penal boliviano y de la sociedad toda.

Asimismo, sostenemos que urge el replanteamiento y reforma de la detención domiciliaria prevista en nuestra legislación, evolucionando hacia que ésta sea también aplicada a varones, por cuanto no se entiende que en un sistema que no hace diferencia por género, tenga que ser exclusivo beneficio femenino. A su vez que, con fines de aplicación sustitutiva, se derogue su impertinente requisito eticista de honestidad, pues viene a ser elemento perturbador de la norma, ya que este tipo de elementos son de subjetiva interpretación, amén de que sean conceptos tempo espaciales de discriminación.

Creemos y sostenemos como recomendación, que las reformas penitenciarias se sustenten sobre la base de una política de no criminalización renunciándose a las ideologías de reeducación, resocialización, reincursión, insistiendo en criterios más amplios y coherentes al sistema como es justamente la revalorización de la vida y la libertad como los bienes mas preciados, a fin de que, en torno a ellos giren todos los demás procesos.

Finalmente pensamos que, como operadores de Justicia, es nuestro deber tender al fortalecimiento de una democracia garantista, en cuyo marco las concepciones político criminales de corte social, tengan que vislumbrar mejores beneficios para quienes, siendo los menos aptos en la competencia de la vida, puedan penar en libertad, delitos que no revistan gravedad, mediante instituciones sustitutiva como la interdicción de derechos que no comporten relevancia constitucional, detención de fin de semana en centros especializados, arrestos domiciliarios, multa reparatoria, y en los casos que revistan mayor importancia entre los delitos menores penas de prisión discontinua.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALBERTO LUPIAÑEZ, Hugo, “Revista Boliviana de Ciencias Penales”, Nro.6, Sociedad Boliviana de Ciencias Penales, Edit. SENAPI, Bolivia, 1997.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita, “Capítulo Criminológico”, Edit. Astro Data S.A., Venezuela, 1994

BARATTA, Alessandro, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal.”, Edit. Siglo XXI, México, 1989.

BERGALLI R, y otros, “El pensamiento Criminológico II”, Edit., Temis, Colombia, 1983.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “Revista Argentina de Ciencias Penales”, Edit. Plus Ultra, Argentina, 1976.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CODIGO PENAL BOLIVIANO, Ley Nro. 1768, Edit. Los Amigos del Libro, 1997.

CODIGO PENAL DE ARGENTINA. Edición oficial.

CODIGO PENAL DE COLOMBIA. Edición oficial.

CODIGO PENAL DE CUBA, Edición oficial.

CODIGO PENAL DE ECUADOR. Edición oficial.

CODIGO PENAL DE ESPAÑA. Edición oficial.

CODIGO PENAL DE PUERTO RICO. Edición oficial.

CODIGO PENAL PERUANO. Edición oficial.

CODIGO PENAL VENEZOLANO. Edición oficial.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Ley Nro. 1585 de 12 de Agosto de 1994. Edit. Los Amigos del Libro, Bolivia, 1997.

GARCIA MORILLO, Joaquín, Memoria de las Primeras Jornadas de Derecho Penitenciario de Euskadi - Prisión y Reinserción, Ponencia “Protección constitucional de los derechos de los penados”, España, 1995.

GARCIA Valdez, Carlos, “Estudios de Derecho Penitenciario”, Edit. Tecnos, España, 1982.

LARRAURI, Elena, “La Herencia de la Criminología Crítica”, Edit Siglo XXI, México, 1992.

MANUAL DE BUENA PRACTICA PENITENCIARIA – Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Reforma Penal IIDH, 1997.

MAURACH REINHART, y otros, “Derecho Penal”, Edit Astrea, Buenos Aires, 1995

MIGUEL HARB, Benjamín. “Derecho Penal – Parte Especial” Edit. Juventud, Bolivia, 1988.

MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal – Parte General”, Edit. Ariel S.A. España, 1996.

MIR PUIG, Santiago. “El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho”, Edit Ariel S.A., España, 1996.

MIGUEL HARB, Benjamín. “Derecho Penal – Parte General” Edit. Juventud, Bolivia, 1988.

MORRIS, Norval, “El futuro de las prisiones”, Edit. Siglo XXI, México 1998.

NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ley Nro. 1970 de 25 de marzo de 1999, UPS, 1999.

PEREZ MANZANO, Mercedes. “Culpabilidad y Prevención – Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.” Edit. Universidad Autónoma de Madrid, España, 1990.

PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos. “Cárcel de San Pedro: Radiografía de la Injusticia”, Edit. ISLI, Bolivia, 1996.

QUINTEROS SORIA, Yolanda, “Las Mujeres del C.O.F. Edit. CEPIES, Bolivia, 1999.

REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO), Aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990.

RICO, José, "Crimen y Justicia en América Latina", Edit. Siglo XXI, México 1998.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, "Criminología", Edit. Porrúa, S.A., 1995.

ROMERO BERRIOS, Nancy del Rosario, "Revista boliviana de Ciencias Penales" Nro 6, Sociedad Boliviana de Ciencias Penales, Edit. SENAPI, Nro. 6, Bolivia, 1997.

VARGAS ROMERO, Carlos, "Revista boliviana de Ciencias Penales" Nro 9, Sociedad Boliviana de Ciencias Penales, Edit. SENAPI, Bolivia, 2001

VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, "Lecciones de Derecho Penal", Edit. Praxis S.A., Barcelona, 1996.

VILLAMOR LUCIA, Fernando, "La Codificación Penal en Bolivia", Edit. Popular, Bolivia, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "En busca de las penas perdidas", Edit. Ediar Buenos Aires, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ediar, Bs Aires, 1988.