

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL¹

Dr. Raúl GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS *

SUMARIO: 1. *La crisis del Derecho penal.* 2. *La crisis de la legitimación de IUS PUNIENDI.* 3. *Aparición de nuevos fenómenos delictivos en la sociedad moderna.* 4. *Tres posturas para analizar los problemas del Derecho penal.* 5. *El abolicionismo.* a) *La criminología crítica y sus posturas abolicionistas.* b) *Consideraciones a la postura abolicionista.* 6. *La perspectiva resocializadora.* a) *Diversas tesis de la prevención especial.* b) *La pena indeterminada.* c) *Rechazo de la legitimidad del tratamiento.* 7. *Perspectiva garantista.* a) *El neoclasicismo.* b) *Límites materiales de la intervención penal.* c) *El Derecho penal mínimo.* d) *Conclusión.*

1. LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

Es común la alusión “el Derecho penal está en crisis”. Pero, la crisis es algo connatural al Derecho penal. La oposición entre libertad y seguridad no se resuelve automáticamente en favor de la seguridad. Siempre se ha dado una tensión entre prevención y garantías, lo cual también se expresa como un antagonismo entre legalidad y política-criminal, y se expresa en la idea de la reducción de garantías. Muñoz Conde,² lo expresa así:

Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces impuesto, a la criminalidad constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Este artículo lo elaboro siguiendo las ideas del profesor doctor Jesús María Silva en su libro *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch Editor, S. A., 1992, Barcelona.

² *Derecho penal y control social*, p. 124.

Parece que estamos ante una antinomia entre prevención general y prevención especial. Cuando chocan prevención y garantías nos hallamos ante la contraposición radical de los fines del Derecho penal. La contrariedad entre las exigencias preventivo generales y las preventivo especiales afecta la vigencia de un sistema penal dado, y sobre todo, al principio de autoridad en un segundo momento.

Pero la crisis del Derecho penal no hay que verla como un fenómeno negativo, al contrario, probablemente constituya el motor de la evolución del Derecho penal. Su evolución se forma en signos ascendentemente humanitarios y garantísticos. Lo negativo del Derecho penal se ha dado cuando intenta ocultar su evolución, creando pantallas ideológicas que tratan de aparentar armonía donde hay una confrontación esencial.

2. LA CRISIS DE LA LEGITIMACIÓN DE IUS PUNIENDI

Se ha cuestionado en los últimos tres decenios si el IUS PUNIENDI del Estado para imponer la pena, con todas sus limitaciones que le impone la norma bajo el principio de legalidad, está legitimado para imponer penas. No solamente se dice que está en crisis su legitimación al cuestionar la justificación del recurso más poderoso del Estado sino, también, se cuestiona si el modelo que adopta la llamada Ciencia del Derecho penal al aplicar la pena tiene utilidad social, o si por el contrario, su aplicación crea más conflictos que los que resuelve.

Esta crisis no es de ahora, sino que empieza en los años sesenta, cuando se quiebra de modo aparente el esquema tradicional de un Derecho penal retributivo. Se cuestiona, desde entonces, que el Derecho penal se justifique por la realización de justicia, que más que una realidad empírica es una realidad metafísica. Estas ideas surgen con el Proyecto Alternativo del nuevo Código Penal en alemán en 1966, con el grupo de profesores alemanes partícipes de este proyecto, quienes plantearon la fundamentación de la pena, señalando que ésta, no constituye un expediente metafísico ni simbólico, sino una "amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres".

Bajo este esquema, lo que produce la quiebra es el Derecho penal retributivo y la ciencia dogmática abstracta que lo estudia como una vocación casi artística. De ahí que las críticas se den en torno a la necesidad y legitimación del Derecho penal, las cuales deben resultar relacionadas (inmanentes) a la sociedad y no solamente al pensamiento que de ella uno se conforma como deber ser. De ahí que se diga que

la ciencia del Derecho penal se debe orientar a una misión social del Derecho penal, que atienda a las realidades socioculturales y no en un universo abstracto ahistórico.

Esta crisis de los años sesenta, produjo la despedida de Kant y Hegel en la teoría de los fines de la pena. Se recibieron una gran influencia de los países escandinavos y de EUA, que daban un valor central a la prevención resocializadora y al tratamiento del delincuente. Igualmente, hubo intentos significativos de abandonar la elaboración sistemática del Derecho penal, sustituyéndola por consideraciones triviales y produciéndose un gran avance en los estudios criminológicos. Todo esto hizo que los años setenta se mostraran como una década de signo ecléctico, tanto en lo relativo a los fines del Derecho penal, la fuente de su legitimación, como al método de estudio del Derecho penal, en el que se mezclan el sistema y el problema, lo abstracto y lo concreto.

Se discutió la legitimación empírica del Derecho penal, su función social y también la situación de la ciencia que incorpora tanto elementos valorativos como normativos. Sin embargo, parece que la mayoría ya no puso en cuestión la legitimidad del Derecho penal, ni tampoco que la dogmática constituye un instrumento válido para su conocimiento.

3. APARICIÓN DE NUEVOS FENÓMENOS DELICTIVOS EN LA SOCIEDAD MODERNA

Surgen cada día, en la sociedad moderna, nuevos fenómenos conflictivos que han venido a agudizar lo problemático de la situación.

En una época no hace más de 15 a 20 años, se dieron procesos legislativos de despenalización. En la actualidad resulta que nos encontramos inmersos en procesos nuevos de incriminación. Por ejemplo, en la década de los setenta en el concepto de bien jurídico se fundamentaban los procesos de despenalización desde una orientación a la distinción de los objetos de protección de la moral y el Derecho. Ahora los procesos de incriminación no pueden fundamentarse en el mismo concepto de bien jurídico.³ Y como dice Roxin,⁴ no se ha logrado precisar el concepto de bien jurídico de modo que pudiera ofrecer una deli-

³ Inclusive, en la posición de Jakobs, se prescinde totalmente de la alusión al bien jurídico, éste no hace falta para legitimar la sanción penal.

⁴ *Derecho penal*, parte general, p. 54.

mitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido. No se le puede limitar a los bienes individuales, pues también hay bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado, las divisas o la Administración de justicia. Se plantea por ejemplo: ¿por qué no se pueden considerar como bien jurídico colectivo las concepciones morales dominantes? La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que a los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico. Como las lesiones al sentimiento de piedad o suscitar escándalo público. Es difícil delimitar hechos punibles y contravenciones por medio de un concepto de bien jurídico, pues por una parte existen contravenciones como provocar ruido perturbador para la salud que menoscaban claramente bienes jurídicos preexistentes de los individuos, y por otro lado, existen numerosos hechos punibles en el campo de los delitos económicos, tributarios y ambientales, cuyos objetos son creados sólo reglamentaciones estatales, pero cuya necesidad de pena pese a ello no se puede poner seriamente en duda.⁵

En la incriminación de nuevos comportamientos, se tienen en cuenta dos tendencias:

- a) La que aboga por un Derecho penal mínimo resaltando la vertiente garantística del Derecho penal y
- b) la que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventivo-especial, resocializadora en concreto, por la aplicación de la pena.

Es de tomar en cuenta que la moderna política-criminal y el moderno Derecho penitenciario, parten de la inidoneidad de la reinserción y tienden a favorecer una mínima permanencia en prisión, lo que propicia que los efectos del Derecho penal, en muchos casos, se centre en el poder estigmatizador del sometimiento a un proceso penal y en el hecho simbólico de la imposición de la pena. Esto es lo único que puede intimidar. Lo que pone de manifiesto la crisis en la que se encuentra el Derecho penal.

- I) La inmanente al Derecho penal.
- II) La de legitimidad del Derecho penal y su dogmática, y

⁵ Para una referencia más profunda, véase mi libro *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, Perezniето Editores, 1995, México.

III) La que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso.

4. TRES POSTURAS PARA ANALIZAR LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL

De la crisis en que se encuentra el Derecho penal se podría hablar de tres posturas político-criminales, como opciones fundamentales para analizar el fenómeno jurídico penal:

- I) La abolicionista.
- II) La resocializadora, y
- III) La garantística.

Las tres posturas son reformistas, que adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo introducir elementos de progreso. La abolicionista se pone a toda forma de Derecho penal, pretendiendo construir alternativas al sistema punitivo. La resocializadora y la garantística pretenden en cambio, desde perspectivas diferentes, un mejor Derecho penal.

5. EL ABOLICIONISMO

Es la postura más radical, ya que pretende afrontar la realidad del Derecho penal, rechazando la existencia del Derecho penal mismo, proponiendo su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos.

En ocasiones no se sabe si el abolicionismo consiste en la abolición de la cárcel tal como ésta se entiende hoy, o la abolición completa de la corta, o bien la abolición del Derecho penal.

Ha habido diversas propuestas abolicionistas, como las de Zaffaroni,⁶ de Larrauri⁷ y de Luigi Ferrajoli.⁸

El abolicionismo apareció en países en los que la tendencia predominantemente ha sido la resocializadora (EUA, Holanda, Escandinavia) y sin duda como una reacción al fracaso de la readaptación social.

⁶ *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989.

⁷ *Abolicionismo del Derecho penal, las propuestas del movimiento abolicionista*, Poder y Control, núm. 3, 1987.

⁸ *El Derecho penal mínimo*, Poder y Control, núm. 0, 1986.

Desde un plano teórico, las posturas abolicionistas surgieron por la argumentación de la criminología que se conoce como criminología radical, nueva criminología o criminología crítica.

a) *La criminología crítica y sus posturas abolicionistas*

Esta criminología ha abandonado la explicación clásica de la criminalidad como fenómeno individual, debido a razones antropológicas, psicológicas o sociales, propia de la criminología positivista.

La criminología crítica, o radical, centra su análisis en el sistema penal, en tanto que generador de criminalidad (el paradigma de control). Su fundamento teórico lo obtiene de doctrinas marxistas así como del interaccionismo simbólico expresado en las doctrinas del “etiquetamiento” *labelling approach*. Según estas doctrinas, el delito no tiene lugar como tal en la realidad, sino que surge por medio de una definición, de una atribución de “*status* criminal”, que tiene lugar en forma selectiva y discriminatoria. Entienden al sistema penal como un producto de la estructura clasista y patriarcal de la sociedad y es el principal responsable de la existencia del fenómeno criminal. El único modo de evitar la criminalidad es a través de una transformación del modelo de sociedad (tesis marxistas), para lo cual, es necesario prescindir del sistema penal por ser ineficaz, selectivo y criminógeno.⁹

b) *Consideraciones a la postura abolicionista*

El movimiento abolicionista tiene el mérito de haber realizado un importante logro en favor de la humanización del sistema penal criticando los aspectos negativos del mismo, sin embargo, sus propuestas tienen serias objeciones:

I) Sus propuestas son utópicas, con independencia de ser buenas o malas.

La utopía de las alternativas al sistema penal propuestas por los abolicionistas se hace patente cuando se pretende sustituir el sistema penal por una solución privada de los conflictos basada en el principio del resarcimiento civil del daño, a la que se añadirían ciertos procedimientos de arbitraje. Es interesante señalar que las posturas abolicio-

⁹ Existen países como Holanda con cierta tradición abolicionista que no necesariamente se ubican dentro de las corrientes de la criminología crítica, sino en tendencias de “humanismo”.

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL 127

nistas se han desarrollado en países pequeños como Holanda (por Hulsman) o Noruega (por Mathiesen o Christie), en los que el problema de la criminalidad es relativamente reducido en comparación al nuestro. Pero incluso, en estos mismos países la creencia de que es factible sustituir al Derecho penal es también ingenuo.

II) Los razonamientos abolicionistas son inconsistentes en la orientación de su crítica al sistema penal, así como en sus propuestas alternativas. El abolicionismo suele argumentar sus puntos centrales sobre ciertos ejemplos, que por cierto son los más extremistas del Derecho penal, como es el caso de la criminalidad en materia de drogas o terrorismo y a partir de ahí criticar y rechazar todo el conjunto del sistema penal. Pero el problema es que las propuestas abolicionistas no justifican su bondad en tratándose de estos delitos, ni tampoco en los supuestos de criminalidad violenta y otros graves, que es el núcleo del Derecho penal en las sociedades contemporáneas. La mayoría de los casos a que alude el abolicionismo son los casos triviales, de bagatela, completamente aislados de la realidad del sistema penal.¹⁰

La pretensión del abolicionismo de dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos no es más que una declaración de buenas intenciones y sumamente cuestionable. Las propuestas alternativas de esta corriente, relativas a que en las situaciones problemáticas (nótese que no se les llama delitos), los directamente afectados busquen una solución y si no la hallan se produzca una intervención mediadora que establezca un resarcimiento se dan en muy pocos casos y no en aquellos en los que se pueda sustituir al Derecho penal, como sucede en casos de criminalidad violenta, ni en delitos patrimoniales y socioeconómicos.

Como se ve, las propuestas abolicionistas son utópicas. De ahí que muchos partidarios, como es el caso de Jock Young, se han plantado la necesidad de pasar de una fase idealista a otra realista. Según esto, debe tomarse el delito en serio: "Taking crime seriously", frase emblemática, que pretende entroncar con la realidad de lo que sucede en la calle, en donde el delito se vive y se sufre en toda su intensidad, muy particularmente por las clases populares. En este sentido, es nece-

¹⁰ Así, el ejemplo de Hulsman, de los cinco estudiantes que ven la televisión y uno de ellos rompe el televisor y los cuatro restantes reaccionan de diferente modo ante el hecho, uno propone castigarle (estilo punitivo), otro que lo pague (estilo compensatorio económico); otro que se ha vuelto loco y hay que tratarlo (estilo terapéutico) y el último, sugiere que deben hacer entre todos un examen de conciencia para analizar cómo ha llegado a esa situación (estilo conciliador). García Valdez, cuestiona si el ejemplo de Hulsman, sucedería lo mismo si se tratase de un homicidio, de un robo con violencia o de una violación.

sario proponer estrategias que se muevan en el marco del *statu quo* del sistema penal y, en colaboración con la policía y las instituciones de la justicia, que tiendan a una disminución real de la criminalidad desde perspectivas progresistas, abandonando viejas pretensiones de abolición.

Ni siquiera las propuestas abolicionistas se pueden considerar como una mejor alternativa al Derecho penal. Ya Radbruch decía: “Algún día la evolución del Derecho penal irá más allá del propio Derecho penal, y que el perfeccionamiento del mismo produzca, no ya un mejor Derecho penal, sino un derecho de corrección y custodia, que sea mejor que el Derecho penal, más prudente y humano que el Derecho penal”. Sin embargo, no se ve tan próximo ese paraíso, ni tan neutros los sustitutivos que puedan reemplazar a aquél.

Le corresponderá a los abolicionistas demostrar que sus propuestas conduzcan a disminuir el coste social del delito, a producir menos dolor en este ámbito, a que la estigmatización sea menor, a que se respeten más las garantías individuales, a que la arbitrariedad quede excluida y a que se logre una mayor seguridad jurídica.¹¹

Las perspectivas del Derecho penal son que realice sus funciones necesarias de la forma más humana posible. Como dice Muñoz Conde: “En tanto exista el Derecho penal, será precisa una actividad que se ocupe de él, de interpretarlo, de sistematizarlo y de controlarlo. Aun admitiendo que el Derecho penal sea un derecho clasista y precisamente por eso, debe ser bien acogido todo lo que signifique limitarlo y controlarlo en beneficio de una mejor y más democrática convivencia”.¹²

¹¹ Ferrajoli dice: “El abolicionismo penal, cualesquiera que sean los intentos libertarios y humanitarios que puedan animarlo, se configura en consecuencia, como una utopía regresiva que presenta, sobre el presupuesto ilusorio de una sociedad buena o de un Estado bueno, modelos de hechos desregulados o autorregulados de vigilancia y/o punición, con relación a los cuales es el Derecho penal —tal como ha sido fatigosamente concebido con su complejo sistema de garantías por el pensamiento jurídico iluminista— el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista”, Poder y Control, núm. 0, 1986, p. 43. Por su parte Hassemer afirma: “Que quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar el diablo con Belcebú. Lo que en el sistema de control social viniera a ocupar el sitio del Derecho penal sería quizá algo peor que el Derecho penal mismo”, Fundamentos de Derecho Penal, p. 400. Y como dice Gimbernat: “Hay Derecho penal para rato... que la pena es una amarga necesidad, que una sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados”. (Ahora bien, que el Derecho penal sea imprescindible no significa por supuesto que sea imprescindible en su forma actual), en *Estudios*, 3a. de p. 150.

¹² Adiciones al *Tratado de Derecho penal, parte general*, de Jescheck, Barcelona, 1981, I, p. 65.

6. LA PERSPECTIVA RESOCIALIZADORA

Esta tesis, al pretender manifestarse en luchar por un mejor Derecho penal, parte de que éste tiene: una función preventiva de proteger a la sociedad y no la de lograr la justicia; que el Derecho penal, en general y el sistema de las penas privativas de libertad, dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, eliminando o, al menos, reduciendo en medida relevante las tasas de reincidencia, legitimando el Derecho penal por su capacidad resocializadora.

a) *Diversas tesis de la prevención especial*

La resocialización es una variante de la doctrina de la prevención especial. No debe identificarse la prevención especial con la resocialización, como si se tratara de sinónimos. Liszt, en 1905,¹³ distinguió tres formas de actuación de la pena sobre el cual ya ha delinquido: dos de ellas de naturaleza indirecta psicológica (motivadora) a saber: la intimidación y la corrección (que hoy se denomina resocialización) y la tercera, mecánica, la inocuización. Esta teoría de la resocialización se basa en aquella teoría de los fines de la pena que estima que ésta se justifica por su incidencia sobre el sujeto que ya ha delinquido, tratando de proteger a la sociedad mediante la prevención de los delitos que él mismo pueda cometer en el futuro. Sus orígenes provienen de la *Scuola Positiva* italiana, por la dirección moderna en Alemania y por el correccionalismo español.

La razón del desarrollo de estas corrientes fue debido al aumento de los reincidentes, junto a la convicción de que el delito responde a unas causas empíricas. Esto condujo a la sustitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena, del principio del hecho, de la proporcionalidad y de la culpabilidad, sino atentas tan sólo a la constatación de una peligrosidad en el sujeto. Con estas tesis, radicales, se llegaba a la desaparición del delito, pero, a pesar de varios intentos, no han podido imponerse en toda Europa, aunque sí en algunos países como Francia e Italia.¹⁴

¹³ En la *Idea de fin en el Derecho penal*.

¹⁴ Así sucedió con el Movimiento de Defensa Social de Gramática, donde desarrolla el concepto de antisocialidad y las medidas de defensa social, que se conciben como indeterminadas, ya que han de ser continuamente modificables, sustituitibles, eliminables, en el curso de la ejecución, y en relación con el control de la personalidad.

La resocialización no se limita, como la intimidación individual o la inocuización, a la intervención negativa sobre el delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. Pretende legitimar así la intervención del Derecho penal pues ningún sistema penal puede renunciar a la reinserción. De hecho, existe una convicción generalizada, en la que se admite que se han ido imponiendo las tesis humanitarias en el ámbito penal, de tal manera que prevalece la idea de la resocialización sobre la intimidación individual o la inocuización, las cuales se estiman como cosa del pasado.

Ahora bien, si bien es cierto que la resocialización tuvo gloria, en los años sesenta y quizás principios de los setenta, en los que se centró en ella el discurso legitimador del Derecho penal, desde la perspectiva actual, cabe concluir que fue efímera su gloria, pues pronto entró en crisis, con fundamentos difíciles de superar:

I) Existen ciertos casos delictivos en que la resocialización no es posible o no es necesaria dadas las circunstancias.

II) Se rechaza la absolutización de la idea de resocialización, que lleva a prescindir de toda proporcionalidad con el hecho cometido.

III) Las exigencias de prevención general no se satisfacen cuando se da una condena excesivamente leve, como si resultara excesivamente grave.

IV) Se cuestiona de modo general la posibilidad de una resocialización en condiciones de falta de libertad.

V) Es ilegítima toda intervención resocializadora, por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual. Sólo se resocializa quien quiere, y no se puede obligar a nadie.

En algunos países escandinavos y en los EUA llevaron en su empeño resocializador, a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, para centrarse en el pronóstico sobre la reinserción del individuo. Como señala Antilla:

Hubo un tiempo hace veinte o treinta años, en el que los expertos penalistas en Escandinavia creyeron que el preso medio podría ser reformado a través de esfuerzos rehabilitadores científicamente planificados. Esta filosofía obtuvo una legión de partidarios, pareciendo ser más humana y benévola comparada con la justicia criminal ordinaria. Sin embargo, poco a poco, el creciente volumen de investigaciones condujo a la conclusión de que, en general, exista un soporte empírico muy escaso para este modelo médico o ideológico del tratamiento. También se demostró claramente

que este modelo no llevaba necesariamente a un sistema más humano y benévolo. Por el contrario, a menudo favoreció largas sentencias indeterminadas, algunas de ellas por delitos relativamente triviales. También ignoró el principio de igualdad ante la ley.¹⁵

b) *La pena indeterminada*

La piedra angular de las tesis resocializadoras la constituye la pena privativa de libertad indeterminada, que obtuvo su máxima expresión en el Derecho norteamericano. En EUA los tribunales procedían a fijar tan sólo marcos penales amplísimos, desde un año de duración hasta perpetua, dejando la decisión definitiva sobre el momento preciso de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos dependientes del Ejecutivo (el *parole board*). En California se suprimió esta figura en 1976.¹⁶

La finalidad de la pena indeterminada era poder prolongar la privación de libertad todo lo que fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente. Los resultados no fueron satisfactorios, dado el excesivo arbitrio incontrolado de los *parole boards*, así como la escasa fiabilidad de los criterios para obtener un pronóstico favorable, y la ruptura de toda relación de proporcionalidad con el hecho. Además, con este sistema no solamente se llegaba al autoritarismo y la incompatibilidad con la humanidad, sino las garantías del Estado de Derecho quedaban absolutamente marginadas.

De estas críticas, se concluye que es imposible legitimar las penas privativas de libertad en una educación para la libertad en condiciones de ausencia de libertad e incluso la ineficacia intimidatoria individual, en muchos casos, sólo trae efectos desocializadores de esa misma privación de libertad. Este sistema llegó a sostener la necesidad de prescindir del internamiento, de modo general y no sólo en el caso de penas cortas y de sustituir la privación de libertad por formas de diversión (acción de distraer o desviar la atención).

¹⁵ *La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales*, trad. Del Rosal Blasco, CPC, 1986, pp. 143-155.

¹⁶ GALLIGAN, *The return to retribution in penal Theory*, en *Crime, Proof & Punishment. Essays in Memory of Sr. Ruperts Cross*, London, 1981, pp. 144-171.

c) *Rechazo de la legitimidad del tratamiento: existen dos razones para rechazar el tratamiento*

En primer lugar, carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad, que en sí, es criminógena, no habría pues, que resocializar al individuo, sino a la sociedad.

En segundo lugar, la intervención socializadora constituye una injerencia injustificable en los derechos individuales del sujeto que ha delinquido, puesto que, si desea tener éxito, ha de dirigirse a una modificación no sólo del comportamiento, sino también de la actitud interna. Por este motivo, su carácter antiliberal, manipulador, inaceptable en una sociedad entre cuyos valores fundamentales se halla la autonomía de la personalidad, se rechaza esa resocialización para la moralidad que tendría como objetivo hacer participar al delincuente en el sistema dominante de valores.

Estas dos objeciones no van más allá de imposibilitar que la resocialización se erija en principio fundamental legitimador de la intervención penal. Sin embargo, es evidente que en tanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad, no podrá renunciarse a la resocialización, aun cuando sean pocos los resultados sobre la misma.

Vinculado con lo anterior, para no vulnerar las garantías del condenado, no podrá obligársele a la resocialización, sino siempre se requerirá su colaboración, dando su acuerdo con el programa resocializador. Este programa deberá atender al contenido y a los fines que se asignen, respetando en todo momento sus derechos fundamentales.

Los programas deben suponer modelos liberales, comunicativos, de resocialización, no conducidos por burocracias y jerarquías. Aquí tienen cabida las cárceles de baja peligrosidad en los Estados Unidos.

Callies decía: es decisivo que el tratamiento resocializador no se imponga al condenado, convirtiéndolo en mero objeto del mismo, sino que sea producto de un diálogo ininterrumpido entre aquél y el Estado. "El sujeto no es contemplado como mero objeto de un proceso de conducción propio del Estado social, sino que es concebido como sujeto dialogal de regulación y aprendizaje. El proceso no tiende a la adaptación a las normas dominantes, sino más bien a crear, en un proceso de interacción, alternativas a la conducción de la vida y, con ello, para la participación en relaciones sociales a la vida".¹⁷

¹⁷ *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, p. 158.

7. PERSPECTIVA GARANTISTA

En virtud de no poderse legitimar el ejercicio del IUS PUNIENDI en las ideas resocializadoras ni en la ideología del tratamiento, aparecieron otras alternativas de legitimación. Estas alternativas se dieron insistiendo en el papel de las garantías formales. El Derecho penal se legitima partiendo de la prevención general de delitos, siempre que se respete las garantías individuales del Estado de Derecho, que en verdad sea una "Magna Charta del delincuente".

a) *El neoclasicismo*

Este movimiento parte de la idea del rechazo del tratamiento resocializador como fin legitimador de la pena. Critica la ideología del tratamiento, negando rotundamente la sentencia indeterminada, ya que sólo provoca abusos. El tratamiento, en todo caso, sólo debe realizarse cuando el delincuente lo acepte voluntariamente, pero nunca se justifica una sanción por las exigencias del tratamiento.

Alejándose de dicha posición, se debe acudir a consideraciones de prevención general e incluso de justicia y de proporcionalidad con la gravedad de los delitos, con lo cual se regresa a los planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del siglo pasado, por ello, algunos autores señalan que es un retorno a Kant, y por ello la expresión *neoclasicismo*. Ya Carrara, en su tiempo, decía que la "ley tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión y en el juicio, con el fin de que ésta se mantenga en el camino de la justicia y no degenera en tiranía".¹⁸ Aunque como dice Naucke: "Existe una desconfianza respecto de la intervención decisoria de profesionales no juristas en la ejecución penal, por lo que se trata de volver a un poder centralizado y fuerte y a un primado de lo político sobre lo social, cuestiones que no se plantean en las tesis kantianas".¹⁹

El neoclasicismo pretende someter a control el poder punitivo del Estado exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad. Con este regreso a estos principios se pretende evitar la inseguridad y arbitrariedad de las ideologías resocializadoras. De lo anterior

¹⁸ Programa del Curso de Derecho criminal, 10 de, t. 1. Citado por Silva. *Aproximación...*

¹⁹ NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 38, nota 35, citado por Silva. *Aproximación...*

se desprende que no se deben perder de vista las ideas rectoras de proporcionalidad, ni siquiera en las medidas de seguridad, de culpabilidad, ni tampoco el marco preventivo general. Así, el neoclasicismo aporta no una variación a la política-criminal, sino un acento en la prevención general y en el respeto a las garantías individuales.

b) *Límites materiales de la intervención penal*

Al neoclasicismo se le ha criticado que se ha limitado a los aspectos exclusivamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal; también que sus posturas no han traído consigo una disminución de la duración de las penas, sino más bien, un aumento de las mismas y, por otro lado, han producido una cierta flexibilización en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Las anteriores críticas son fundadas, por ello, el neoclasicismo no se debe limitar a resaltar la necesidad de observar las garantías formales, sino, debe de tratar de introducir nuevas fórmulas que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad y de resocialización.

En cuanto a la resocialización, no puede el neoclasicismo renunciar al tratamiento siempre que se plantee como un ofrecimiento que el condenado es libre de aceptar o no.²⁰ Además, en el momento legislativo, debe tender a la reducción de la pena como el mínimo imprescindible (eliminación de las penas cortas o excesivamente largas), crear nuevas formas de reacción punitiva y alternativas a la pena, como sería especialmente la responsabilidad civil. Y tender hacia el Derecho penal mínimo.

c) *El derecho penal mínimo*

La doctrina del Derecho penal mínimo, como elaboración teórica, no supone una novedad. Su punto de partida se halla en las bases ideológicas del Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán, según el cual

²⁰ Sigue siendo válido, a mi modo de ver, el postulado de la readaptación del artículo 18 constitucional, por lo que estoy en contra de que este término se pretenda abolir, pues, aun cuando en nuestra realidad la cárcel, por sus circunstancias no sea propicia para lograr readaptar, no por esto se debe eliminar este espíritu de la Constitución.

la pena es una amarga necesidad y también se inspira en los principios liberales. El artículo 8 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, establecía: “La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias”. Sólo serán legítimas las penas que sean necesarias, de ahí que surja el principio de intervención mínima, esto es el límite de la reducción ha de hallarse en el mínimo necesario. Ferrajoli sostiene que el mínimo necesario del Derecho penal se debe hallar en la evitación de la violencia social informal.

Así, la función preventiva, tiene una doble vertiente: prevención de los delitos y de las penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas. Lo que legitima al Derecho penal, es la minimización de la violencia en la sociedad, como dice Ferrajoli: “Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de las violencias, delitos, venganzas y punitivas arbitrarias, que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas”.²¹ Son tres, pues, los sentidos del Derecho penal mínimo:

- I) La máxima reducción cuantitativa de la intervención penal.
- II) La más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas, y
- III) La exclusión de otros métodos de intervención coercitiva.

Se requiere una profunda depuración de los objetos de protección penal, que se manifiesta en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal. Se debe tener en cuenta que no hay magnitudes exactas de las penas, esto es, no se puede fijar un punto exacto en que la reacción penal sigue siendo necesaria para prevenir, de ahí que el Derecho penal se halla en continua evolución, marcada por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista y el interés humanitario o resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales. Lo que cada momento histórico se estima como mínimo necesario de la intervención penal constituye, pues, el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica constante en ese determinado momento. Una tensión cuyo motor es la continua relativización del interés mediante la intensificada atención a los intereses garantísticos. El Derecho penal evoluciona por la vía de su restricción progresiva, y es, debe ser, cada vez más mínimo.

²¹ Poder y Control, p. 39.

En Suecia, que se ha abandonado la ideología del tratamiento y se ha orientado hacia la prevención general, no se piensa solamente en la seguridad jurídica y en la proporcionalidad, sino que se insiste en la humanización como uno de los intereses de la prevención general. Si se parte de que *la pena es un mal con que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas*, es más fácil entender por qué es necesario restringir su uso.

Por otra parte, al adoptar la prevención general como fundamento principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida. Por este camino es fácil, también, encontrar la realidad de la pena como “mal” y se invita a reflexionar sobre la necesidad de ese mal. De ahí que no se requieran penas graves, que solamente se oponen a la progresiva humanización del sistema de sanciones. En los casos en que la pena privativa de libertad no se estime necesaria, fácilmente se podrá sustituir por otras consecuencias jurídicas.

Pero, además, el hecho de que la pena sea un mal, en nada se opone a introducir en ella elementos que tengan la pretensión de favorecer al delincuente, y no debe haber obstáculo alguno para que se ofrezca al delincuente el servicio o tratamiento que se le pueda proporcionar, siempre que ello se interprete como un derecho y no como algo a lo que se somete obligatoriamente a los reclusos por ser la función determinante del sistema penal.

En resumen, se trata de recuperar las garantías formales, sin olvidar la progresión humanizadora que pasa por la disminución de la severidad de la intervención penal y de su propio ámbito de incidencia, así como por el mantenimiento de los aspectos positivos del tratamiento.

d) *Conclusión*

La propuesta garantista no implica un retroceso, ni ofrece algo completamente nuevo. Expresa la síntesis adecuada en este momento histórico de la evolución de las ideas penales. El liberalismo se centró en la salvaguarda de las garantías formales; la idea de Estado social, propició que el tratamiento pasara a un plano de defensa social y posteriormente en el nivel de realización práctica. De hecho, hasta este momento, nos encontramos inmersos en la ideología del tratamiento, lo que es entendible. No se puede ignorar los logros que la idea reso-

cializadora ha alcanzado en el plano de la humanización progresiva del sistema penal, eliminando las penas cortas de prisión y las excesivamente severas y creando alternativas a la pena privativa de libertad.

El garantismo parte de la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de delitos, subrayando las exigencias formales de seguridad jurídica y proporcionalidad, pero acogiendo las tendencias humanizadoras, proyectando una política criminal propia de un Estado moderno, en pro de un mejor Derecho penal, más realista y progresista de los problemas teóricos y prácticos del Derecho penal.