

PENA, CASTIGO Y PREVENCIÓN EN LA SOCIEDAD ACTUAL * . DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LAS ALTERNATIVAS DE LA PENA

*Carlos Sánchez Escobar
Profesor de la Universidad José Simeón Cañas y de la
Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer*

Sumario. Introducción. I. Pena y castigo, De los mitos empíricos a las realidades normativas. 1. La pena de prisión como propuesta de reducir el crimen. 2. Conocimiento y disuasión. 3. Aspectos económicos de la pena. 4. Prevención cognitiva. II. La inocuización del delincuente como meta de la reforma penal. 5. La pena de prisión como instrumento de incapacitación. III. El resurgimiento de la prevención. El derecho penal de la post-modernidad. 6. Los fundamentos de la prevención general positiva. 7. Función limitadora y fundamentadora de la prevención general positiva. IV. El mantenimiento de la prevención especial. 8. Esplendor y crisis de la resocialización. 9. Crítica y vigencia de la finalidad resocializadora. V. Reduccionismo de la pena como opción. 10. Visión mínima de la pena. 11. Fundamentos políticos de la sanción penal. 12. Principialismo punitivo y penas alternas. 13. Política penal y reduccionismo. VI. El modelo de penas alternativas. 14. Un sistema penal alternativo. 15. La predeterminación de las penas alternativas. 16. La razonabilidad de la pena en el modelo alternativo. 17. Configuración de penas alternativas. 18. El incumplimiento de las penas alternativas. A manera de conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El tema de la pena privativa de libertad, siempre es de actualidad, ello no obstante lo antiguo del “castigo”, en las diversas formaciones sociales de la historia humana, la pena ha revestido una trascendencia importante, hasta

* Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Máster y Especialista en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Profesor de Post-grado. M.d.B.

configurar lo que actualmente es la pena de prisión, y ahora la búsqueda de las alternativas a la misma, siempre dentro del marco sancionatorio y desde una dimensión de política penal. La presente elaboración examina las cuestiones de la eficacia preventiva de la pena privativa de libertad respecto de las funciones que de ella se pretenden, prevención general y especial desde unos enfoques renovados por la visión de la post-modernidad, los cuales pueden poner en riesgo principio sustantivos de la sistemática penal. A la lectura de los fundamentos de la pena, se trata de agregar una reflexión crítica de la misma y la opción de reducir dicho mecanismo de coerción por un sistema alternativo de penas que sea más coherente con un derecho penal democrático.

I. PENA Y CASTIGO. DE LOS MITOS EMPÍRICOS A LAS REALIDADES NORMATIVAS

1. La pena de prisión como propuesta de reducir el crimen

Una de las cuestiones más discutidas es la supuesta capacidad del derecho penal para prevenir los hechos punibles (Silva Sánchez Política 2000 p 33; Hassemer 1998 p 59) así como la de comprobar empíricamente que cualquier disminución del crimen obedece a la existencia –y a la mayor severidad– de las penas (Carranza 1994 pp. 79 a 80) en lugar de que ello se corresponde a factores sociales, culturales, educativos, de exclusión, económicos etcétera (Rico 1999 p 47 a 48; Wacquant 2000 p 125).

La defensa de la prisión, se ha fundamentado especialmente desde la década de los años sesenta –según se informa– en la sugestiva ideología de que es un mal (Roxin 1997 p 98) aspecto que es aceptado por la doctrina de *communis opinio*, y que además se estima como un mal hasta necesario (Beloff 1993 p 57; Zafaroni 2005 p 33; Cruz Castro 2004 pp. 8 a 12; Jakobs 1997 p 9). Como derivado de ello, un aspecto que es importante analizar desde una perspectiva si se quiere criminológica y penitenciarista, es la necesidad de la pena de prisión, y sus alcances. Precisamente en el trabajo desarrollado en la

postrimerías del siglo pasado von Hirsch-Bottoms-Burney-Wikstrom (Laurrari 2000 p 41, von Hirsch 1999 pp. 6/7) se refieren a la actualidad de la pena desde la finalidad de la prevención general, e informan que desde la clásica visión de Beyleveld a la prevención general se le estima, como una teoría sustancialmente subjetiva, por dos razones básicas: la primera por que la ponderación de la relación coste-beneficio es básicamente subjetiva; en segundo lugar por que la prevención debe ser percibida, no en lo que es, sino en la percepción que la persona cree que es¹.

Si la subjetividad que se reconoce de la prevención general es ya una dificultad, la utilización de dicho mecanismo para ser un desincentivo de los intentos de comportamiento delictivos, mediante la severidad de la pena, pueden generar las siguientes consecuencias no queridas: a) incrementar la delincuencia cuando el castigo no sea percibido como legítimo; b) considerar como normal el estigma del castigo, si gran parte de la población ha sido en algún momento arrestada; c) percibir su inaplicación y asumir que no se producirá ninguna consecuencia (Laurrari 2000 p 41, von Hirsch-Bottoms-Burney-Wilkstron. 1999 p 8)

Para examinar estas cuestiones propias de la eficacia de la prevención general, los estudios seguidos (Laurrari 2000 p 42, von Hirsch-Bottoms-Burney-Wilkstrom 1999 pp. 11/15) se concentraron en la pena que tiene simbólicamente la mayor intensidad de intimidación –en la década de los cincuenta a sesenta– siendo ésta la pena de muerte, de los cuales se concluyó: 1) que entre los Estados que tenía pena de muerte y aquellos que no la tenían, la tasa de homicidios era comparable; 2) que en los Estados en los cuales la pena se había abolido no había concurrido incrementos sustanciales en la tasa de homicidios².

¹ En tal sentido se ha dicho desde un plano de percepción subjetiva de la prevención que el infractor debe haberse dado cuenta de que ha existido un cambio en la severidad de la pena, debe tener en cuenta el riesgo no inmediato y debe estar persuadido de que puede ser detenido, debe de creer que será condenado y en tal sentido debe estar en disposición de alterar sus opciones.

² Un estudio más reciente entre la década de los setenta y ochenta auspiciado por la Academia Nacional de Ciencias –*National Academy of Sciences*– que sobre el tema “*On Research on Deterrent and incapacitative Effects*” señaló al menos cuatro dificultades para alcanzar conclusiones inequívocas respecto de los efectos preventivos de la pena: a) la existencia de factores ajenos al castigo que influyen en la tasa de crímenes; b) la dificultad de medir los datos de la delincuencia con exactitud; c) la confusión que media entre los efectos de prevención general e

En tal sentido el estudio sobre los efectos preventivos de la pena de prisión, concluyó que ante el déficit de las investigaciones, al no tener en cuenta el llamado efecto simultáneo, tal limitación no podía sustentar conclusiones suficientes en el sentido que, la prevención fuera un efecto desestimulante sobre el crimen y desde la magnitud de dichos alcances (García Valdés 1986 p 189). Lo anterior significa que el efecto simultáneo puede producir que una elevación de la pena produzca menos condenas (Wacquant 2000 pp. 39 a 40)³.

Para los años noventa también se informa estuvo marcada por investigaciones importantes quizá la mas paradigmática fue la de Ross la cual estuvo referida no a *felony* sino a crímenes menores –*misdemeanor* como conducción de vehículos bajo ingesta de alcohol– el cual arrojó la conclusión que para los destinatarios era más disuasorio el hecho de ser arrestado que la severidad de la sanción (Larrauri 2000 p 42 Cohen 1997 p 23)⁴. Otros estudios de Nagain determinan que aunque se ha avanzado en los conocimientos de los efectos perseguidos por la prevención general, no es posible que una opción de política penal se afirma exclusivamente sobre la eficacia de la pena (Larrauri 2000 p 42 Hirsch-Bottoms-Burney-Wilkstrom p 17 a 23) por cuanto todavía concurren limitaciones importantes que impiden un conocimiento más acabado de los efectos preventivos, sobre todo la eficacia del tiempo, impacto de la cognición profunda, la no eficacia de la norma penal en su aplicación, desconocimiento de otras causas exógenas y endógenas⁵.

incapacitación; d) la concurrencia del llamado efecto simultáneo, que implica que del mismo modo que se estima que mas castigo conduce a menos delitos, a *contrario sensu* puede ocurrir que un aumento en la severidad de las penas produzca menos condenas.

³ Lo anterior puede tener diversas explicaciones prácticas, así, por que los jueces son concientes del problema de la masificación de las cárceles y eviten su aplicación o por que tienen una mayor cautela ante la posibilidad de imponer penas severísimas; por consecuencia la mayor severidad, no tendría efecto disuasorio en el número de delitos reales cometidos o en los evitados.

⁴ Sobre ello Ross –citado por Cohen–dice: “como alguien que cree que el mundo es un sitio fundamentalmente trágico, me apena ver a personas humanitarias añadiendo más dolor y sufrimiento al ya experimentado por la humanidad con la pretensión justificable pero cuestionable de conseguir efectos preventivos”.

⁵ Para ser mas puntual se detallan los siguientes: (1) los efectos de la intimidación general se diluyen con el paso del tiempo; (2) no hay un conocimiento mas concreto de la relación existente entre aumento de la severidad de la sanción y la percepción subjetiva de los destinatarios abstractos y concretos; (3) las investigaciones que se han realizado no pueden ser asumidas con generalidad; (4) las normas no son aplicadas como lo había previsto el legiferante –*ratio legislatoris*– y no hay estudios concretos sobre la aplicación de las mismas y su impacto; (5)

Ante la situación no concluyente de parte de estudios empíricos que desde la disciplina investigativa, permitan determinar con algún grado de certidumbre, que las sanciones y el incremento punitivo de las mismas puedan incidir en la reducción de los crímenes cometidos, sin que tampoco satisfactoriamente se pueda negar su eficacia en abstención del crimen o una tasa notable de su reducción, es plausible considerar los resultados obtenidos mediante el estudio de otras disciplinas estrechamente ligadas al estudio del delito.

2. Conocimiento y disuasión

Un primer aspecto a tener en cuenta es que para que el derecho penal realice efectivamente su fin preventivo, el mismo debe ser plenamente conocido (Quintero Olivares 1999 p 309 a 310; Gómez-Benítez 2001 p 99; Welzel 2002 pp. 33 a 34; críticamente Silva Sánchez 2009 pp. 21 a 22). Indudablemente los crímenes que coinciden con normas profundamente morales-ético-sociales, enseñadas por todas las formas de control social formal e informal, se estiman naturalmente conocidas por la gran generalidad –*delicta mala in se*–. No obstante, los delitos más utilizados para justificar al derecho penal, son precisamente los que menos amenaza de pena habría de requerir, al encontrarse usualmente no sólo prohibidos sino que introyectados por las distintas formas de conciencia religiosa, moral, educativa y social. En tal sentido podría decirse que en el aspecto prohibitivo –a fuerza de sinceridad– la pena aporta poco al menos en la delincuencia tradicional.

Ahora bien, respecto de los delitos que usualmente no se encuentran respaldados de manera tan consistente por otro tipo de subsistemas normativos, ya sea por que son emergentes, o por que importan una infracción a normas técnicas (Silva Sánchez 2006 p 11) si es posible sostener, que un factor

concurrer confusiones entre la correlación del crimen y su causación; (6) hay dificultades de diferenciamiento de las diversas variables del sistema penal; (7) errores en las estadísticas oficiales del crimen; (8) desconocimiento de tipo de delincuente y que para que delitos puede instrumentalizarse la pena de manea más efectiva; (9) la concurrencia del llamado efecto simultáneo; (10) las dificultades de diferenciar entre efectos de corto y largo plazo; (11)

explicativo de su no ejecución importe una mayor incidencia⁶. También debe indicarse, en cuanto al conocimiento de la ley, que el conocer la misma, no implica el determinar dicho acto, como un acto marcadamente delictivo. Por ejemplo en muchos las personas –tanto las víctimas individuales como las sociales– pueden conocer en un plano una ley, y ante un comportamiento determinado, adecuado a la ley, no perciben el mismo como un delito, lo cual *a fortiori* también puede acontecer con el resto de los destinatarios, en tal sentido, el delito, podría ser percibido como un accidente, una tragedia, una falta, un comportamiento aceptado u tolerado⁷ o inclusive como se ha señalado la realidad delictiva también puede estar condicionada por la “normalidad” cíclica de las ambiciones y aspiraciones que a su vez implican reacciones de mayor intensidad en el control punitivo (Lippens 2009 p 127)

Así respecto de la masa de hechos que permanecen de manera silente en el tejido social, la capacidad preventiva del derecho penal, se ve sino anulada, por lo menos sensiblemente disminuida; *ergo*, ciertas personas podrían tener algún conocimiento de las leyes, pero entender que su acto concreto no es criminal, porque según su sentido no queda comprendido en la prohibición o por que el comportamiento se encuentra justificado (Paeffgen pp. 1999, 213 a 216) con lo cual en tales casos el efecto preventivo del delito y de la pena aparece bastante neutralizado⁸. Otro aspecto, es el de la eficacia que tiene el conocimiento y existencia del derecho penal, en aquellas infracciones penales que no presentan coincidencia con las normas y pautas sociales, en tal caso, la ni la existencia de la

desconocimiento completo de la subjetividad del ser humano para saber si conocen y alteran en base a ello su conducta.

⁶ Sin embargo tal área de delitos, se reduce a un determinado número de posibles infractores, y en todo caso –salvo otra línea de pensamiento– son las clases de delitos que se propugna para los procesos de descriminalización del Estado a efectos que sean intervenidos por la vía del derecho administrativo sancionador.

⁷ En tal sentido si la conducta más se aleja de la apariencia de un crimen, o de un estereotipo de delincuente permite una mayor posibilidad de que no sea llevado a los sub-sistemas del control punitivo y que ingrese la cifra negra o la dorada.

⁸ Una cuestión importante a ser contestada es por que una ley severa no genera los efectos preventivos que de ella se esperan, ciertamente las leyes severas no son aplicadas en toda su dimensión por los subsistemas penales, y en tal sentido hay un sentido neutralizante ante las desproporciones materiales normativas.

norma, ni su conocimiento genera un aspecto preventivo en el sentido de intimidación⁹.

3. Aspectos económicos de la pena

Otro aspecto importante es la dimensión del castigo, es decir, la imagen preventiva de la sanción, se vincula a la idea ponderativa o de racionalidad del ser humano dada sus preferencias y restricciones (Roemer 2007 pp. 38 a 39) ello indica básicamente una visión utilitarista sobre el juicio del llamado *homo economicus* (Silva Sánchez 2000 pp. 42 45). Empero el juicio de balance entre castigo y concupiscencia no es nuevo, y debe afirmarse su incidencia, pero no en un sentido completo y general para el orden social. El castigo podrá prevenir algunas clases de delitos en la clase media, en base a la ponderación de costo-beneficio (Montero Soler-Torres López 1998 p 24) pero ciertamente ello tampoco es decisivo, por cuanto no es la clase media, la franja poblacional que es la primacía del derecho penal (Wacquant 2000 p 27) ello en virtud de que la clase media por su estabilidad en el orden social y político del poder –al menos hasta ahora– no es sujeto predominantemente criminal respecto de ciertos delitos –es decir delinquen más en otras esferas, y no en las tradicionales– o desde una perspectiva mas propia del poder, no delinque por la doctrina del *state in conformity* es decir una recompensa a la obediencia (Laurrari 2000 p 44, Vold Bernard 1986 p 234). Paradójicamente, la norma penal estaría destinada a no prevenir a quien no obtiene las suficientes recompensas en la distribución económica y social (Hassemer 1984 p 384); tampoco lo haría respecto de aquel

⁹ Son diferentes los ejemplos que pueden darse, dos bastarán, algunos delitos como los de conducción temeraria, los delitos de piratería contra la propiedad intelectual o aquellos que involucran conductas de protesta pública parecen que no tienen correspondencia con la adhesión social a dichas conductas como necesitadas de prohibición, de igual manera podría sostenerse de aquellas conductas que criminalizan las pequeñas tenencia o el consumo de drogas, en tales casos determinadas sub-culturas, o cambios valorativos de los patrones culturales, pueden incidir en la introyección de las conductas como prohibidas en el sentido de delito

que es habitual en sus comportamientos, y que no recibe respuesta del sistema y cuando la recibe, percibe tal respuesta como un coste asumido en su rol social¹⁰.

Pero además, debe considerarse que en sus diferentes formas el control social normativo formalizado resulta limitado, con “técnicas de neutralización” las cuales suministran determinadas justificaciones para cometer determinadas conductas delictivas a pesar de que se sepa no sólo de su prohibición sino de que tal actuar constituye un delito (Laurrari 2000 p 44, Matza 1964 p 69)¹¹ o en ultimo sentido entendiendo que el comportamiento es jurídica y moralmente lícito, en el sentido de constituir un *ethos* de carácter amplio, que no radica en la diversidad moral sino a valores compartidos pero contextualizados (Santoro 2008 p 77, Matza y Sykes 1957 pp. 664 a 669). Sobre tal aspecto se informa (Laurrari 2000 p 44, Schuman 1987 p 69) en relación a la capacidad de la pena para impedir ataques racistas de neo-nazis a inmigrantes determinó que lo que incide en reprimir conductas de esta naturaleza xenofóbica, es la modificación de la valoración moral de su conducta, la afectación de sus relaciones sociales –*peer group*– y el riesgo de ser capturados, así como exhibidos públicamente. En tal sentido, el mito de la prevención asume asimismo la imagen de un autor reflexivo, que no se corresponde con la realidad al menos en la generalidad de las circunstancias (Larrauri 2000 p 45 Sheley 1983 pp. 512/515)¹².

¹⁰ Ciertamente este problemas es sumamente complejo respecto de la efectividad del sistema penal, para quienes masifican el delito como forma de vida o de subsistencia, y aprende a vivir en la urbe carcelaria e incluso a ejercer poder el microcosmo carcelario, tampoco a aquellos para quienes la cárcel no representa un estigma respecto de su grupo social, y respecto de aquellos para quienes en razón de su subcultura el encarcelamiento es una forma de merito; tampoco para aquellos que necesitan a la cárcel para vivir, por que en el entorno social es más difícil sobrevivir, por lo menos durante un período que es a veces asumido como unas vacaciones

¹¹ Por ejemplo en las delincuencias de cuello blanco, fraudes de comerciantes, evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, defraudación a los consumidores, contaminación, violencia de género, violencia racial, abuso de poder, pequeñas y grandes *quaestio repetundarum* colusiones, pequeños hurtos y daños, etcétera.

¹² En verdad que usualmente se entiende que la sanción penal es el factor decisivo para el actuar u omitir humano, no se repara en que en la realización o no de una conducta incidente diferentes factores, el castigo sólo es uno de ellos, pero también concurren –para solo mencionar algunos– otros factores, el interés de cometer delitos –cual es el factor que impulsa a la comisión de hechos criminales– la destreza para cometer los delitos, la oportunidad para cometerlos –mas vigilancia,

4. Prevención cognitiva

También es importante no olvidar en relación al castigo, que ya desde Beccaria se ha aceptado, que los fines preventivos no tienen que corresponderse con la severidad de las penas (Beccaria 1988 pp. 71 a 72; LLobet 2005 p 208). De ahí, se afirma entonces, que la eficacia de la prevención, se encuentra vinculada más a la certeza de la imposición de la sanción que a la drasticidad de la misma; conforme a ello respecto de la prevención, es difícil afirmar en el plano metodológico si su eficacia se corresponde al contenido simbólico *ex ante* de la prescripción (Arroyo Gutiérrez 1995 p 32) o si depende de las posibilidades reales de la investigación y de la pena, es decir que, desde el plano ideológico la prevención aparece como un mecanismo de mayor neutralidad, por cuanto no es posible ni confirmarla ni negarla (Beloff 1993 p 53) y en tal sentido, siempre es posible recurrir a la misma para dar un contenido de legitimidad a la pena¹³.

La pervivencia de la prevención general no obstante este “déficit” precitado se ha entendido posible por el llamado principio de verdad preventivista, el cual descansa en la teoría de que las conductas pueden ser modificadas mediante incentivos (Silva Sánchez 2000 pp. 48 a 50). Ciertamente no puede negarse la eficacia de la dinámica de los incentivos en la determinación de los patrones de conducta, pero no resulta plenamente exacto, trasladar esa realidad psicológica a la configuración del castigo penal como consecuencia de un delito. Con lo anterior quiere indicarse que los incentivos no tienen por que necesariamente concurrir con la pena, perfectamente la técnica del incentivo, puede ser compatible tanto con medidas preventivas –sociales, educativas, políticas, culturales, situacionales, morales– así como los mismos pueden ser de carácter neutralizador o inclusive reparadores, por los cuales se pretende influir en la reiteración del conflicto –por cuanto el delito refleja una situación crítica– ello también vale para las técnicas del

menos vigilancia, necesidad, sensualidad– son diversas circunstancias las que pueden confluir o no estar presentes para que se cometa un delito.

¹³ Así sobre el punto se ha dicho –Mathiesen–: “El carácter paradigmático de la teoría de la prevención general sirve para que eventos incluso contradictorios se interpreten de acuerdo a esta teoría, para que la carga de la prueba se sitúe en aquellos que la cuestionan y para que

desincentivo respecto del crimen; todo ello indica que aunque la conducta se modifica por la vía de los incentivos, ello no es un presupuesto *sine quanom* para entender que la pena sea el más eficaz de los mismos.

También ha incidido en la legitimación de la prevención, la doctrina psicológica de la introspección. Lo anterior se estructura en el sentido de un juicio de individualidad, por cuanto al internalizar que la amenaza de la pena nos disuade, extendemos esa misma conclusión respecto de lo demás; sin embargo empíricamente se ha demostrado que en muchos casos, son las claves valorativas ético-morales las que más pesan en una actitud hostil al crimen (Bergalli 1998 p 28). Al contrario, algunas investigaciones respecto de las propensiones a delinquir, han demostrado personalidades inclinadas al delito por que ellos viven el día al día, y por ende son ajenos al calculo del costo beneficio del delito (Laurrari 2000 p 46, Wilson-Hermestein. 1983 pp. 43/56) en tal sentido, al tratarse de una opción existencialista, el fundamento de un juicio de razonabilidad valorativo sobre el delito y sus consecuencias a futuro, pierde toda connotación¹⁴. La otra cuestión relevante es que la dimensión introspectiva no se corresponde con la realidad pluralista del orden social¹⁵. En resumen la conducta criminal, puede importar diversos beneficios, que un sector obtiene en su rol social comportándose adecuadamente, y que por ello, no es menester que se incluya en un calculo, empero esa realidad, como se ha dicho, no puede predicarse de todo el orden social por lo cual, el aspecto introspectivo también resulta al menos relativo.

argumentos basados en el sentido común se acepten como la más sólida o única evidencia en su apoyo”.

¹⁴ Este fenómeno se puede ver agudizado en ciertos sectores de la sociedad, un grupo particular de esta forma de desarrollar su existencia vital son las pandillas o maras, para quienes el sentido de la vida transcurre en una visión diferente, la frase “la vida loca” ha reflejado esa opción de vida, vivir al día, vivir al máximo, vivir hasta donde se pueda vivir, sin más límites que la clave valorativa interna del grupo.

¹⁵ Ciertamente el orden social no es uniforme, al contrario lo caracteriza su heterogeneidad, distintas clases, edades, culturas, ideologías, géneros conforman el cuerpo social, en virtud de ello, los valores que se sostienen también son multiformes y aunque hay una clave valorativa, que es común, no lo es la forma en la cual el contenido de la misma puede ser afectado, es decir los límites de lo prohibido, permitido, aceptado, tolerado. También tal multiformidad es aplicable en cuanto a la posible valoración de la sanción, quienes se encuentran convencidos de que su actuar es legítimo, no percibe a la pena como un castigo, por que en su contexto cultural la pena no tiene esa dimensión; De igual manera en el área de la marginalidad, quienes viven del delito y están etiquetados como delincuentes por el sistema y se conciben de esa misma forma internalizando ese rol, no se permea ante la dimensión del castigo.

El otro aspecto que afirma la pervivencia de la prevención como fin de la pena, es también de índole cognitivo, y se encuentra vinculado a la realidad formadora de la disciplina en el hogar y en sentido estricto del castigo del *pater familia* (Gimbernat 1990 p 175). No es ocioso afirmar, que las experiencias aprehendidas desde la infancia impactan en el sentido común de la personas. Pues bien, el efecto preventivo desde la influencia psicológica ha sido sostenido en la dogmática penal sobre la base de la relación Estado-castigo padre-castigo. Sin embargo debe reconocerse que aunque el Estado en un tiempo se consideró *L'etat providence* y actualmente *L'etat paternat* hay mucha distancia entre la relación Estado y padre.

Ciertamente, el castigo que se impone a un hijo deriva de un conflicto, pero se impone la más de las veces sumariamente y en el mismo concurre una mezcla de severidad-amor con un claro contenido educativo, sin que ello afecte excesivamente la relación de afectividad entre hijos y padres. Dichas características son impredicables del castigo del Estado, como correctamente es señalado por la criminología, las teorías del aprendizaje (Larrauri 2000 p 47, Akers. 1994 p 98) o las del control (Larrauri 2000, p 47 Goffredson-Hirsch 1990 p 99) que fundan la obediencia sobre la base del castigo, se sostienen por cuanto, la conducta esperada se encuentra afirmada por un vínculo de ágape que se quiere mantener entre hijo y padre, es decir hay una receptividad a la finalidad del castigo por los vínculos filiales, el respeto y el amor. Pero esas finalidades de amor y respeto no pueden predicarse en la relación gobernado-Estado, es más la desigualdad y la exclusión social, lleva a los sectores afectados a negar respeto y legitimidad al Estado para que puede desarrollar una función sancionatoria.

Otro aspecto que mantiene la legitimidad de la prevención general respecto de la eficacia de la pena, es la aludida consecuencia de la prueba contra-fáctica, es decir en la necesidad del derecho penal y de la pena como última medida de intervención, y en cual serían las opciones de no utilizar el sistema penal, para resolver los conflictos sociales más intolerantes (Roxin 1993 p 29). Ciertamente es difícil –por no decir imposible– en el actual estado de cosas, pensar un sistema sin la intervención del derecho penal, pero ello mismo no debe llevar a concluir que la

prisión debe ser la única opción y que un sistema más diversificado de penas, puede generar una eficacia de prevención suficiente sin que tenga que acudir a la pena de prisión como *prima ratio*, por cuanto hay un amplio consenso en el sentido que, el abuso del derecho penal no es la solución para los conflictos sociales y que ello sólo significa un exceso de la función instrumental negativa de la pena y con énfasis de la pena de prisión (Arroyo Gutiérrez 1997 pp. 100 a 102; Roxin 2008 pp. 350 a 351; Ferrajoli 2006 p 6).¹⁶

II. LA INOCUIZACIÓN DEL DELINCUENTE COMO META DE LA REFORMA PENAL

5. La pena de prisión como instrumento de incapacitación

Algún sector de la doctrina penal ha abogado por la inocuización del delincuente, esa forma de dimensionar los fines preventivos de la pena, nunca se ha perdido en el ideario penal, y en la actualidad parecen renacer con diversos matices (Silva Sánchez 2000 pp. 91 a 92). La incapacitación es una forma e legitimación de la pena, que radica en evitar que la persona que delinquiró cometa un nuevo delito, ello mediante su encierro en la cárcel (Silva Sánchez 2000 pp. 94 a 95).

Se ha sostenido que verdaderamente la justificación de la pena de prisión, se corresponde con la finalidad de incapacitación, inclusive entendida esta como “exilio del grupo” –aunque reconociendo un sentido constructivo de inhibición– (Mead 2008 p 246) por cuanto en la actualidad, la prevención especial como fin de la pena de prisión sólo se legitima desde el plano formal, y la prevención general se encuentra cuestionada en cuanto a su eficacia. En tal sentido, se señala que el

¹⁶ Ciertamente cuando se alude a la prevención general para justificar la pena de prisión, se desconoce que en el contexto de una doctrina instrumental la pena de prisión, debería demostrar –precisamente por su carácter utilitarista– no sólo que la pena es eficaz sino que es el medio de menor lesividad al cual se debe recurrir respecto de determinados comportamientos. A ello debe añadirse que más que efectos *ex ante* en cuanto al merecimiento penal, su eficacia se centra más en la posibilidad de ser descubierto y en la asertividad de la sanción; pero al igual que en el área de gestión preventiva de la política criminal, resulta más onerosa el incremento de la propensión de

fundamento material que le corresponde a la pena de prisión es la del encarcelamiento con la finalidad de que quien es encerrado no cometa delitos al exterior de la cárcel (Sandoval Huertas 1982 p142).

Dicha justificación de impedir el delito, encerrando a quien lo comete, ha ganado una creciente adhesión en el modelo punitivo norteamericano (Larrauri 2000 p 49, Ziming-Hawkins 1995 p 4) dicha incapacitación se ha entendido como: “un proceso de eliminación, a medida que el debate académico y público acerca de las otras funciones de la prisión socavó la fe en la posibilidad de la rehabilitación y en la prevención general como base desde la cual adoptar decisiones ajustadas de cuanto imponer una pena de prisión”. Sin embargo, la pena de prisión con fines de incapacitación no se encuentra exenta de problemas y de críticas al menos para el sistema del *civil law*¹⁷ (Silva Sánchez 2000 p 99; Mir Puig 2006 p 104 a 105).

Al destacarse la necesidad de que toda pena reconozca límites, la finalidad de incapacitación, debería responder a criterios que permitieran limitar una pena que se sustentará sobre una finalidad como la aludida –ciertamente no nos adherimos a la doctrina de la incapacitación– pero tampoco dejamos de reconocer, el ímpetu que ha tomado, y en tal sentido es menester indicar que la recepción de la misma, no puede quedar en un ámbito de discrecionalidad absoluta, por lo cual normativamente, debe tenerse unas limitaciones, que permita a los jueces disponer de un ámbito de control sobre la determinación de la misma –por lo menos en aquellos países en los cuales su aplicación es una realidad –.

la averiguación y demostración en juicio de una conducta criminal que el aumento de la severidad de las sanciones.

¹⁷ Ciertamente a la finalidad incapacitadora de la pena se le reconoce como problema su incompatibilidad con el principio de prohibición de exceso, el cual como manifestación del principio de proporcionalidad rige con mayor énfasis en el modelo de los sistemas continentales que respecto de los modelos del *common law*. Precisamente por ello es evidente que debido a la severidad de la pena de prisión –y de esta en su modalidad de incapacitación– el encarcelamiento de las personas con fines de evitar cualquier delito futuro vulneraría la proporcionalidad de la pena, en relación al hecho cometido. Una justificación de la pena sobre una finalidad genérica de fines de incapacitación para la pena privativa de libertad resultaría desproporcional. Por ello la opción de un modelo como el norteamericano fundado en necesidades de incapacitar a los personas para evitar crímenes futuros debería en todo caso reconocer ciertos límites irreductibles; y en nuestros países en los cuales se reconoce la centralidad del principio de dignidad humana, la vigencia del principio de proporcionalidad en su sentido general, una pena de incapacitación resultaría contraria a dichos principios constitucionales.

Por ejemplo, un criterio de limitación sería que la pena de prisión que es la más limitadora de los derechos fundamentales, únicamente se encontraría justificada cuando por medio de la misma, se tenga como fin la evitación de los delitos más graves. Sin embargo, este criterio de limitación, requiere de una extensión por cuanto en la actualidad, la mayoría de delitos se encuentran sancionados con pena de prisión, y por determinación legal la mayoría de ellos se consideran graves en virtud de un rango determinado de pena. Por ello, es necesario entender que la gravedad de los delitos, debería entenderse vinculados a delitos sumamente violentos, y que afectaran bienes jurídicos individuales y de un rango trascendente. No obstante, debe de reconocerse que aún definiendo dichos límites, resulta difícil su manejo –y por ello es que no aceptamos la finalidad incapacitadora– por cuanto resulta casi materialmente imposible, limitar la facultad configurativa del legislador, por ello, debe recordarse lo que respecto a tal cuestión se ha dicho en el sentido de: “Habiendo aceptado por lo menos para algunos casos la legitimidad de la incapacitación como base para la pena de prisión, los liberales reduccionistas no pudieron suministrar un límite convincente que sirviera como barrera a la expansión”. (Larrauri 2000 p 50, Zimring-Hawkins p 12).

La pena con finalidades de incapacitación debe ser necesariamente limitada, ello debe de llevar a reconocer que, una pena con tal finalidad no busca evitar delitos, en su sentido más genérico como podría decirse de la prevención general, sino que el fin que legitima a la misma, es evitar los delitos más violentos que se pueden cometer contra las personas, por lo cual, las tipificaciones que tienen asignada una pena con estas características deberían encontrarse específicamente determinados, es decir limitados por decisión legal atendiendo a su extrema gravedad en atención a las condiciones siguientes: a) la comisión de un delito sumamente grave determinado ya por la ley; b) que en su desvalor el delito haya afectado severamente el bien jurídico protegido; c) que se tenga

además de una culpabilidad gravísima, una propensión de futuros actos violentos; d) la inexistencia de un medio menos lesivo para generar la protección penal¹⁸.

En todo caso la prevención de incapacitación presenta grandes reparos (Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp 268 a 272), el primero de ellos se encuentra vinculado a que las penas incapacitantes, tienden a transformarse en penas de largo alcance o de penas perpetuas, latentes o patentes, por cuanto ello es a la postre la finalidad de la incapacitación y las penas de carácter perpetuo –las penas incapacitantes lo serían materialmente– vulneran no sólo el principio de resocialización, sino la misma dignidad del ser humano, pues no limitan sino anulan sus derechos fundamentales, de ahí ilegitimidad constitucional (Meini 2009 pp. 328 a 329). El otro aspecto crítico, es la función selectiva de la incapacitación, por cuanto aunque la pena se impone por un hecho gravísimo que se ha cometido, ese aspecto sólo es parte de la pena incapacitante, el otro es la posibilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito de la misma gravedad, por cuanto la función incapacitadora no tendría sentido respecto del delito pasado, sino sobre el futuro (Silva Sánchez 2000 pp. 102 a 103) y ello ha sido objetado por dos razones fundamentales: el primero el principio de igualdad, por cuanto la duración de la condena se basa en la probabilidad de delinquir; el restante se vincula al llamado efecto falso-positivo, por el cual, personas de las que se tiene una prognosis de reincidencia en el delito, posteriormente se demuestra que no hubieran cometido delitos aún cuando no se hubiera impuesto penas de mayor duración (Larrauri 2000 p 52, von Hirsch 1987 pp. 105/138).

¹⁸ Ciertamente no consideramos que la pena con fines de incapacitación sea admisible respecto de los fines de pena que la Constitución ha reconocido, básicamente por la finalidad resocializadora, pero además han de señalarse dos agudos problemas respecto de los modelos de penas con fines de incapacitación: a) una finalidad incapacitadora tiende a transformarse en condenas cada vez más largas hasta concluirse con la cadena perpetua, es difícil mantener los fines incapacitadores sujetos a un control, por cuanto la verdadera finalidad de la incapacitación es esa y no otra, inocular al destinatario; b) la configuración y determinación de los delitos violentos pueden irse extendiendo –y es lo que usualmente sucede – hasta abarcar ámbitos a los cuales originariamente no se encontraban destinados. Es ilustrativo en el caso norteamericano la configuración de las penas de incapacitación bajo la doctrina *Three Strikes and You're Out* mediante la cual se permite imponer cadenas perpetuas a la realización de delitos por tercera vez aunque la gravedad de los mismos no sea en su configuración original desmedida.

III. EL RESURGIMIENTO DE LA PREVENCIÓN. EL DERECHO PENAL DE LA POST-MODERNIDAD

6. Los Fundamentos de la prevención general positiva

La concepción tradicional de la teoría preventiva descansa en la prevención general (Bottke 1997 pp. 60 a 61), bajo la idea de que la amenaza de la pena como mal, cumplía una función de intimidación a los posibles criminales que pretendieran realizar conductas delictivas. En el *anciem regim* tal finalidad se pretendió cumplir mediante la ejecución ejemplarizante de la pena –la pena sobre el cuerpo– (Tocqueville 1957 p 261) y dicho fin fue moderado por Feuerbach quien vinculó la función de intimidación a la ley penal, mediante la pena y la teoría de la coacción psicológica (Roxin 1993 p 25).

El ámbito de fundamentación de la pena en cuanto a la prevención se ha modificado, actualmente impera la teoría de la prevención general positiva (Pérez Manzano 1997, pp. 78 a 79), la cual no busca intimidar al aleatorio criminal, sino afirmar mediante la imposición de la pena la conciencia social de la norma (Hassemer 1982 p 137) con lo cual se confirma la vigencia de la misma (Jakobs 1998 p 15) ello ha significado un traslación importante por cuanto, la pena ya no se dirige únicamente a los potenciales delincuentes, sino a todos los habitantes, por cuanto es finalidad de la norma, confirmar su confianza en la misma, en el sentido de generar cohesión y afirmar los valores colectivos (Aniyar de Castro 2005 p 529).

Tal concepción pretende ser superadora de la crítica de la llamada antinomias de la pena (Roxin 1993 pp. 32 a 35; Beloff 1993 p 61)¹⁹, en el sentido que la retribución no es excluyente de la función preventiva, por cuanto la confirmación de la validez de la norma, necesita que se imponga una pena en todo caso proporcionada ante el hecho culpablemente cometido, prevención general

¹⁹ La doctrina de la antinomia enfatiza que las funciones preventivo generales y preventivo especiales de la pena se encuentran en permanente tensión, y por ello pueden resultar contradictorias en cuanto a la fines que se persiguen, por ejemplo lo que puede resultar admisible para la intimidación, puede resultar negativo para la resocialización.

positiva y fines retributivos como último límite, son presupuestos de la pena que pueden convivir (Roxin 1981 pp. 103 a 112).

Sin embargo habrá de señalarse que en el pensamiento penal, la doctrina de la prevención general positiva ha determinado enfoques contrapuestos. Así, mientras que un sector de la doctrina entiende que la misma puede sostenerse por cuanto es inclusive limitadora de la función de intimidación por la de afirmación (Gómez Benítez 1984 p 124) otro sector es al menos receloso de los efectos que pueden derivarse de la prevención, sobre todos los efectos expansivos del derecho penal (Baratta 1984 pp. 541 ss.).

Tal tensión de la prevención general positiva es posible remitirla a sus orígenes, por cuanto respecto e ella, pueden aproximarse dos enfoques uno que se vincula a una prevención limitadora de la función intimidatoria de la pena; mientras la otra puede vincularse a una función fundamentadora de la norma penal y en tal sentido podría considerarse como ampliatoria (Schünemann 1997 pp. 91 a 93).

7. Función limitadora y fundamentadora de la prevención general positiva

A la vertiente de la función preventivo general positiva fundamentadora, es posible remitir la visión de pena de Welzel, para quien la pena cumplía una función de defensa ético-social, con lo cual el derecho penal, no debe tener como finalidad evitar únicamente conductas dañosas, sino que debe tener como aspiración influir en la conciencia de los ciudadanos, es decir en su ámbito interno ético-social (Welzel 1989 p 3).

Salvando las distancias de quienes han sostenido una tendencia de la prevención general positiva—que no pueden ser agotadas en las presentes reflexiones— debe indicarse que la renovación de tal fundamentación ha correspondido a Jakobs, aunque con importantes modificaciones. Así por ejemplo, el penalista de Bonn no coincide en que la prevención positiva tenga que tutelar determinados valores de acción y bienes jurídicos, aunque sostiene que la pena persigue el mantenimiento de la colectividad en la fidelidad hacia el derecho

(Jakobs, 1998 pp. 35 a 36) tampoco esta visión es nueva en las reflexiones sociológicas clásicas ya se presentaba esta visión de la pena como instrumento de cohesión social (Durkheim 1982 pp. 126 a 127).

Según Jakobs el fin del derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas penales, por cuanto entiende que el derecho, es no otra cosa que un instrumento de estabilización social (Durkheim 1947 p 158)²⁰, mediante la orientación de las acciones, a través de la institucionalización de las expectativas sociales. Se indica que la vida en sociedad –y en la actual sociedad– requiere de cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente a los demás; precisamente por ello, las normas jurídicas son el instrumento de estabilización y en tal sentido orientan la conducta de los ciudadanos en sus interacciones sociales. De ahí que cuando se infracciona una norma, es vital para la cohesión y el mantenimiento de las expectativas de los ciudadanos, que aquella mantenga su vigencia y se afirme (Feijoo 2007 pp. 97 a 107) pues lo contrario significaría la pérdida de confianza en el derecho y en la función orientadora que debe cumplir (Jakobs 1998 pp. 32 a 34).

Ahora bien, la pena debe mantener la firmeza del derecho, haciendo saber al infractor y a la sociedad que no obstante su trasgresión, la norma se mantiene vigente, a la negatividad del delito como conflicto social y defraudación de las expectativas sociales, se antepone la pena como positiva para afirmar la vigencia de la norma al negar la infracción de la misma, con lo cual, a la negación del delito respecto de la norma, sigue la negación de la pena hacia el delito, confirmando la norma (Jakobs 1997 pp. 7 a 11) la vuelta a –Hegel– parece innegable.

De ahí que, la función de la pena y de la norma penal que la asocia, no persigue intimidar a los ciudadanos ni al infractor para que se abstengan de cometer ilícitos; su finalidad es ejercitar la confianza ciudadana en las

²⁰ La estabilización como función de la pena siempre se ha señalado en la teoría sociológica como uno una de sus funciones sustantivas, sino la primaria, inclusive más allá, de la función de control del crimen –que se deja a otras instancias– se le señala pues como un instrumento de sostenimiento del *ethos social* al menos desde la perspectiva planteada, por ello ha indicado Durkheim respecto de la pena que la función atribuida no radica en “la de hacer expiar al culpable su falta haciéndosela sufrir, ni la de intimidar por vía conminatoria a sus posibles imitadores, sino la de tranquilizar a las conciencias, que la violación de la norma ha podido, ha debido necesariamente perturbar en su fe”

prescripciones penales (para que el orden social, tenga claro cual son las expectativas de conducir su vida en la fidelidad del derecho, y de ejercitar su confianza en el derecho, cuando la norma sea infraccionada; en ello se sintetiza lo que Jakobs llama “ejercitar el reconocimiento de la norma” (Jakobs 1997 p 8) por cuanto el derecho penal es parte del sistema normativo, el cual tiene por finalidad mantener la estabilidad de sus normas ante el conflicto (Luhmann 2007 p 95).

Ahora conviene examinar brevemente la tesis de la prevención general positiva desde una visión claramente limitadora. Sobre ello se ha dicho que el derecho penal y por ende su consecuencia más manifiesta –la pena– es altamente formalizado, dicha formalización se corresponde con su vinculación normativa, con lo cual se pretende en todo caso, limitar la intervención del derecho penal en atención a la restricción de los derechos de los ciudadanos, En tal sentido, se aboga por una afirmación normativa del derecho razonable, y en todo caso sujeta a restricción, de acuerdo a las limitaciones de su carácter formalizador que además por ello es controlable (Hassemer 1982 p 52).

Se entiende entonces que la pena siendo un instrumento del control social más formalizado –el derecho– opera en el sentido no de alcanzar fines de intimidación general, sino que pretende la “protección efectiva de la conciencia social de la norma”, y por ello es prevención general positiva, con lo cual, la pena siempre debe estar limitada por la proporcionalidad que se deriva del desvalor de los hechos –aspecto compensativo– y ha de tender como objetivo final a la resocialización del condenado, entendida únicamente como una oferta de ayuda (Hassemer 1984 p 137).

También se ha considerado a la prevención general positiva, partiendo de una pena adecuada a la culpabilidad, la cual es limite de toda pena orientada a fines preventivos de intimidación (Roxin 1976 p 18); se afirma la prevención positiva, pero reconociendo un claro limite infranqueable, en este caso la culpabilidad por el hecho, dicho limite también equilibra a la prevención negativa. De ahí que, al reconocimiento de la afirmación del derecho, de los fines de intimidación y de rehabilitación, limitados por el principio de culpabilidad se le denomine prevención integradora (Roxin 1981 p 102/104 y 183) la cual se centra

en afirmar el mantenimiento del derecho ante la infracción punible, y la confianza en la preeminencia de la norma jurídica pero sin rebasar la culpabilidad del autor, inclusive se afirma que cuando convenga a los fines preventivos especiales de la resocialización y no se afecten los fines preventivos generales, la pena puede quedar determinada por debajo de la culpabilidad (Roxin 1981 p 109).

IV. EL MANTENIMIENTO DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

8. Esplendor y crisis de la resocialización

El fin de la prevención especial fundado en la resocialización es de larga data, inclusive se puede reconocer en sus manifestaciones más primigenias en el pensamiento de la ilustración penal hasta el inicio de las llamadas “instituciones cerradas” (Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp. 237 a 239). Desde la década de los sesenta en el ideario penal fue tomando fuerza la instauración de una pena con fines rehabilitadores –bajo la idea del tratamiento– respecto de los otros fines que se predicaban al derecho penal la intimidación o la represión (Cruz Castro 1989 p 12)²¹.

De ahí que la finalidad del tratamiento fue campeando en el ámbito del derecho penal, y en tal sentido asociado a dicha finalidad educadora, mediante técnicas especiales que aspiraban rehabilitar al condenado, surgieron instituciones acordes a dichos fines, como la *probation* anglosajona, la libertad condicional (García Valdés 1986 pp.197 a 201) a la cual se asoció una pena indeterminada hasta alcanzar los fines de la rehabilitación, se impuso en tal sentido la ideología del tratamiento, con lo cual el fin resocializador de la pena se difuminó desde el continente americano hasta el europeo; el mecanismo fundamental asociado al tratamiento es el uso del tiempo para el disciplinamiento (Manzanos Bilbao 1991,

²¹ Ciertamente los derroteros de la ideología de la prevención especial fueron diversos, desde perspectivas de máxima intervención como los preconizados por la escuela positiva italiana, que propuso la disolución de la culpabilidad y de la pena y el advenimiento de una peligrosidad social para la cual sólo correspondía imponer medidas asegurativas indeterminadas; hasta las tendencias correccionalistas que se erigieron como protector de los condenados, sobre toda esa base la

pp.124 a 125) dicha forma de control tenía una impronta de rancio abolengo en un sector de la teoría sociológica, para quien la potestad punitiva tenía fines disciplinarios mediante la introyección del orden como forma de garantizar conductas obedientes y respetuosas (Weber 2002 pp. 882 a 885)

Sin embargo, los fines resocializadores impulsados por las técnicas del tratamiento penitenciario, no rindieron los frutos esperados ni respecto de los convictos, ni respecto de la evitación de los delitos, lo cual generó que a partir de los años setenta la idea resocializadora entrará en crisis, hasta en los países en los cuales se había impulsado con más ahínco e incluso la finalidad socializadora quedó huérfana en el terreno político, con lo cual sonó en su momento una marcha luctuosa para la prevención especial fincada en la resocialización (Hassemer, Muñoz Conde 2001 p. 241).

Ciertamente el fin resocializador de la pena, ha sido objeto de múltiples críticas, algunas de ellas, inician desde su contenido conceptual por cuanto se censura su falta de concreción hasta su irrealismo que partiría de una orden social en el cual todos se encontrarían integrados. Lo cierto es que sobre la resocialización se han diversificado diferentes concepciones –no es homogénea – desde las más radicales hasta otras dotadas de menor intervención. En tal sentido se han construido programas máximos de intervención que pretenden implantar en el sujeto una determinada escala de valores, y para ello se utiliza el tratamiento penitenciario, con lo cual se tiene por finalidad incidir decisivamente en la personalidad del condenado mediante una férrea disciplina que imponga una conducta de obediencia (Hassemer, Muñoz Conde pp. 249 a 250); otras se decantan por inculcar el respeto meridiano a las leyes, y otras por potenciar el respeto a los bienes jurídicos de los demás, hasta las que impulsan un auto-reconocimiento del sujeto respecto de su valor como persona –en apretado epítome– se pasara repaso de ellas.

resocialización fue vista en tal momento –influida por la doctrina del positivismo– como una opción terapéutica.

9. Crítica y vigencia de la finalidad resocializadora

Fundamento que surge desde la visión del pensamiento ilustrado, es que el derecho penal se constituye como un claro límite respecto de las potestades punitivas del Estado. En tal sentido, el hecho cometido fue una clara restricción a los alcances de la pena, por cuanto lo que se pretendía sancionar es la conducta trasgresora de una norma y de un bien vital, y no la personalidad propia del delincuente, dicho de manera sintética, el derecho penal liberal ha sostenido siempre un derecho penal de acto, quedando proscrito un derecho penal de autor.

Esta finalidad del derecho penal, no se correspondía completamente con la finalidad de la pena, cuando esta tenía como destino influir decisivamente en la personalidad del condenado, hasta el extremo de modificar su ámbito de autodeterminación, es decir una resocialización que a toda costa pretendía cambiar la forma de ser de la persona (Hassemer Muñoz Conde pp. 242 a 244); resulta obvio que un fin resocializador de esta especie no se adecua a los postulados del derecho penal nuclear, que determina ante todo la libertad del ser humano y su capacidad de autodeterminación como consecuencia de su dignidad. En resumen un fin resocializador radical no se compagina con la visión de una pena democrática.

También se ha criticado duramente a la finalidad resocializadora de la pena en el sentido de que es imposible lograr una rehabilitación del condenado en una sociedad que es marcadamente excluyente y que selecciona a los marginados – desde la teoría del *labeling approach* pasando por la del etiquetamiento, la del psicoanálisis hasta las doctrinas de la criminología crítica– por lo que debe cambiar es la estructura social y no la persona sujeta a pena (Mapelli Cafferana 1981, 177 a 178). También se ha señalado que los programas de rehabilitación no han funcionado y que la cárcel difícilmente resocializará (Sandoval Huerta 1982 pp. 104 a 105; Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp. 249 a 254) e incluso que hay personas que son irredentas respecto de los programas de rehabilitación que se han impulsado por los sistemas penales.

Ante tal panorama, parecería que la finalidad resocializadora de la pena debería abdicar, pero es prudente no arribar a esa conclusión; las críticas que tienen mucho acierto, deben ser atendidas en el sentido de modificar los signos autoritarios y deficitarios con los cuales se ha manejado tradicionalmente a la resocialización, sobre todo en lo que al tratamiento penitenciario se refiere (Roxin 1993 p 22). La pena y el régimen penitenciario ya no pueden seguirse sustentando en doctrinas como las de las relaciones especiales de sujeción, el interno no es un objeto en el centro penal, es un sujeto con plenitud de derechos salvo aquellos que se encuentran naturalmente –y razonablemente– limitados por el cumplimiento de una pena, con lo cual los derechos fundamentales de los presos no deben sufrir limitaciones irrazonables sobre la base de una preeminencia administrativa de control (Chan Mora, García Aguilar 2003, 70 a 83; Murillo Rodríguez, 2002 pp. 30 a 34; Rivera Beiras 2009 p 135 y ss.)

La pena de prisión y el régimen de cumplimiento que de ella se devenga no puede ser visto como una imposición en la conciencia y en la autodeterminación ética del penado, debe tratar de dissociarse lo menos posible, y debe hacerse una oferta de posibilidades para los condenados que les permitan reconocer sus habilidades, destrezas y potencias para maximizar el respeto al derecho de los otros. En suma una pena y un tratamiento inclusivo que tome en cuenta primordialmente al condenado y a la sociedad civil que no se encuentra excluida de la prisión, por que ésta también es parte del derecho y de la sociedad (Mir Puig 2006 pp. 73 a 74).

Afirmado la idea resocializadora conviene indicar un motivo más para su no claudicación, en este caso no es sólo de orden legal, sino constitucional, las mayorías de Cartas Magnas establecen en sus normas de política penal fundamentales, la observancia al fin resocializador de las penas, y dicha finalidad no puede dejar de tratar de cumplirse sin desconocer el mandato imperativo de la norma *normarum*, es decir la resocialización, tiene rango constitucional y por ende no puede ser desconocido por quienes tienen a su cargo la configuración del poder penal (Cruz Castro 2004 pp. 23 a 28).

Dicho lo anterior, y justificada la pena como forma de control social formalizada dentro de la que se contiene la pena privativa de libertad –mediante los fines preventivo generales y especiales positivos– debemos afirmar que dicha legitimidad la entendemos sobre la base de que la pena de prisión como el derecho penal sea una opción de *ultima ratio*, con lo cual, y dando los déficit que presenta la prevención de intimidación y confirmación como los de la rehabilitación e incapacitación, se pretende examinar desde una perspectiva mínima la reducción de la prisión, por una propuesta de penas alternas dentro de la política de configuración del poder penal, y a ese menester se dedicaran las reflexiones que siguen, haciendo énfasis en que las penas alternativas a la prisión pueden razonablemente cumplir los fines asignados a aquella con un menor costo en la limitación de los derechos fundamentales del convicto.

V. REDUCCIONISMO DE LA PENA COMO OPCIÓN.

10. Visión mínima de la pena

Ante la crisis de legitimación de la pena privativa de libertad y ante la imposibilidad de renunciar a la misma lo cual queda evidenciado en el plano real (Carranza 2009 pp. 54 a 55) corresponde preguntarse si las opciones reduccionistas pueden ser una alternativa legítima bajo el ideario de minimizar la intervención penal (Ferrajoli 1986 p 43). La configuración de un sistema de penas, pasa por determinar cual es el llamado centro de gravedad de la intervención punitiva, es decir si la gravedad va a residir en la pena privativa de libertad o en penas que no se estructuren sobre la base del encierro de las personas en prisión (Hassemer, Muñoz Conde 2001, p 272). En el ámbito jurídico penal, la pena de prisión se ha sustentado tradicionalmente como la reacción normal frente a la realización de conductas criminales, y al contrario las penas alternativas a la prisión, habrían de ser una especie de reacciones que bajos ciertos parámetros, es posible renunciar a la imposición de la pena de cárcel –levedad en la lesión,

culpabilidad disminuida, carencia de antecedentes penales— para dar paso a unas formas alternas de pena (Houed Vega 1997 p 115) .

La doctrina penal ha ido paulatinamente abogando por la sustitución de la pena privativa de libertad mediante pena alternas (El Khoury Jacob 1997, p 122; Gimbernat Ordeig 1981 p 581; Sainz Cantero 1983 p 84) pero tales posicionamientos, no alteran la idea de que la pena alternativa a la prisión ha sido entendida como una reacción excepcional al sistema penológico de sanciones que se estructura sobre el modelo de la prisión. Quizá por ello convenga formular una reflexión sobre si es conveniente un sistema más limitado o de mayor amplitud respecto de las penas alternas en relación al modelo de sistema penal actual carcelario.

11. Fundamentos políticos de la sanción penal

Un primer aspecto a abordar es el tradicional y completo apoyo del cual goza la pena de prisión, por un sector predominante del pensamiento penal, lo cual es de rancio abolengo; se destaca por ejemplo (Padovani 1981 8/15) que desde la ilustración penal se ha formulado una defensa de la superioridad de la pena de prisión, sobre otro tipología de penas, en el entendido que sería la pena privativa de libertad la que mejor cumpliría los ideales de la filosofía penal liberal²².

En primer lugar, la igualdad de las penas era un principio fundamental para el liberalismo clásico, por cuanto se quería que la amenaza de la pena, pueda servir como un contra-estímulo para la realización de conductas prohibidas como crímenes (Hobbes, 1999 p 36) ello frente a cualquier persona, sin distingo de sus condiciones sociales o individuales. En tal sentido, la pena privativa de libertad permitía —en principio— satisfacer dicho presupuesto, por cuanto priva de un bien — la libertad locomotiva— que toda persona está dispuesta a conservar, y por que el mal que se inflingiría a ese derecho, no dependería de la mayor o menor riqueza o del poderío físico del condenado; así se entendía que este aspecto igualitario no

²² La filosofía iluminista se decantaba por que el sistema punitivo cumpliera con los grandes principios de igualdad, humanidad, efectividad y proporcionalidad

podía ser cumplido por otras penas –multas o penas corporales– por cuanto la incidencia de dichas penas, tendría que ser diferente según las condiciones particulares del sujeto.

La humanización de las penas fue un aspecto fundamental en las luchas del pensamiento ilustrado, de ahí que el principio de humanidad de las penas, sea un aspecto esencial del mismo; correspondió a Beccaria su más acérrima defensa frente a un orden de penas que eran crueles, y que se sostenía causaban un sufrimiento innecesario a la persona, como forma de intimidación propia del *anciem regim* sobre todo de la pena de muerte (Beccaria 1988 p 75). En virtud de ello, respecto de las penas corporales o de la pena de muerte, la pena privativa de libertad pudo ser vista como una sanción más humanitaria, por cuanto la limitación era solamente temporal y lo era de un derecho que a diferencia de otras penas dejaba más “indemne a la persona” que otro tipo de pena, de ahí que la prisión fuera vista como una pena más humana.

La ilustración como forma de expresión del pensamiento liberal, se caracterizó también por la finalidad utilitarista, de ahí que era menester encontrar una pena que resguardando las características de igualdad y humanidad, fuera a su vez útil, es decir efectiva en cuanto a los fines de disuasión del crimen. De ahí, surgen los fundamentos de la prevención general, esto es la capacidad de que la pena opere como un poderoso estímulo para evitar la comisión de delitos; y a su vez, que cuando se hubiera cometido el delito, al superar el contraestímulo de la pena, la imposición de la misma, reafirmará la prohibición, y sirviera como instrumento –en este caso de prohibición especial– para evitar futuros comportamientos delictivos, es decir una clara opción utilitaria (Beccaria 1988 p 26). La unificación de dichas funciones, se entendía que podía lograr el cumplimiento de defensa de los derechos y bienes de las personas. Se entendía que la pena de prisión tenía la capacidad de cumplir las dos funciones preventivas asignadas, pues por una parte la pena podría construirse como una forma de perjuicio mayor que el beneficio posible que se obtuviera por el delito; y por otra parte, el cumplimiento de la pena, podría corregir los motivos que incidieron para que la persona delinquiera.

Por último, la proporcionalidad entre castigo y mal, era un aspecto también esencial para el pensamiento ilustrado, tal principio –en síntesis– se concretiza en que exista una correspondencia entre la gravedad de los delitos y de las penas (Thomasius 1994 p 290). El fundamento de la proporcionalidad en la ilustración, descansaba en la base de otros principios –la igualdad, la humanidad y la efectividad– en el sentido que mediante la proporcionalidad es posible lograr una especie de prevención general diferenciada, lo cual se traduce en que, la desigualdad de las sanciones punitivas marca un catálogo de penas de mayor y menor gravedad, la no desestimación a la inclinación del crimen, podía ser compensada por la opción de crímenes menores como una forma de contención última para defender de manera más grave otros bienes más importantes. Ciertamente este objetivo de la pena podía ser alcanzado por la prisión, por cuanto al estar sustentada sobre la privación de libertad en medidas de tiempo, la volvía una pena perfectamente graduable, aspecto que no podían alcanzarse por otras penas de carácter grave, como la pena de muerte, y los castigo corporales (Padovani 1981 p 15).

12. Principialismo punitivo y penas alternas

La importancia del reconocimiento de los principios postulados por el pensamiento ilustrado, sigue vigente y del mismo –a mi juicio– no es posible renegar en materia punitiva (Bottke 1997 pp. 49 a 51) pero si es posible examinar la vigencia de tales principios desde otro enfoque, en el sentido de sí en materia de penas, estos principios se cumplen sólo a partir de la pena privativa de libertad, o si por el contrario, es posible reconocer la primacía de los mismos, desde un modelo diferenciado de pena, en otras palabras si fuera de la pena de prisión, dichos principios pueden manifestarse en el ámbito del derecho penal. Ciertamente tal opción parece que es viable de ser sostenida, lo cual se desarrollara en los párrafos subsecuentes.

Con relación a la igualdad que se preconiza desde la pena privativa de libertad, ello debe ser reconocido, más allá de los ámbitos de selectividad con que

se actúa en el sistema penal –con lo cual tal ideario de paridad resulta bastante maltrecho– pero esta igualdad de la pena de prisión –en cuanto limita la libertad– también puede ser predicada respecto de otras penas alternativas, es decir las penas alternas también pueden cumplir con la aspiración de igualdad en materia punitiva, *vervi gratia* nos parece que la misma igualdad que se predica de la pena de prisión, puede ahora sostenerse respecto de la pena de trabajo comunitario²³, por cuanto dicha pena –mas allá de las labores– también supone una forma de control sobre la libertad del condenado.

De igual manera podría sostenerse respecto de penas como la de limitación de residencia o de cumplimiento de instrucción²⁴, por cuanto más allá del ámbito de aplicación de la pena, en ellas siempre concurre una forma de limitación a la libertad. Es más aún la pena de multa²⁵ es una opción que puede generar parámetros de igualdad –no de *communis opinio*, ver (Ferrajoli 1997 416 a 417)– según su dosificación en atención a los parámetros de individualidad del destinatario. Lo que es si es dable sostener al menos en el actual estado de cosas, es que la igualdad puede ser alcanzado por penas distintas a la clásica privación de libertad, y por tal razón, una opción de penas alternas a la prisión, no debe ser rechazada con fundamento en que no se alcanzaría el principio de igualdad, éste no es exclusivo de la pena de prisión.

El siguiente aspecto es el principio de humanidad de las penas, la prisión fue en su momento una opción, en virtud de que era una pena menos inhumana que la pena de muerte y que las penas corporales que en aquel momento se aplicaban; pero en el siglo XXI la pena de prisión resultaría más inhumana que el sistema de penas alternativas que se contemplan –por ejemplo en el Proyecto de

²³ La pena de prestación de servicio de utilidad pública se encuentra prevista en la Sección Segunda “Penas alternativas artículo 57 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica.

²⁴ La pena de limitación de residencia o de cumplimiento de instrucción se encuentran reguladas en los Artículos 58 y 60 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica.

²⁵ La pena de multa se encuentra determinada en el Proyecto del Código Penal de Costa Rica como una pena principal –Artículo 46– pero además se tiene previsto que funcione como pena alternativa en determinadas condiciones –Artículo 60– del Proyecto referido. Pero además de dichas penas alternas se prevén las siguientes: la pena de detención de fin de semana –Artículo 56– la pena de arresto domiciliario –Art. 55– la pena de caución de no ofender –Artículo 61– la pena de compensación pecuniaria –Artículo 62– la pena de prohibición de residencia –Artículo 63– la pena de amonestación –artículo 65– y sus manifestaciones.

Código Penal de Costa Rica— como la pena de multa, la pena de prestación de servicio de utilidad pública, la pena de limitación de residencia, la pena de cumplimiento de instrucción, la pena de caución de no ofender, la pena de compensación pecuniaria, la pena de prohibición de residencia o en su caso la pena de amonestación, y la amonestación como reemplazo en sus formas extraordinarias; muchas de esas alternativas de pena funcionan de manera más o menos limitada en otros ordenes jurídicos de *lege ferenda*.

La humanización de las penas, es siempre una meta por alcanzar, la pena privativa de libertad en su momento fue más humanitaria, pero en la actualidad deben sopesarse circunstancias que para el pensamiento ilustrado no era posible considerar. Así debe repararse en que la pena de prisión, en realidad también priva de muchos otros derechos, además de la libertad locomotiva, y que la misma se transfiere al círculo más cercano del condenado; ello ni aún los sistemas penitenciarios más humanos, lo han podido evitar, y ese daño se vuelve más agudo en sistemas punitivos más radicales. Otro aspecto importante a desatar es que el estigma de la prisión, genera consecuencias negativas en el momento de la vuelta a la libertad —el problema de la asistencia pos-penitenciaria— y por último la pena privativa de libertad en períodos sumamente prolongados institucionaliza²⁶ (Goffman 2001 p 13); y en períodos intermedios genera dos factores altamente negativos, provoca una subcultura de antivalores, y desestructuraliza al individuo, por cuanto se pierde familia, amigos, trabajo, etcétera (Manzanos Bilbao 1991, pp. 131 a 133).

En tal sentido, es posible sostener que la pena de prisión comparada con otros sistemas alternos de pena resulta más inhumana, por cuanto son castigos más humanizantes, aquellos que privan a la persona de un determinado bien, pero no lo limitan en una forma tan totalizadora como lo hace la pena privativa de libertad.

²⁶ Parrow ha indicado que el desarrollo de modelos de institucionalización se ha derivado a partir de la ideología organizativa, la cual hace énfasis tanto en el carácter unitario de la organización como en el fenómeno de trascender a sus entornos, y constituir un fin, ello genera procesos de institucionalización totales y son comunes a estructuras de organización que reproducen ese modelo, cárceles, asilos, hospicios, manicomios etcétera.

Ahora, debe abordarse el aspecto esencial de la efectividad como principio utilitario de la pena, es decir su eficacia en cuanto a la evitación del delito. Ciertamente que la pena de prisión por su contenido radicalmente limitador de los derechos fundamentales, es decir su contenido punitivo, puede ser utilizada como una instrumento de desestimulación contra el crimen, pero aún como se expresó en las presentes reflexiones, esa virtud disuasiva es difícil de medir (Hassemer Muñoz Conde 2001 p 304); empero hay una cuestión mucho más relevante en un sistema de configuración de penas, el cual es si, la mayor parte de los delitos castigados con penas de prisión, son una reacción excesiva y si en virtud de tal exceso se podría sustituir por un tipo de penas menos lesivas, es decir de menor intervención, lo cual significa un mayor nivel de sustitución de la pena privativa de libertad, ya en la conminación penal²⁷.

El objeto de destinación de la pena es esencial en el momento de configuración de la sanción –y ello es posible manteniendo el margen necesario de generalidad– en tal sentido, el punto de referencia del sistema punitivo al momento de establecer las penas asociadas a los crímenes, no debería estar imbuido sobre la base de la mayor gravedad, es decir pensando en el peor de los sujetos como destinatario de las normas penales –el incivil– sino al contrario una construcción frente al infractor ante el cual el derecho penal puede con una medida menos lesiva tener la suficiencia para inhibir la realización de la conducta punible prevista.

Así, la pena de prisión, no puede resultar exclusivamente justificada por su posibilidad de servir como instrumento de prevención de delitos, pues dicha capacidad simbólica y por ende abstracta, la tendría de igual manera cualquier otra clase de sanción que desde la concepción utilitarista –costo-beneficio– superara el beneficio obtenido por el delito (Montero Soler, Torres López pp. 21 a 27) esta función tampoco nos parece exclusiva de la prisión, sólo para algunos

²⁷ Tal propuesta concede a las penas alternativas una mayor significación, pero tal decisión debe ser cuidadosamente ponderada. El proyecto del código penal ha optado por un sistema restringido de penas alternativas, por cuanto la configuración de las mismas se ha estructurado en la parte de las penas en particular que corresponden al diseño de la parte general, sin que se corresponda la aplicación de las mismas en el merecimiento de la conminación penal en la cual se opta por la pena privativa de libertad.

crímenes los más graves y violentos sería posible articular tal instrumento de disuasión, en tal sentido respecto de tal criminalidad no se correspondería un sistema alternativo de penas, y necesariamente deberá mantenerse la pena privativa de libertad, en ello incluso, en concreto la fragmentariedad del derecho penal permanece incólume, respecto del ámbito reforzado de protección penal.

Lo anterior significa, que sólo en el caso en el cual se demostrará la imposibilidad de que una pena alternativa a la cárcel, como instrumento significativamente disuasivo para un determinado comportamiento encuadrado como delito fuera disfuncional, sería viable recurrir a la opción de la pena privativa de libertad. En tal sentido si con las penas alternas se alcanzaran los fines de prevención general y especial –y ello esta por verse después de su adopción, estudio y medición con los estudios correspondientes– no podría refutarse *ab initio* y desde una perspectiva abstracta la eficacia de las penas alternativas, al menos para una importante franja de conductas criminales.

Ahora corresponde examinar la posibilidad de las penas alternativas con relación al indeclinable principio de proporcionalidad. Es posible afirmar sin temor a ambages, que la pena de prisión, es una pena por excelencia capaz de ser graduada para lograr el balance entre crimen y pena; y en tal sentido permite cumplir las exigencias de la proporcionalidad entendida como principio sistemático de ordenación²⁸ así como la proporcionalidad de distribución²⁹. Pareciera ser que mientras la pena de prisión, si cumple a plenitud con la proporcionalidad de

²⁸ En el merecimiento de la pena, el principio de ordenación vinculado a la proporcionalidad, es un principio de carácter intra-sistemático que permite graduar las penas en su sentido externo y diferencial, es decir, cuando una infracción es más grave que otra, por las razones que se elijan, es posible adecuarle una sanción también muchos más grave, y en el ámbito de la generalidad la proporcionalidad ordenativa funciona de una manera adecuada, pues permite separar la magnitud de gravedad de las infracciones penales, pero el mismo resulta menos eficiente, cuando se aplica al tipo en particular, por cuanto se encuentra diseñado para la generalidad en diferenciación, y por ello la mediación abstracta de la pena en sus mínimos y máximos elegidos se determina siempre sobre la abstracción de tal generalidad, respecto de otros delitos.

²⁹ En cambio la proporcionalidad de distribución, ya no se finca sobre un supuesto genérico y abstracto de carácter comparativo, sino que se ocupa de los merecimientos concretos en relación al delito abstractamente considerado –nótese que no se trata de una dosimetría de individualización particular– pero los mismos no pueden partir de los límites predeterminados por la proporcionalidad ordenativa, por que está siempre se encuentra sobre la base de la generalidad diferenciada por comparación con otras conductas más graves, es decir la proporcionalidad de distribución es aquella que permite decidir si con independencia de los otros delito la pena fijada a un determinado tipo penal es proporcional.

ordenación, presenta cierto déficit con la proporcionalidad de distribución, de tal manera que a la pena privativa de libertad le cuesta cumplir con esa doble dimensión de la proporcionalidad (von Hirsch 1998 pp. 71 a 84) ³⁰. Puesto que la dosimetría de ordenación siempre termina afectando la distribución de otras penas, por cuanto la escala punitiva abstracta de inicio es demasiado alta, ello genera que no se alcance una proporcionalidad plena; y en este plano un sistema alternativo de penas puede permitir mejorar el cumplimiento de dicho objetivo, también fundamental en la sistemática penal, sobre todo en materia de determinación de pena, en su sentido abstracto –y posteriormente en la determinación concreta–.

Como se podrá advertir de lo expuesto, es plausible sostener con algún grado de razonabilidad que los grandes principios sostenidos por el pensamiento penal ilustrado, como una forma de legitimación para el derecho penal, entre los que se cuentan referidos a la pena que está fuera, igualitaria, humana, eficaz y proporcional, son principios que deben mantenerse en el ideario penal, y que los mismos, pueden ser alcanzados por penas distintas a la privativa de libertad por cuanto no son exclusivas de la prisión, o que a la norma penal necesariamente y hegemónicamente tenga que asociársele una pena de prisión; como se podrá apreciar un sistema alterno de penas, correctamente diseñado también alcanza el cumplimiento de dichos principios y por ende legitima al derecho penal en cuanto a su aplicación.

13. Política penal y reduccionismo

Una política criminal reduccionista es aquella que no atribuye al derecho penal sino a otros instrumentos preventivos el rol principal en la lucha contra la delincuencia (Sandoval Huertas 1984 p 300). De conformidad con esta línea de

³⁰ Más específicamente von Hirsch distingue entre la proporcionalidad ordinal, en la cual las penas deben de reflejar las diferencias de gravedad entre los delitos y la proporcionalidad cardinal, por la cual aquella pena que deriva de aplicar la proporcionalidad ordinal una vez que se ha decidido cuales deben ser el margen mínimo y máximo de la escala de penas, el análisis es sumamente enriquecedor en materia de determinación de pena sobre todo en lo relativo a las cuestiones realísticas que presenta para graduar el merecimiento.

pensamiento, la política criminal de un Estado deberá estar centrada en afrontar las causas de la criminalidad en atención a los indicadores planteados por las teorías criminológicas de influencia sociológica, es decir aquellas que ponen el énfasis en que la delincuencia es producto de razones estructurales (Wacquant 2000 pp. 85 a 87) y no obedece a motivos intrínsecos del ser humano como el ser un depravado mental o moral (Wacquant 2000 p 61); sino que al contrario son los factores de estructura o de cultura los que inciden de una manera más decisiva en la criminalidad³¹ y para ello deben pensarse las opciones alternas que sean más eficientes para la gestión de tales conflictos (Aniyar de Castro, 2005, p 531)³².

Ciertamente el fundamento de una política penal de cara a la reducción, es que la forma de gestionar las conductas delictivas es tratar de buscar sus causas estructurales y sobre esa base tratar de incidir en su evitación, en tal sentido teniendo un alto contenido social, las causas de tales fenómenos escasamente podrán ser solucionadas mediante la intervención del derecho penal y de la pena de prisión (Hassemer Muñoz Conde 2001 pp. 174 a 176). Así, si se parte de esta idea que no magnifica al derecho penal como instrumento absoluto para resolver los conflictos sociales, y si se le considera modestamente como un instrumento necesario, pero en todo caso de última intervención, lo cual equivale a sostener que el derecho penal en el sentido de la pena de prisión, no es prioritario en la lucha contra la criminalidad, puede concluirse que el derecho penal puede estar construido sobre un sistema diferenciado de penas en las cuales la centralidad del castigo no descansa en la pena privativa de libertad³³.

³¹ Por ejemplo formas de delincuencia que se explican en atención a una estructura de acceso a oportunidades, las cuales limitan el acceso de las posibilidades de promoción de ciertas minorías o formas de delincuencia vinculadas a la existencia de ámbitos en los que se transmiten valores opuestos a la legalidad o en los cuales por las circunstancias en las cuales se vive se neutralizan dicho valores posibilitando el comportamiento criminal

³² Naturalmente cada clase de fenómeno criminal –delincuencia patrimonial, delitos económicos, delitos de drogas, delitos de violencia familiar, delitos de agresión– requieren de un análisis específico para poder encontrar las formas más adecuadas para generar una tolerable neutralización de los mismos, ello a través de instrumentos distintos de intervención en función de la tipología penal que exprese el conflicto.

³³ Ciertamente el derecho penal no puede ser considerado una verdadera y única opción contra el fenómeno del crimen, por cuanto el derecho penal no tiene el alcance para modificar problemas tan complejos que se derivan de la conflictividad social y de las relaciones de poder, a lo sumo el derecho penal puede significar un obstáculo contundente para la realización de determinadas conductas delictivas, el derecho penal puesto en la realidad social, no es un desacelerante efectivo

Ciertamente se podrá indicar que las penas alternas tampoco podrán ser contraincentivos suficientes para mermar la criminalidad, pero también debe reconocerse que las penas actuales, radicalmente severas, tampoco han constituido un efectivo instrumento de disuasión en cuanto a la evitación de conductas criminales que se esperaba reducir ampliando el espectro de intervención en cuanto al rigor de las penas privativas de libertad (Wacquant.2000 p 39 a 40). La opción es generar una reducción del derecho penal clara y diferenciada, con lo cual se limita la pena de prisión únicamente a aquellos delitos más graves y violentos, dentro de los cuales pueden estar comprendidos delitos contra la propiedad que signifiquen una ofensa pluriofensiva que haya puesto en riesgo a las personas; para las restantes conductas la propuesta alterna de penas que no respondan a la privación de libertad puede ser una opción más útil de cara a la reducción de los delitos.

VI. EL MODELO DE PENAS ALTERNATIVAS

14. Un sistema penal alternativo

Si se reconoce que el actual sistema penal que se encuentra diseñado sobre la preeminencia de la pena privativa de libertad, a generado limitadas consecuencias en contra del crimen, y que la opción de un sistema alternativo de penas, importaría una drástica reducción de la pena privativa de libertad únicamente para los casos más necesitados de dicha medida de intervención penal, deben examinarse las condiciones en las cuales es posible estructurar un sistema punitivo que reconociendo la necesidad para ciertos casos de la pena de prisión, edifique de manera más profunda un sistema de penas alterno a la cárcel, en tal sentido deben considerarse las siguientes cuestiones.

del crimen, y ello explica de manera si quiere muy llana, por que a pesar de las altas penas que actualmente campean en los ordenes jurídicos –50 años de prisión en Costa Rica, 75 años de prisión en El Salvador– para impedir los conflictos sociales, los aspectos de la seguridad ciudadana

15. La predeterminación de las penas alternativas

La primera cuestión esencial a resolver es quien determina cuando procede una pena alternativa, y en tal caso si tal decisión debe ser predeterminada por el legislador mediante la regulación de la ley; o si la determinación de tal forma de sanción se dota de una mayor preeminencia en la decisión jurisdiccional. Ciertamente concurren dos modelos para la configuración del sistema de penas alternas. El modelo del *civil law* y el modelo del *comom law*. De conformidad con el modelo anglosajón (Larrauri 2000 p 62 Ashworth 1995 p 40 a 42) la ley se limita a establecer penas máximas para los diversos delitos y corresponde al juez determinar en el caso concreto si aplica al delito cometido una pena privativa de libertad o si por el contrario aplica una pena alterna predeterminada ya en un catalogo abierto por el legiferante³⁴. En este modelo obviamente el juez asume un gran poder de definición en la aplicación de las medidas cautelares y como lo ha dicho Ashworth el juez se erige como un pilar de la política criminal de un Estado con relación a las penas alternas.

Por el contrario en el modelo continental es la ley quien determina la pena que corresponde al delito, y el ámbito de flexibilidad lo traslada a la capacidad de decisión del juez, si a ese delito con pena de prisión, le puede sustituir o suspender la pena por una alternativa a la prisión. Debe indicarse que ambos modelos no están exentos de problemas en relación a la trasmutación de la pena privativa de libertad por una pena alterna. En el modelo del *comom law* se han presentado dos fenómenos distintos en el Reino Unido se calificó el sistema de penas alternativas como demasiado reduccionista, por cuanto su aplicación no tenía relevancia para las condenas de crímenes menores; ello llevó a una reforma penal –la *Criminal Justice Act de 1991*– por la cual se estableció una especie de directiva en el sentido que en materia de penas alternas los jueces deberían

no se resuelvan favorablemente no obstante las políticas de cero tolerancia o su iguales que se hayan implementado

³⁴ Aunque como se dirá el sistema ha resultado hasta cierto punto modificado por la práctica de las *sentencing guideline* que constituye resumidamente un modelo de pena fija puntal, y ello no puede obviarse al menos por ahora. .

aplicarlas discrecionalmente regidos por el principio de proporcionalidad (Larrauri 2000 p 63, Ashwort 1997 p 87).

Sin embargo en el sistema de los Estados Unidos de América, la situación fue diferente, por cuanto ante la aplicación demasiado discrecional de los jueces – para el Departamento de Justicia– de las penas alternas se promovió una especie de guía penológica dirigida a limitar dicho poder discrecional y alcanzar una mayor predeterminación de la pena por la ley –la llamada *Act Code punity*– el cual dicho sea de paso no ha sido aplicado por todos los tribunales por considerar una invasión del gobierno en las potestades del poder judicial lo cual ha significado que la Suprema Corte de los Estados Unidos lo haya admitido en *Cercioraty* para pronunciarse sobre su constitucionalidad³⁵.

En el modelo continental el problema que se ha determinado, es que su escasa flexibilidad no permite una aplicación más intensa del modelo de penas alternativas, por cuanto el ordenamiento normativo, no sólo deja un reducido espacio para la aplicación de las penas alternas, sino que además se establecen otros criterios restrictivos para su aplicación –que el justiciable no se encuentra sometido a penas alternas o a procedimientos alternos, que carezca de antecedentes penales etcétera–. Un punto intermedio en el modelo continental es aquel que aboga por que sea el legislador el que establezca el catálogo de las penas alternativas, pero en el sentido que estas sean una especie de penas principales para la franja de delitos que se pretende cubrir, los cuales son de menor gravedad, de lo contrario la elephantiasis de la pena de prisión, seguirá presente en el catalogo de penas establecidas como consecuencia jurídica del delito en particular.

16. La razonabilidad de las penas en el modelo alternativo

Un sistema de penalidad alternativo que sea razonable, debe descansar en dos fundamentos esenciales. El primero de ellos, es atinente al respeto de la

³⁵ La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha decidido que la citada ley es contraria a la Constitución, pero excede a los alcances de éste artículo el comentario de la misma.

proporcionalidad respecto de la infracción cometida, tanto en la proporcionalidad ordinal –ordenativa– como en la cardinal –la distributiva– (Larrauri 2000 p 64, von Hirsch 1993 p 45 a 47). El otro aspecto medular se corresponde a que las penas alternativas deben ser estrictamente razonables, es decir de probable aceptación, por cuanto los modelos más eficientes de penas alternas requieren la voluntad del infractor, y para ello la pena en su dosimetría abstracta y concreta no debe ser irrazonable.

Ciertamente las penas alternativas no solo requieren la aquiescencia del infractor sino en determinados casos también una colaboración activa, en tal sentido se requiere que la pena alterna sea una sanción que el condenado pueda cumplir sin que su vida se vea severamente trastornada. Para el funcionamiento de las penas alternativas es necesario que concurren estos parámetros de razonabilidad por cuanto, si se pretende que la pena alternativa sea homologable a la pena de prisión en cuanto a las restricciones impuestas, el éxito de las mismas queda comprometido, por cuanto su incumplimiento debido al carácter excesivamente gravoso, será la consecuencia más esperada.

17. Configuración de las penas alternas

Un sistema eficiente de penas alternas debe tener por finalidad esencial reducir la pena de prisión, sin que se pierda por supuesto los fines de eficiencia formal del derecho penal, la prevención general y la prevención especial en su sentido integrador. En lo atinente a la disminución de la pena privativa de libertad, es fundamental que la pena alterna que se imponga tenga su debido cumplimiento, es decir que se encuentre garantizada en cuanto a su ejecutividad. Para ello no basta con el criterio de razonabilidad al que apelábamos *supra* sino que además es necesario que se tome en cuenta que el condenado tenga la capacidad personal de cumplir con esa pena Para ello debe de tenerse en cuenta que si la ley ha previsto la pena alternativa como una pena principal, debe posibilitarse al juez la facultad de sustitución de pena, en el sentido que siendo aún la pena alternativa imposible de cumplir, la misma pueda ser sustituida por

otra pena alternativa, sin que tal modificación suponga la imposición de una dosimetría mas grave en cuanto a la pena sustituta por que ello significaría la afectación del principio de igualdad³⁶. (Larrauri 2000 p 65, Wassik/von Hirsch 1988 pp 462 y ss; von Hirsch 1993 pp. 102 a 107).

Otro aspecto fundamental a quedar cubierto es la vinculación personal de las penas alternas, es decir éstas deben atender a las necesidades específicas de rehabilitación del condenado en determinados programas que le permitan superar aspectos conflictivos de su carácter que él está dispuesto a modificar mediante la ayuda especializada. Lo anterior significa una especie de sistema vicarial entre penas alternas, en el sentido de, sí se advierte que una pena alterna, puede ser efectiva para evitar la reincidencia de la persona o para superar un aspecto deficitario que haya incidido en la conducta criminal, dicha pena puede graduarse con la pena alternativa inicialmente aplicable, y computarse ambas, en conformidad con el condenado para cumplir con dichas sanciones. (Larrauri von Hirsch 1993 p 107).

18. El incumplimiento de las penas alternas

Como anteriormente se expresará, un sistema de penas alternas no tiene mayor viabilidad si el mismo no es inclusivo del condenado; se puede pronosticar que en cuanto más razonable sea la pena alterna que se ha impuesto –desde el proceso cognitivo del infractor– más probabilidades reales concurrirán de que la pena sea debidamente cumplida, de nuevo se reafirma que un sistema de penas proporcionadas es la mejor garantía de su éxito.

Pero para no restar consistencia al principio de eficacia de las penas, es importante tener previsto un sistema sancionador para el caso en que las penas alternativas no sean cumplidas, para ello puede optarse por un sistema sancionatorio administrativo que usualmente es pecuniario. Si hay que elucidar

³⁶ En el modelo del Código Penal salvadoreño ello sería más viable por cuanto ciertos delitos tienen configurada penas que en su esencia son verdaderas penas alternativas, como el arresto domiciliario o la pena de trabajo de utilidad pública; el modelo del proyecto del Código Penal de Costa Rica, presenta una mayor apertura al menos en el diseño de su parte general.

algunos tópicos importantes respecto del incumplimiento de las penas alternas. El primero de ellos se encuentra vinculado al tema de las sanciones de reacción ante el incumplimiento de la pena alternativa, por ello se afirma que ante el no cumplimiento, no debe imponerse como *prima ratio* la pena de prisión, es decir se aboga por que la prisión no sea una sanción inicial del sistema de apoyo a las penas alternativas (Larrauri 2000 p 66, Wassick/von Hirsch 1998 ps 565 a 566)³⁷. En tal sentido la pena privativa de libertad sólo podría ser justificada cuando el condenado, rechace completamente el cumplimiento de la pena alterna así como las sanciones intermedias que sirven de apoyo para el cumplimiento de la primera.

En cuanto al otro punto importante, el mismo radica en la determinación de lo que debe entenderse por incumplimiento respecto de las penas alternas. Se han planteado al efecto dos formas de tratar el problema, una el de aplicar un criterio rígido de cumplimiento inclusive casi cuantitativo, por el cual el incumplimiento sería medible en unidades de tiempo³⁸; la otra alternativa sería el tener establecido un criterio más flexible en el sentido que sólo se debe entender por incumplimiento el rechazo voluntario a cumplir la pena alterna impuesta (Larrauri 2000 p 66, McWilliams 1989 p 123; Vass 1990 p 127).

Del modelo rígido el inconveniente radica en la posibilidad mayor de su incumplimiento ante la inobservancia, pero tiene como beneficio, que es un modelo de mayor seriedad en cuanto al cumplimiento de la pena alterna, y ello es mejor ponderado por la judicatura. En cambio el modelo flexible que es menos agudo en caso de incumplimiento por cuanto la revocabilidad no es la regla general, lo cual es bueno cuando la pena de prisión es próxima o es la sanción de apoyo; empero la indulgencia del mismo puede desestimular su aplicación real por la judicatura.

El último aspecto importante a considerar, es el ámbito de control de las penas alternas. Una mejor aplicación práctica de un modelo de penas alternativas,

³⁷ Así se ha sostenido que el uso de la prisión como medida de apoyo de carácter inmediato a las penas alternativas, resulta no efectivo, si se puede recurrir a otras opciones por cuanto no se han agotado otras posibilidades de recurrir a otro tipo de sanción que siendo aún más severas que la pena alterna, sea menos lesiva que la pena de prisión, ello es más acorde con una visión reduccionista de la pena

pasa por que sea la jurisdicción la que tenga las competencias de control de las mismas, es decir que el poder judicial debe tener la facultad de verificar que la pena alternativa impuesta sea cumplida y que por ende tenga incidencia real de control sobre el proceso de ejecución de la pena alterna. Para ello se necesita dotar a la judicatura del personal de apoyo especializado integrado en el subsistema judicial para que bajo la dirección del juez, pueda diagnosticar el cumplimiento de las medidas que se ejecutan en otras áreas³⁹. Pasa también por un importante cambio cultural del orden social respecto del conflicto y el castigo, y la forma de buscar una solución menos violenta (El Khoury Jacob 1997 pp.123 a 124).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las conclusiones a las que se puede arribar son las siguientes: es necesario reducir la pena de prisión como respuesta primigenia al conflicto del delito, ni la prevención intimidatoria y la confirmadora ni la prevención incapacitadora y la resocializadora, están en condiciones de legitimar la opción por la prisión como pena de *única ratio* en el sistema penal –diríamos del reinado de la pena, con el septenario de Porfirio *qui non faciet non erit*–; ello por cuanto la prisión no evita el delito mediante los contenidos simbólicos destacados. Es fundamental entonces, en primer lugar diseñar una política penal reduccionista de la pena de prisión, en la cual se converjan en que no es la prisión, el instrumento único y básico para enfrentar el crimen. Acorde con dicha política se debe de impulsar un sistema penológico en el cual las penas alternativas tengan una incidencia importante en las formas de distribuir las sanciones penales; con lo cual se propone que en la articulación de un código penal, las penas alternas sean la

³⁸ Así en el caso de que se tratará de servicio en beneficio de la comunidad, el incumplimiento significaría a un número indeterminado de sesiones de servicio.

³⁹ Usualmente se ha utilizado la figura del agente de cumplimiento o *agents of probatiom* cuya función se corresponde con la emisión de informes relativos a la posibilidad de que la persona sea condenada a una pena alterna y el control de la ejecución de la medida sancionatoria impuesta; ello según se destaca permite una mayor confianza del juez respecto de este modelo de pena, por cuanto se asegura en unos límites aceptables que la sanción impuesta es factible de ser cumplida y además de ser controlado por el juez dicho cumplimiento.

prima ratio y la pena de prisión la *ultima ratio* destinada como consecuencia a la criminalidad más grave o violenta. Que las penas alternativas perfectamente pueden cumplir con los grandes principios que el pensamiento ilustrado en su época afirmará para la pena de privativa de libertad –igualdad, humanidad, eficacia y proporcionalidad– y que dichos principios no son exclusivos de la pena de prisión, y pueden ser alcanzados por otro tipo de sanciones.

Por último que las penas alternas depende en su éxito del sistema que se diseñe para su efectivo cumplimiento el cual debe tener una tendencia menos rígida, y en el cual los jueces tienen un rol fundamental para redefinir los conflictos con menos violencia y mayor eficacia en aras de la paz social; en todo caso no se trata de un *réquiem* para la pena de prisión sino al menos de un transformación de la misma, en todo caso, así ha sido en la historiografía de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ANIYAR DE CASTRO, Lola “La cuestionada tarea de criminalizar. A propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales” en Estudios sobre justicia penal”. Homenaje a Julio B.J: Maier Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel “El sistema penal ante el dilema de sus alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1995.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel “Función instrumental y función simbólica del derecho penal” en Sistemas penales y derechos humanos”. CONAMAJ. San José Costa Rica. 1997.

BARATTA, Alessandro “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. CPC Nº 24. Madrid. España. 1984.

BECCARIA, Cesare “De los Delitos y las Penas”. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1988.

BELOFF, Mary “Teorías de la pena. La justificación imposible” en Determinación Judicial de la Pena. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

BERGALLI, Roberto “Contradicciones entre derecho y control social”. Editorial M.J.Bosch. Barcelona. España. 1998.

BOTTKE, Wilfried “La actual discusión sobre la finalidades de la pena” en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J.M.Bosch. Barcelona. España. 1997.

CARRANZA, Elías “Cárcel y Justicia Penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito” en Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas (Elías Carranza. Coordinador). Primera edición. Siglo Veintiuno. México. 2009.

CARRANZA, Elías “Criminalidad. Prevención o promoción”. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José. Costa Rica. 1994.

CHAN MORA, Gustavo GARCIA AGUILAR, Rosaura “Los derechos fundamentales tras los muros de la prisión”. CONAMAJ. San José. Costa Rica. 2003.

CRUZ CASTRO, Fernando “El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primero sistemas penitenciarios. Revista Judicial de Costa Rica. Año XIV. N°. 48 Diciembre 1989. San José. Costa Rica. 1989.

CRUZ CASTRO, Fernando “La pena privativa de libertad: Poder, represión y Constitución”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.

DURKHEIM, Émile “La educación Moral”. Editorial Lozada. Buenos Aires. Argentina. 1947.

DURKHEIM, Émile “La División del Trabajo Social”. Akal. Madrid. España. 1982.

EL KHOURY JACOB, Henry Issa “Las penas alternativas. El inicio de una cultura” en “Sistemas Penales y Derechos Humanos”. CONAMAJ. San José. Costa Rica. 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo “Normativización del derecho penal y realidad social” Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2007.

FERRAJOLI, Luigi “Garantías y Derecho Penal” en Garantismo y Derecho Penal. Juan Oberto Sotomayor Acosta (coordinador). Temis. Bogotá. Colombia. 2006.

FERRAJOLI, Luigi “El derecho penal mínimo” en Poder y Control N° O. Barcelona. España. 1986.

FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Segunda edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Roció Cantarero Bandrés. Trotta. Madrid. España. 1997

GARCIA VALDÉZ, Carlos “Alternativas legales a la privación de libertad clásica”. Universidad Alcalá de Henares. España, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “El sistema de pena en el futuro código penal” en La reforma del derecho penal. Bellaterra. Barcelona. España. 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Estudios de Derecho Penal”. Técno. Madrid. España. 1990.

GOFFMAN, Erving “Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. 7° Reimpresión. Amorrortu. Buenos Aires. Argentina. 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel “Racionalidad e irracionalidad en las determinación de la pena”. Revista N° 3 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. España. 1980.

GÓMEZ BENÍTEZ, Juan Manuel “Estudios Penales”. Colex. Madrid. España. 2001.

HASSEMER, Winfried “Critica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Traducción. Patricia Ziffer. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 1998.

HASSEMER, Winfried “Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social” en Derecho Penal y Ciencias Sociales. Bellaterra. Barcelona. España. 1982.

HASSEMER, Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984.

HASSEMER, Winfried MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la criminología y al derecho penal. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2001.

HOBBS, Thomas “Tratado sobre el Ciudadano”. Trotta. Madrid. España. 1999.

HOUED VEGA, Mario “Modificación al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas en “Sistemas Penales y Derechos Humanos”. CONAMAJ. San José. Costa Rica. 1997.

JAKOBS, Günther “Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación. 2º edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González De Murillo Marcial Pons. Madrid. España. 1997.

JAKOBS, Günther “El concepto jurídico penal de la acción”. Universidad Externado de Colombia. Bogota. Colombia. 1998.

JAKOBS, Günther “La teoría de la pena”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002.

LARRAURI PIOJAN, Elena “Ciencias Penales. Monografías. Parte I. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001.

LIPPENS, Ronnie “La problemática actual de la criminología crítica” en Revista Digital. Maestría en Ciencias Penales. Nº 1. Año 2009. Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica. 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier “Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy. Segunda edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2005.

LUHMANN, Niklas “El derecho como un sistema social” en “Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2007.

MANZANAR BILBAO, Cesar “Reproducción de lo carcelario. El caso de las ideologías resocializadoras en Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. Bilbao. España. 1991.

MAPELLI CAFFERANA, Borja “Criminología crítica y ejecución penal”. Cádiz. España. 1985.

MEAD, George Herbert "La psicología de la justicia punitiva" Traducción de Emilio Santoro en "Cárcel y Sociedad Liberal". Temis. Bogotá. Colombia. 2008.

MEINI, Iván "Imputación y Responsabilidad Penal". Ensayos de Derecho Penal. ARA Editores. Lima. Perú. 2009.

MIR PUIG, Santiago "Estado Pena y Delito". B de F. Buenos Aires. Argentina. 2006.

MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LÓPEZ, Juan "La Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Comares. Granada. España. 1998,

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy "Ejecución de la Pena". CONAMAJ, San José. Costa. Rica. 2002.

PADOVANI, Luigi "Derecho Penal". Gioffre. Milano. 1981.

PAEFFGEN, Hans "observaciones acerca del error del tipo permisivo" en El error en el derecho penal. AA.VV. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 1999.

PEREZ MANZANO, Mercedes. "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J.M.Bosch. Barcelona. España. 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo "Locos y Culpables". Aranzandi. Pamplona. España. 1999.

RICO, José María "La seguridad ciudadana en Centroamérica. Aspectos y metodologías". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 1994.

RIVERA BEIRAS, Iñaki "La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. 2° edición actualizada. Volumen I. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2009.

ROEMER, Andrés "Economía del Crimen". Editorial Limusa. México. 2007.

ROXIN, Claus "Fundamentos político-criminales del Derecho penal". Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2008.

ROXIN, Claus "Culpabilidad y prevención en derecho penal". Reus. Madrid, España, 1981.

ROXIN, Claus “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito”. Traducción de la segunda edición. Civitas. Madrid. España. 1997.

ROXIN, Claus “Fin y justificación de las penas y medidas de seguridad” en Determinación judicial de la pena. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

ROXIN, Claus “Problemas básicos de derecho penal”. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Reus. Madrid, España. 1976.

SAINZ CANTERO, Emilio “La sustitución de la pena privativa de libertad” en Estudios Penales II. Santiago de Compostela. España. 1983.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro “Penología”. Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogota. Colombia. 1982.

SANTORO, Emilio “Cárcel y Sociedad Liberal”. Temis. Bogotá. Colombia. 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva” en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J:M:Bosch. Barcelona. España. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “Tiempos de Derecho Penal” Editorial B d F. Buenos Aires. Argentina. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2° edición. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria “Política criminal y persona humana”. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 2000.

THOMASIIUS, Christian “Fundamentos de derecho natural y de gentes”. Traducción de Salvador Rus Rufino y María Asunción Sánchez. Tecnos. Madrid. España. 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de “La Democracia en América. Fondo de la Cultura. México-Buenos Aires. 1957.

VON HIRSCH, Andrew “Censurar y Castigar”. Traducción de Elena Larrauri. Trotta. Madrid. España. 1998.

WACQUANT, Loïc “Las Cárceles de la miseria”. Edición Manantial. Buenos Aires. Argentina. 2000.

WEBER, Max “Economía y sociedad. Esbozo de la sociología comprensiva. 2° edición. 14° Reimpresión. Fondo de la Cultura. México. 2002.

WELZEL, Hans “Derecho Penal Alemán. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1983.

WELZEL, Hans “Estudios de derecho penal”. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2005.

