

Informe de Investigación

Título: LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Sistema de Justicia Penal
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Pena de privativa de libertad, sistema penal, Función
Fuentes: Doctrina	Fecha de elaboración: 02/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	2
a) Razones por las que surge la pena privativa de libertad. se supera la simple pena custodia. no surge solo por razones humanitarias o por un afán de reforma.....	2
Primeras ideas sobre la reforma y enmienda del delincuente. estrecha vinculación con las ideas religiosas y eclesíásticas.....	4
b) Función de la pena Privativa de Libertad.....	7
c) Política criminal y cambio de paradigma a través del código procesal penal de 1996: de un derecho penal retributivo a un derecho penal preventivo.....	9
Carácter ambivalente de la reforma procesal penal de 1996: garantismo versus utilitarismo	11
Garantismo y eficientismo en los siete años de vigencia del código procesal penal de 1996	13
d) Definición de prisión preventiva y su importancia.....	14
Importancia preventiva política de la prisión.....	14
La prisión preventiva como injerencia estatal en el derecho a la libertad personal.....	15
e) Análisis del sistema penal.....	16
Criminología Crítica: perspectiva.....	18

1 Resumen

A lo largo del presente trabajo, se recopila la doctrina que hace un acercamiento al tema de la pena de privativa de libertad y su forma de aplicación en general y de las críticas que se le han hecho al sistema penal, esto principalmente en nuestro país.

2 Doctrina

a) Razones por las que surge la pena privativa de libertad. se supera la simple pena custodia. no surge solo por razones humanitarias o por un afán de reforma

[CRUZ CASTRO]¹

“Sería ingenuo pensar que la pena privativa de libertad surge solo porque se quería crear una pena que se ajustara mejor a un proceso general de humanización o que pudiera conseguir la enmienda del recluso. Este tipo de análisis incurriría en el error de ser excesivamente abstracto y partirla de una perspectiva ahistórica. Existen varias causas que explican el surgimiento de la prisión, entre las más importantes pueden citarse las siguientes:

a) Desde un punto de vista de las ideas, a partir del siglo XVI comienza a valorarse más la libertad y se va progresivamente imponiendo el racionalismo.

b) Aparece la mala conciencia que tiende a sustituir la publicidad de algunos castigos por la vergüenza y el olvido. Este sentimiento comienza a perfilarse a principios del siglo XV. No existe la menor duda de que la prisión se presta muy bien para ocultar el castigo y hasta para olvidarse de las personas a quienes se ha impuesto la sanción.

c) Los trastornos y cambios socioeconómicos que se produjeron con el paso de la Edad Media a la Edad Moderna, y que tuvieron su expresión más aguda en los siglos XV, XVI y XVII, dieron como resultado la aparición de gran cantidad de personas que sufrían de una pobreza extrema y que debían dedicarse a la mendicidad o a cometer actos delictivos. Todo esto luego que crecieran desmesuradamente las cifras por actos delictivos; este fenómeno se extendió a toda Europa. Por razones de política criminal era evidente que ante tanta delincuencia, la pena de muerte no brindaba una solución adecuada, ya que no podía aplicarse a tanta gente. A esta situación debe agregarse el desprestigio en que había caldo la pena de muerte. La crisis de la pena de muerte encontró un sustitutivo: la pena privativa de libertad; un gran invento que demostraba ser un medio más eficaz de control social.

ch) La motivación económica fue un factor muy importante en la transformación de la pena privativa de libertad, especialmente cuando deja de ser un simple procedimiento de custodia para convertirse en una pena propiamente dicha. Sobre este aspecto Michel Foucault expone un agudo análisis, considerando que: “. . . El confinamiento, ese hecho masivo cuyas señales encontramos en toda la Europa del siglo XVII, es un asunto de policía. Policía en el sentido sumamente preciso que se da al vocablo en la época clásica, es decir el conjunto de medidas que hacen del trabajo algo a la vez posible y necesario para todos aquellos que no podrían vivir sin él (. . .) antes de tener el sentido medicinal que le atribuimos, o que al menos queremos concederle, el confinamiento ha sido una exigencia de algo muy distinto que la preocupación de la curación. Lo que lo ha hecho necesario ha sido un imperativo de trabajo. Donde nuestra filantropía quisiera reconocer señales de benevolencia hacia la enfermedad, allí encontramos solamente la condenación a la ociosidad. . .”. Agrega luego que: “. . . En toda Europa la internación tiene el mismo sentido, por lo menos al principio. Es una de las respuestas dadas por el siglo XVII a una crisis económica que afecta al mundo occidental en conjunto; descenso de salarios, desempleo, escasez de la moneda; este



conjunto de hechos se debe probablemente a una crisis de la economía española. La misma Inglaterra, que es el país de Europa occidental menos dependiente del sistema debe resolver los mismos problemas... Pero fuera de las épocas de crisis —puntualiza Foucault—, el confinamiento adquiere otro sentido. A su función de represión se agrega una nueva utilidad. Ahora ya no se trata de encerrar a los sin trabajo, sino de dar trabajo a quienes se ha encerrado y hacerlos así útiles para la prosperidad general. La alternación es clara: mano de obra barata, cuando hay trabajo y salarios altos; y, en período de desempleo, reabsorción de los ociosos y protección social contra la agitación y los motines. No olvidemos que las primeras casas de internación aparecen en Inglaterra en los puntos más industrializados del país: Worcester, Norwich, Bristol. . . Concluye el autor francés, a modo de resumen: "...La época clásica utiliza el confinamiento de una manera equívoca, para hacerle desempeñar un papel doble: reabsorber el desempleo, o por lo menos borrar sus efectos sociales más visibles, y controlar las tarifas cuando existe el riesgo de que se eleven demasiado. Actuar alternativamente sobre el mercado de mano de obra y los precios de la producción. En realidad, no parece que las casas de confinamiento hayan podido realizar eficazmente la obra que de ellas se esperaba. Si absorbían a los desocupados, era sobre todo para disimular la miseria y evitar los inconvenientes políticos o sociales de una posible agitación; pero en el mismo momento en que se les colocaba en talleres obligatorios, se aumentaba el desempleo en las regiones vecinas y en los sectores similares... En sentido muy parecido a Foucault interpretan Darlo Melossi y Massimo Pavarini el origen y la función de la pena privativa de libertad en el capitalismo desarrollado. El trabajo, la mayor de las veces forzado, siempre estuvo muy vinculado a la prisión, incluso se dice que se tuvo más interés que la pena consistiera en trabajo pesado que en la misma privación de la libertad. En muchas ocasiones, dependiendo de la situación en que estuviera la oferta de mano de obra, siguiendo el análisis de Foucault, se empleó el trabajo con un sentido utilitario y tratando de alcanzar la mayor productividad posible, ya fuera en beneficio de particulares o del Estado..." Estamos inclinados a pensar en la sustitución de las penas capitales y corporales por la prisión punitiva, (...), como un acto humanitario e impulsado por el anhelo de fomentar la reforma. Ciertamente, los dirigentes de la reforma hablaron en términos semejantes, pero es evidente que sus ideas fueron trasladadas imperfectamente a la práctica...". No puede desconocerse el fuerte condicionamiento que la estructura socioeconómica impone a las ideas de reforma, y que más bien son razones económicas y de necesidad de dominación, tal como lo explica Foucault, las que propiciaron el nacimiento de la pena privativa de libertad. Precisamente, los propósitos reformistas, de los que tanto se ha hablado, (desde los penitenciaristas clásicos) no se realizan por el poderoso condicionamiento y limitación que imponen las necesidades del mercado de trabajo y las variaciones en las condiciones económicas.

Es indispensable admitir, como condición decisiva, la tesis de Foucault, tal como se ha expuesto. La motivación económica que menciona el autor francés, es determinante para el salto cualitativo que da la prisión. Es interesante apuntar, tal como lo analizaremos después, que la vinculación de la prisión a necesidades de orden económico, que incluyen la dominación de la burguesía sobre el proletariado, dicho en términos muy esquemáticos, hace surgir la tesis de que es un mito pretender resocializar al delincuente mediante la pena privativa de libertad. Si la prisión es un instrumento que permite mantener el orden socioeconómico vigente, fortaleciendo la dominación que ejercen los propietarios de los medios de producción (el poder dominante dentro de una sociedad capitalista o la clase burocrática que domina el aparato político económico de una "democracia popular"), será imposible admitir que dentro de este contexto se pueda el objetivo resocializador (o la enmienda del delincuente, según el penitenciarismo clásico).

De acuerdo con todas las razones que se han mencionado, no puede afirmarse, sin caer en la ingenuidad o en un análisis excesivamente simplista, que la prisión surge bajo el impulso de un acto humanitario y por el anhelo de fomentar la reforma del delincuente. Este hecho no le resta

importancia a los propósitos reformistas que siempre se han atribuido a la prisión, pero indudablemente es un dato que debe tomarse en cuenta al analizar los ambiciosos propósitos que se pretenden alcanzar con la reclusión del delincuente, ya que existen muchos condicionamientos, vinculados a la estructura sociopolítica, que hacen muy difícil, por no decir imposible, la transformación del delincuente.

Primeras ideas sobre la reforma y enmienda del delincuente. estrecha vinculación con las ideas religiosas y eclesiásticas

Al examinar las primeras ideas que impregnaron el objetivo de reforma o enmienda, se puede encontrar que durante bastante tiempo, tal vez hasta la aparición de la escuela positiva, el penitenciarismo orientó su ideal reformista bajo el influjo de ideas religiosas y eclesiásticas. La justificación ideológica de la prisión, a través del ideal reformista, encontró suficientes argumentos en las ideas y motivaciones religiosas. Es tan fuerte esta influencia, que se ha llegado a considerar que en la prisión monástica se encuentra un antecedente inmediato de la prisión moderna. Para Hilde Kaufmann la pena privativa de la libertad fue el producto del desarrollo de una sociedad orientada a la consecución de la felicidad, surgida del pensamiento calvinista cristiano. El pensamiento cristiano, con algunas diferencias entre el protestantismo y el catolicismo, en especial en lo que se refiere al surgimiento del capitalismo, proporcionó tanto en el aspecto material como en el ideológico, buen fundamento a la pena privativa de libertad. Por esa razón no es casual que se considere que una de las pocas excepciones a la cárcel custodia del siglo XVI, era la prisión canónica. Se trataba de una reclusión que solo se aplicaba, en casos muy calificados, a algunos miembros del clero. Ya la Iglesia conocía, antes de que se aplicara en la sociedad civil, una institución que contenía ciertos puntos que servirán para justificar e inspirar la prisión moderna.

a) Influencia de la prisión eclesiástica. Ideas y diseño arquitectónico.

La prisión de los monasterios, según Von Hentig, ha irradiado influjos arquitectónicos y psicológicos que todavía perduran. La celda monacal cumplía a cabalidad el propósito que perseguía el encierro. Aunque no debe olvidarse que en la cárcel monacal se mezclan antiguos métodos mágicos con la separación en el espacio y la purificación mediante las reglas ordinarias de la detención. Entre ellas se encuentran la fustigación corporal, la oscuridad, y el ayuno, junto con el aislamiento, que protege del contagio moral.¹⁹ . . . El pensamiento eclesiástico de que la oración, el arrepentimiento y la contribución contribuyen más a la corrección que la mera fuerza de la coacción mecánica ha sido de una significación duradera. . .", especialmente en las ideas que inspiraron a los primeros penitenciaristas y los principios que orientaron a los clásicos sistemas penitenciarios (celular y de Auburn). De toda la Edad Media, caracterizada por un sistema punitivo inhumano e ineficaz, solo podría destacarse la influencia penitencial canónica, la cual dejó como secuela positiva, el aislamiento celular, el arrepentimiento y la corrección del delincuente, así como otras ideas tendentes a buscar la rehabilitación del recluso. Aunque estas nociones no fueron incorporadas al derecho secular, constituyen un antecedente indiscutible de la prisión moderna.

b) Importancia del Derecho Canónico. Especialmente en las ideas tradicionales sobre la reforma del delincuente.



El Derecho Canónico aporta varias ideas a la prisión moderna, especialmente en lo que se refiere a las primeras ideas que se tuvieron sobre la reforma del delincuente, (primeros penitenciaristas así como los grandes sistemas penitenciarios). Precisamente de la voz penitencia, de estrecha vinculación al Derecho Canónico, surgieron las palabras penitenciario y penitenciaría. Esta influencia viene a complementarse con el predominio que los conceptos teológico-morales tuvieron, hasta el siglo XVIII, en el Derecho Penal, ya que se consideraba que el crimen era un pecado contra las leyes humanas y divinas.

El concepto de "pena medicinal" (del alma) se encuentra en la base de las penas canónicas, en las cuales la reclusión tenía como objetivo el inducir al pecador a arrepentirse de sus faltas y a enmendarse gracias a la comprensión de la gravedad de sus culpas. San Pablo decía muy claramente lo siguiente: "poena constituitur in emenda-tionem hominum...". San Agustín, en su obra más importante, La ciudad de Dios, afirmaba que el castigo no debe orientarse a la destrucción del culpable, sino a su mejoramiento. Estas nociones de arrepentimiento, enmienda, meditación, aceptación íntima de la propia culpa, son ideas que se encuentran íntimamente vinculadas al Derecho Canónico o a conceptos que provienen del Antiguo y Nuevo Testamentos.

Sobre la influencia del Derecho Canónico en las ideas que orientaron a la prisión moderna, Elfas Neuman realiza un interesante análisis que bien merece que se le brinde la debida atención,..." Los apologistas del Derecho Canónico expresan que las ideas de fraternidad, redención y caridad de la Iglesia fueron trasladadas al Derecho Punitivo procurando corregir y rehabilitar al delincuente. Los más entusiastas manifiestan que en tal sentido las conquistas alcanzadas en plena Edad Media, no han logrado cuajar aún hoy en forma definitiva en el Derecho Secular. Entre ellas se menciona la individualización de la pena conforme al carácter y temperamento del reo. Hay quienes, contrariamente, pretenden quitar valor a lo que conformaría una adjudicación excesiva del derecho de la Iglesia. El profesor Schiappoli⁶ acierta con la verdadera etiqueta conceptual y pone las cosas en su punto. Tras reconocer la gran influencia de la Ley Mosaica sobre la de la Iglesia, explica que la fuente principal del Derecho Penal Canónico lo constituyó el *Líbrì Poenentialis*, que contiene una serie de instrucciones dadas a los confesores para la administración del sacramento de la penitencia. En él se registran, una a una, dichas penitencias respecto de todos los pecados y delitos —fuesen o no penados por la ley secular—. La influencia sobre el Derecho Común se ejerce, según Schiappoli, en dos direcciones. Por una parte, resulta incontestable que la penitencia que implica el encierro durante un tiempo a fin de compurgar la falta, pasa al Derecho Secular convertida luego en la sanción privativa de la libertad represiva de los delitos comunes. Pero, por otra parte, es igualmente exacto que la pena no pierde por ello su sentido

vindicante. La pena o penitencia tiende a reconciliar al pecador con la divinidad, pretenden despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable, pero de ahí no se sigue que deje de ser expiación y un castigo...". Este último concepto proporciona una idea exacta de la razón por la que los penitenciosos clásicos, así como las ideas que inspiraron los primeros sistemas penitenciarios, nunca renunciaron al sentido expiatorio de la pena, considerando que no era incompatible con los objetivos rehabilitadores o de reforma.

La relación entre el sentido y el régimen de la prisión canónica con la prisión moderna, no debe exagerarse, ya que no son equiparables. Se trata de un antecedente importante de la prisión moderna, pero no deben ignorarse diferencias importantes.

Siguiendo la tradición canónica, en la que se hacía distinción entre pena vindicativa y la pena medicinal, se pueden encontrar las iniciativas penitenciarias de Filippo Franci y las reflexiones de Mabilion durante el siglo XVII, las realizaciones de los papas Clemente XI y Clemente XII, así como la obra de Howard, gran filántropo del siglo XVIII.

c) Filippo Franci. Hospicio de San Felipe Neri.

A mediados del siglo XVII surge en Europa una obra importante, desde el punto de vista penitenciario, que dejaría Ideas positivas en este campo, todavía incipiente. Se trata del famoso Hospicio de San Felipe Neri, que se fundó en Florencia (en 1667), por obra del sacerdote Filippo Franci que llevó a la práctica una idea de Hipólito Francini. La institución se destinaba, en un principio, a la reforma de niños vagabundos, aunque más tarde se admitieron a jóvenes rebeldes y descarriados. Se aplicaba un régimen celular estricto, ya que la persona del internado era desconocida para sus compañeros de reclusión, gracias a un capuchón con el que se cubrían la cabeza en los actos colectivos. Estas ideas serían posteriormente incorporadas por el régimen celular del siglo XIX.³⁰ La obra de Filippo Franci es un importante antecedente del régimen celular y en ella se refleja su profundo sentido religioso.

ch) Jean Mabillon.

Jean Mabillon fue un monje benedictino francés, de la abadía de Saint Germain de París, que quedó gratamente impresionado, a su paso por Florencia, de la obra realizada por Franci. Escribió un libro titulado: Reflexiones sobre las prisiones monásticas, algunos autores sostienen que fue publicado en Francia en 1695, mientras que Melossi y Pavarini afirman que fue publicado en forma postuma en 1724. La obra reconsidera la experiencia punitiva de tipo carcelario que se había aplicado en el Derecho Penal Canónico, y formula una serie de consideraciones que anticipan algunas de las afirmaciones típicas del Iluminismo sobre el problema penal. Defiende la proporcionalidad de la pena de acuerdo con el delito cometido y a la fuerza física y espiritual del reo; le da gran importancia al problema de la reintegración del penado a la comunidad, y puede considerarse que en este sentido es uno de los primeros defensores de esta idea. Insiste en su obra en la necesidad de que los penitentes ocuparan celdas semejantes a las de los cartujos, y en las ceremonias de culto debían permanecer considerablemente separados, cada uno con su respectivo capuchón. No recibían visitas del exterior, a no ser la del superior u otras personas debidamente autorizadas. De acuerdo con el título de su obra, es posible pensar que Mabillon no tuviera la intención de influir en la justicia secular, pero de todas maneras, es imprescindible citarlo como un precursor relevante, ya que sus ideas se expresaron en una época en que no se pensaba en la enmienda moral y regeneración del delincuente. Foucault considera la posibilidad de que la obra de Mabillon haya proporcionado la definición y el carácter al primer sistema penitenciario norteamericano (sistema filadélfico).

d) Clemente XI.

Clemente XI (1649-1721) es uno de los preclaros iniciadores de la reforma carcelaria y del sentido rehabilitador y educativo de la pena privativa de libertad. Sus ideas se llevaron a la práctica en la Casa de Corrección de San Miguel (Roma), fundada por iniciativa del Pontífice el 14 de noviembre de 1703. Albergaba para su corrección a jóvenes delincuentes y a su vez servía como asilo de huérfanos y ancianos. Más tarde sirvió para alojar jóvenes menores de veinte años, que se mostraran reacios a la disciplina paterna.³⁷ El régimen era mixto, ya que trabajaban durante el día en común y por la noche se mantenían aislados en celdas, manteniéndose todo el día la obligación de guardar absoluto silencio. La enseñanza religiosa era uno de los pilares fundamentales de la institución; el régimen disciplinario se mantenía a base de fuertes sanciones. El lema de la institución refleja su finalidad correctora: "no es bastante constreñir a los perversos por la pena, si

no se les hace honrados con la disciplina". El aislamiento, el trabajo, la instrucción religiosa y una férrea disciplina, eran los medios que se utilizaban para la corrección. Todos estos instrumentos reflejan el influjo de los conceptos religiosos y de las orientaciones que guiaban la ejecución de las penas que se imponían en el Derecho Canónico.

Sobre esta institución Cuello Calón, citando a Howard Wines, expresa el criterio de que ". . .es limite que divide dos civilizaciones, dos épocas históricas. Su éxito fue considerable pues sirvió de modelo a gran número de prisiones fundadas, especialmente en Italia, durante el mismo siglo...". Thorsten Sellin sostiene un punto de vista contrario al de Wines, ya que no admite que el Hospicio de San Miguel deba ser considerado como un hecho decisivo en la historia de la penología; su relevancia se reduciría a la influencia que ejerció en la arquitectura carcelaria y a la profunda impresión que causó en Howard. Sin embargo, a pesar de esta polémica, es indudable que la institución que fundó Clemente XI debe considerarse como un importante antecedente de lo que actualmente calificamos como tratamiento institucional del delincuente."

b) Función de la penal Privativa de Libertad

[GUIDO HOWELL]²

"El desarrollo de las modernas teorías en materia penitenciaria ha vinculado de manera determinante la finalidad resocializadora a la pena de prisión, convirtiendo con ello la prevención especial en el pilar básico de nuestros sistemas carcelarios. Desde el positivismo hasta las teorías de la defensa social, la función rehabilitadora de la pena se ha pretendido alcanzar a través del tratamiento penitenciario, justificándose de esta forma la actuación directa y constante sobre el infractor.

Apesar de que en nuestro criterio la pena privativa de libertad, por su naturaleza, está llamada a cumplir una función mixta, creemos importante desarrollar a partir de estas líneas y con mayor profundidad, la posición de aquellos autores que cree en la rehabilitación social del delincuente como el fin último de la prisión.

De acuerdo a su teoría, la acción reeducadora de la pena pretende modificar los factores negativos de la personalidad del delincuente, con el objeto de evitar una nueva violación a la norma penal. Pero como es claro, el proceso que va más allá del mero respeto a la legalidad, abarca en criterio de muchos una profunda modificación de su estructura interna, su carácter y su escala de valores.

Debemos considerar que para los defensores de la prevención especial, el fenómeno criminal se explica generalmetne a partir del fracaso del proceso de "socialización", y de lo que para ellos resulta ser la imposición del sistema de valores de la clase dominante.

Aunque reconocemos que en muchas ocasiones, la falta de éxito de dicho proceso es causa generadora de múltiples delitos, no creemos que la delincuencia sea un fenómeno tan uniforme como para pretender explicarlo a partir de criterios socioeconómicos. La experiencia lo confirma si

tomamos en cuenta los altos índices de delitos sexuales, fiscales y culposos, que por lo general obedecen a diferentes circunstancias, y tras los cuales existe comúnmente un proceso de socialización que resulta “complejo”.

Sin embargo, la teoría de la prevención especial insiste en la necesidad de subsanar todas aquellas carencias que obstaculizaron o impidieron definitivamente el desarrollo que la llamada socialización, y que justifican ahora, mediante la privación de libertad la función rehabilitadora para retornar a la sociedad un delincuente “salvo”.

Insistimos en que tal posición parte de dos supuestos equívocos: uno, considerar la delincuencia producto de la desadaptación social, y otro, creer que como consecuencia de lo anterior, todo aquél que ha infringido la ley necesita ser sometido al proceso de rehabilitación.

Los detentadores de esta tesis consideran que existe una responsabilidad solidaria entre el Estado y la comunidad para el desarrollo de las condiciones que permitan alcanzar efectivamente la socialización. En su opinión, dicho proceso corresponde no a quien se aparte de la dinámica habitual sino al que ha permitido que ese alguien se aleje. El papel del Estado va entonces dirigido a crear y fomentar las condiciones materiales que permitan alcanzar efectivamente la socialización. En su opinión, dicho proceso corresponde no a quien se aparte de la dinámica habitual sino al que ha permitido que ese alguien se aleje. El papel del Estado va entonces dirigido a crear y fomentar las condiciones materiales que permitan el desarrollo integral de sus miembros, capacitándolos para satisfacer sus propias necesidades.

Pero sucede que el fracaso de este deber, es lo que permite a las teorías relativas explicar el fenómeno delictivo y con él la ilegalidad del Estado para sancionarlo. Si el fracaso en el cumplimiento de estas tareas conduce al delito y con posterioridad a la reincidencia, resulta que la desadaptación social es nuevamente la causa del problema.

De esta forma, la delincuencia es para ellos producto de la crisis de identidad entre, quienes crean las normas y quienes deben acatarlas; es decir, entre el sistema de valores de la clase dominante y los estratos sociales desposeídos.

Nuestra mayor duda es si se trata siempre de un problema axiológico. Creemos que la respuesta es negativa, toda vez que no existe correlación necesaria entre el delito y el rechazo al sistema de valores imperante. En caso contrario, sería imposible aceptar la delincuencia de las clases socialmente adaptadas; o la conducta lícita de las clases marginales, que por ser tales, se supondrían siempre en discrepancia con los valores prevalecientes.

La resocialización trae a nosotros la idea de repetición sea, volver a educar, habilitar o adaptar al delincuente; pero cómo repetir esa acción cuando no se realizó ni siquiera la primera vez. Para ejercer válidamente esta función por medio de la pena privativa de libertad sería necesario demostrar que con antelación al delito su agente estuvo socializado, que luego se apartó de su conducta habitual, y que ahora, la prisión se convertirá en el medio apto para rehabilitarlo.

La contradicción es innegable: las teorías relativas caen en un absurdo cuando atribuyen a la prisión finalidad reeducadora, siendo que ellas mismas reconocen el fracaso del proceso de socialización, y con él, la ilogicidad de pretender repetirlo.

Analizar la resocialización desde esta perspectiva implica una gran ingenuidad por parte de los defensores de la prevención especial. Existen personas adaptadas socialmente que no necesitan ser sometidos a tratamiento penitenciario, pero en quienes la pena se justifica por criterios retributivos, de la misma forma que individuos “supuestamente” desadaptados por pertenecer a subculturas criminógenas delinquen por otras razones o no delinquen.

No perdemos de vista el que la mayor parte de nuestra población penitenciaria pertenezca a los estratos sociales menos favorecidos, o el que el índice más alto de delitos sea aquél que se registra contra la propiedad. Pero no por ellos podemos pretender explicar la delincuencia con base en criterios meramente socioeconómicos, distinguiendo procesos de adaptación según sean las clases sociales.

Como recordaremos, la resocialización es la actuación que se ejerce sobre el delincuente con aspiración correctora, para que a través de la “aceptación” de las normas básicas se aleje de la reincidencia. La sola definición trae a nosotros dos ideas: la primera, asumir, que quien delinquiró lo hizo por no aceptar dichas normas, y la segunda, pretender evitar la comisión de nuevas infracciones.

En criterio del Lic. Eugenio Polanco, director del Centro de Adaptación Social “La Reforma”, la rehabilitación no puede convertirse en tal garantía, de la misma forma que un centro hospitalario no podría nunca asegurar que un enfermo sujeto a tratamiento se encuentra exento de nuevos males.

A pesar de ello, el tratamiento penitenciario se ha constituido en el medio empleado por antonomasia para obtener tal fin, y con razón Quiroz Cuarón ha dicho que pena sin tratamiento deja de ser justicia para convertirse en venganza. Sobre este punto debemos enfatizar que el tratamiento es tan sólo una alternativa que ofrece el sistema penitenciario, siendo decisión del interno si lo acepta o no. desde esta perspectiva podemos considerar la resocialización como una aspiración legítima de la pena, pero nunca su fin último”

c) Política criminal y cambio de paradigma a través del código procesal penal de 1996: de un derecho penal retributivo a un derecho penal preventivo

[LLOBET RODRÍGUEZ]³

“El carácter instrumental que tiene el Derecho Procesal Penal con respecto al Derecho Penal sustantivo, tiene como aspecto de importancia que la concepción que se siga de los fines de la pena tiene trascendencia sobre la estructuración del proceso penal, estableciéndose así una relación estrecha entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal Penal. En efecto una concepción absoluta de la pena debe llevar a la regulación del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal sin excepciones, ya que la imposición de una pena cuando se ha cometido un hecho delictivo debe considerarse como un imperativo categórico. Una concepción relativa de la pena conduce a la previsión de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, de modo



que puede dejarse de acusar por falta de necesidad de prevención general o especial, a lo que se agrega que se establecen prioridades de carácter preventivo en la persecución penal. En definitiva el Ministerio Público y la justicia penal son contemplados como realizadores de la Política Criminal del Estado, ello en cuanto se les encarga combatir la delincuencia a través de la prevención. Por supuesto que esta Política Criminal no puede ser la "primera ratio" ni la "única ratio", sino la "ultima ratio", puesto que lo fundamental desde el punto de vista Político Criminal es la prevención a través de una buena política social, que combata las causas de la delincuencia, para lo cual es fundamental la actuación con respecto a la juventud, garantizando las condiciones mínimas para el desarrollo de sus potencialidades, dándosele gran énfasis a la educación y la recreación, lo mismo que a la vida en una familia funcional. Debe anotarse que todo ello es una consecuencia del principio de Estado Social de Derecho, encontrando su base suficiente en el principio de dignidad humana, de modo que el efecto preventivo de la criminalidad de una buena política criminal debe tenerse solamente como justificante secundaria.

El Código de Procedimientos Penales de 1973 establecía el criterio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, ello sin excepciones. De esta manera la actuación de los operadores del sistema penal, desde el punto de vista teórico, debía limitarse a analizar la procedencia de la imputación desde la perspectiva probatoria y del derecho penal sustantivo. Debía en definitiva dictarse un auto de elevación a juicio, si se procedía por instrucción formal, cuando pudiera sostenerse como probable que el imputado cometió un hecho delictivo y debía dictarse una sentencia condenatoria si se llegara a la demostración de la culpabilidad del imputado luego del juicio oral y público. Desde esta perspectiva el Código de Procedimientos Penales de 1973 era concordante con una teoría absoluta de la pena, que no admitía por consideraciones utilitaristas que se prescindiera de la persecución penal. Lo anterior sin perjuicio de que en la práctica operaban de hecho criterios de oportunidad, que llevaban al archivo policial de la investigación, o bien a la falta de investigación por el juez de instrucción, que hacía que se dictase una prórroga extraordinaria y luego de un tiempo el sobreseimiento obligatorio.

La situación cambió con el Código Procesal Penal de 1996, que reguló los criterios de oportunidad reglados, entre ellos el de insignificancia, la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación, la reparación integral del daño y el procedimiento abreviado. En los criterios de oportunidad reglados y el procedimiento abreviado es fundamental para su procedencia el criterio vertido por el Ministerio Público, el que se guiará para ello por criterios de política criminal, esto en relación con las prioridades persecutorias y las necesidades preventivas. Por ello no se trata simplemente de actuar como se hacía durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, bajo el cual se analizaba si existía prueba suficiente para estimar como probable la responsabilidad penal del imputado, lo que llevaba a que el Ministerio Público formulara el requerimiento de elevación a juicio. Ahora se trata de añadirle algo más y es la necesidad de la persecución penal de acuerdo con criterios de política criminal, ello en relación con los criterios de oportunidad reglados, o bien la conveniencia desde el punto de vista político criminal de prescindir del juicio oral y de que se imponga a cambio una pena atenuada al imputado, ello a través del procedimiento abreviado.

Estas consideraciones envuelven un ámbito valorativo en manos del Ministerio Público, que varía la forma en que se enfrenta a los casos.

Se agrega a ello que aunque en la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño, cuando el daño es particular, el Ministerio Público no tiene el poder de decisión que posee en los criterios de oportunidad reglados y el procedimiento abreviado, tiene un derecho a ser oído y a manifestar su opinión sobre el acuerdo, velando en definitiva por la legalidad del mismo y porque no haya un vicio de voluntad del imputado o de la víctima. Estos institutos relacionados con la reparación pueden ser también considerados como una expresión de criterios



de oportunidad reglados, aunque el papel del Ministerio Público al respecto sea totalmente secundario. Sin embargo, se trata de institutos que, como se dijo, se han justificado desde el punto de política criminal.

De acuerdo con lo anterior puede considerarse que el Código Procesal Penal de 1996 implica un cambio de paradigma con respecto al de 1973, ya que significa la adopción de una normativa que de acuerdo con la teoría de la pena corresponde a las concepciones relativas o preventivas, mientras que el de 1973 era expresión de una concepción absoluta de la pena, es decir de carácter retributivo.

Carácter ambivalente de la reforma procesal penal de 1996: garantismo versus utilitarismo

Ha existido una gran discusión con respecto a Cesare Beccaria, puesto que si bien es considerado por muchos como el principal representante del utilitarismo, se ha enfatizado también el carácter humanitario de su pensamiento. Dijo Beccaria: "No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa". Con dicha expresión Beccaria se adelantó a la segunda formulación del imperativo categórico de Kant, conforme al cual el ser humano debe ser tratado como un fin en sí mismo y no solamente como un medio, el que aún hoy es considerado como la mejor conceptualización para determinar el respeto del principio de la dignidad de la persona humana, que es reconocido como la base de todos los derechos humanos y fundamentales. Sin embargo, las consideraciones humanitarias pueden entrar en conflicto con mucha frecuencia con las utilitaristas, que precisamente ponen su énfasis no en el respeto a la humanidad de cada persona, sino más bien en el bien de la colectividad, pudiendo llegarse a instrumentalizar al ser humano, en contra del imperativo categórico kantiano. Por ello mismo Immanuel Kant fue un acérrimo crítico a que se siguiera una mera prevención general negativa como criterio para penar, la que consideraba que instrumentalizaría al ser humano. Beccaria se debate sin darse cuenta a través de un libro entre consideraciones, por un lado, humanitarias y humanitaristas, y por otro, fundamentaciones utilitaristas. Las consideraciones utilitaristas, que se encuentran a través de su libro, tratando de justificar el tratamiento que da a los diversos institutos, han llevado a Naucke a decir que a Beccaria no le preocupa el ser humano, sino sus argumentos son meramente utilitaristas. En sentido contrario David Young ha estimado que Beccaria puede ser considerado más que como un autor utilitarista, como uno retribucionista.

El problema existente es la dificultad de compatibilizar el utilitarismo con el régimen de garantías, en el que rigen principios como la presunción de inocencia y la prohibición de la tortura. Así, por ejemplo existe consenso en la doctrina en que la presunción de inocencia no admite relativizaciones con base en el interés de la colectividad. Igualmente la prohibición de la tortura es de carácter absoluta, no permitiéndose excepción alguna. Todo ello es consecuencia del principio de dignidad de la persona humana, que como se dijo, también tuvo expresión en las formulaciones de Beccaria, no permitiéndose una mera instrumentalización del ser humano. Por ello mismo, la necesidad de combatir la delincuencia económica y ecológica, no puede llevar a la creación de un Derecho Penal y Procesal Penal de segunda velocidad, que llevara a una relativización de las garantías penales y procesales cuando se tratara de esa delincuencia. Igualmente la necesidad de luchar en contra de la delincuencia organizada y el terrorismo no permitirían un Derecho Penal de tercera velocidad, consistente en un Derecho Penal de enemigos, que llevara no a una relativización de las garantías, sino más bien a una negación de éstas.



Juan Marcos Rivero Sánchez ha indicado con razón que Immanuel Kant, quien es el máximo representante de las teorías absolutas de la pena, no hizo una teoría de las garantías penales. Sin embargo, - dice- las garantías deben ser concebidas como un imperativo categórico, debido a su carácter vinculante e incondicionado.

Con respecto a lo indicado por Juan Marcos Rivero debe decirse que el funcionamiento como un imperativo categórico debe ser afirmado con respecto a garantías como el principio de dignidad de la persona humana, el principio del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de abstenerse de declarar y la prohibición de la tortura. Desde esta perspectiva no se admite una relativización de dichas garantías con base en consideraciones utilitaristas. Así la lógica de las garantías procesales básicas mencionadas, es similar a la que corresponde con una teoría absoluta de la pena, ya que operan como un imperativo categórico, no permitiendo una relativización con razonamientos utilitaristas. Por supuesto que hay otra serie de garantías que no son absolutas, por ejemplo el domicilio y las comunicaciones, la libertad personal, etc., de modo que permiten una injerencia, encontrándose los límites a partir de los cuales simplemente se instrumentaliza a la persona en el respeto al núcleo básico del derecho y el respeto al principio de proporcionalidad, lo mismo que en la necesidad de la base legal para la injerencia.

El régimen de garantías se establece como un límite que opera incluso en contra de las mayorías. Se trata de garantías que tiene el ser humano y que pueden ser opuestas a la mayoría, la que debe respetarlas, debiendo hacerlo aun en el caso de que siguiendo las reglas de la democracia, la mayoría decidiera no hacerlo.

Las contradicciones que se presentan en Beccaria, son en definitiva las mismas que se encuentran en el Código Procesal Penal de 1996. Se trata del problema de coherencia entre garantías como la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho de abstención de declarar y la prohibición de la tortura, con las consideraciones utilitaristas, que han llevado a que estimaciones de Política Criminal, tomando en cuenta criterios preventivos, justifiquen la actuación del Ministerio Público en los criterios de oportunidad reglada o en la aplicación del procedimiento abreviado. Igualmente es el problema que se encuentra con relación a la asignación de criterios preventivos a institutos que pretenden terminar el proceso anticipadamente, como la suspensión del proceso a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño.

Todas estas consideraciones utilitaristas conducen a enfrentamientos con el régimen de garantías, por ejemplo las soluciones que persiguen la reparación del daño, operan como una sanción con efectos preventivos, llevan a problemas con la presunción de inocencia y el derecho de abstención de declarar fundamentalmente, ello no obstante que son acordes con otro principio garantista, que es el de mínima intervención o ultima ratio.

Igualmente los criterios de oportunidad, a pesar de operar como una decriminalización procesal, no dejan de ser problemáticos, especialmente desde la perspectiva de principio de igualdad ante la ley, como consecuencia de la vaguedad de la formulación legal.

Mucho más problemático es el procedimiento abreviado, que en definitiva implica prescindir de garantías como la presunción de inocencia y el derecho de abstención de declarar, dictándose además la sentencia sin juicio oral y público.

En definitiva mientras los institutos de la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral del daño y el criterio de oportunidad reglado por insignificancia tienen un carácter ambivalente, el procedimiento abreviado lejos de tener ese carácter es totalmente contrario al régimen de garantías, por lo que no debe ser aceptable la afirmación que se hace del abreviado como instituto "entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal.



Garantismo y eficientismo en los siete años de vigencia del código procesal penal de 1996

En cuanto a los siete años de vigencia del Código Procesal Penal, debo decir que cuando el mismo se encontraba apenas en vacatio legis pronuncié una conferencia en mayo de 1997. En ella advertí sobre una serie de aspectos de la reforma procesal penal, indicando que debía evitarse que las ideas de un Derecho Penal moderno o máximo llegasen a imperar en la práctica del nuevo Código Procesal Penal, que entraría en vigencia meses después.

Fundamentalmente fui crítico con respecto al procedimiento abreviado, ello con base en lo indicado por John Lang-bein, el que en los Estados Unidos de América había resaltado los caracteres inquisitivos del plea bargaining, llegando a comparar el mismo con la tortura que se practicaba en el procedimiento inquisitivo medieval. Se resaltó que si bien el nuevo código pretendía fortalecer el juicio oral y público, ello al dificultarse la lectura en el mismo de actos realizados durante el procedimiento preparatorio, por otro lado, regulaba el procedimiento abreviado que más bien pretende prescindir del juicio oral y público.

Hubo críticas bastante fuertes a las palabras que pronuncié aquel día. La aplicación que ha tenido el procedimiento abreviado durante estos años, considero que me ha dado la razón, resultando que el procedimiento abreviado se ha revelado como el instituto más problemático de la reforma procesal, llegándose en definitiva a ejercer una coacción indebida en contra del imputado para que acepte el procedimiento abreviado, unido a que se convierte el procedimiento en escrito y no contradictorio, todo lo que lleva a catalogar el instituto como acorde más bien con un sistema inquisitivo.

En efecto la práctica que ha existido durante la vigencia del C.P.P. de 1996 ha demostrado que los temores que existían con respecto al procedimiento abreviado eran justificados. Así se nota una ausencia de criterios uniformes de parte del Ministerio Público en lo relativo a los acuerdos que den base al procedimiento abreviado, pactándose penas muy disímiles con respecto a hechos similares e incluso con respecto al mismo hecho se han pactado penas diversas para diversos imputados, sin justificación alguna en cuanto a la diferenciación. Las incoherencias han llevado a que incluso casos de decomiso de grandes cantidades de droga han sido tratados de manera más benigna, al acordarse el procedimiento abreviado, que otros de decomiso de pequeñas cantidades de droga a mujeres que llegan a visitar a sus esposos o compañeros a un Centro Penal.

Por otro lado, debe estimarse que en una serie de asuntos se pactó el procedimiento abreviado, no obstante que era de esperar una sentencia absolutoria en caso de que se hubiera realizado el juicio oral, por ejemplo debido a nulidades en la recepción de la prueba durante el procedimiento preparatorio, que tornaban ilícita la prueba inculpativa.

Incluso en algunos asuntos en que se presentó recurso de casación y fue declarado sin lugar el mismo, podría pensarse que sin la aceptación de cargos el resto de la prueba podría haber conducido a una sentencia absolutoria.

Han existido también asuntos en que la prueba inculpativa no era lo suficientemente consistente, de modo que era de esperarse que si el asunto iba a juicio oral se dictase una sentencia absolutoria con base en el in dubio pro reo. De hecho han habido una serie de asuntos en que la sentencia condenatoria del procedimiento abreviado fue anulada, debido a un vicio de falta de

fundamentación y luego en el juicio de reenvío, en el que se realizó el juicio oral y público, se ordenó una sentencia absolutoria por duda.

Por otro lado, se ha acordado el procedimiento abreviado en una serie de asuntos en los cuales no queda claro si el imputado tenía capacidad de culpabilidad.

No han faltado asuntos en que, en parte debido a la falta de claridad sobre la pena que se acordó, se llegó a imponer una pena superior a la autorizada legalmente, por ejemplo una sanción de internamiento en materia penal juvenil, cuando la misma no era posible de acuerdo con el Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Incluso en algún caso se llegaron a pactar cincuenta años de prisión, o sea la pena máxima establecida en la legislación costarricense, sin que se estableciera ninguna rebaja para el imputado, resultando que el juez fijó la pena efectivamente en cincuenta años, ello a pesar de que la pena máxima que se le podía aplicar al imputado en el caso concreto, aplicando las reglas del concurso material era de 36 años.

Igualmente en otro asunto se pactó un abreviado con base en un concurso material de delitos, cuando en realidad lo que se había cometido era un solo delito, ello por existir una unidad de acción. La pena acordada por el imputado y el Ministerio Público, y aceptada por el Tribunal de Juicio, se fijó conforme a las reglas del concurso material.

La falta de claridad de los acuerdos ha llevado a que en ocasiones se haya impuesto por el Tribunal de Juicio una pena superior a la acordada.”

d) Definición de prisión preventiva y su importancia

[LLOBET RODRÍGUEZ]⁴

“La prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. De lege lata en Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro de reiteración delictiva.

Importancia preventiva política de la prisión

Se ha dicho por la doctrina que la prisión preventiva es una de las instituciones que definen las características de un sistema procesal y está relacionada íntimamente con el régimen político de existente. Esta afirmación es parcialmente cierta, puesto que efectivamente los regímenes

autoritarios se caracterizan por una extensión desmedida de la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, dándose énfasis a la necesidad de ello en defensa del "Pueblo" o del Estado. Sin embargo, en regímenes democráticos en que se ha regulado un proceso penal con rasgos acusatorios, aun cuando la prisión preventiva no llega a tener las características extremas propias de los regímenes autoritarios, sigue ocupando uno de los reductos de resistencia para la realización de los principios democráticos, que imponen el respeto a las exigencias de un Estado de Derecho, debiendo la regulación llevarse a cabo con estricto apego a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Por lo anterior, no es de extrañar que la prisión preventiva ocupe siempre un lugar importante en las discusiones políticas, de modo que en el Derecho Comparado y en el mismo Derecho costarricense, se nota que tal vez ninguna institución ha sido objeto de reformas legislativas tan frecuentes como ella.

En lo relativo a dichas reformas se da un fenómeno, perceptible aunque en menor grado también con respecto a otras instituciones penales, que podría catalogarse de avance, retroceso, avance, etc. Así reformas garantistas de los derechos humanos en lo relativo a la prisión preventiva son sucedidas por otras con caracteres autoritarios, las que después son a su vez objeto de una reforma garantista, todo en un proceso sin fin. Incluso dentro de las mismas reformas que tienen características garantistas se introducen cuerpos extraños de tipo autoritario. Un ejemplo de ello es el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica, que a pesar de representar en lo concerniente a la prisión preventiva, en general, una regulación conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, hizo concesiones contrarias a dichos principios, por ejemplo el Art. 253 párrafo 1) del nuevo código, referente a la no revisión de la prisión preventiva dentro de los primeros tres meses después de decretada, y el Art. 471 del mismo, que en forma inexplicable reformó los Arts. 294 y 298 del código vigente, de modo que del nuevo código, que entrará en vigencia en 1998, se adelantó solamente la vigencia de una regulación similar a la del Art. 253 párrafo 1) mencionado y por otro lado, en forma contradictoria con lo que se dispuso en el nuevo código, se eliminaron los términos de la prisión preventiva y los controles a la prolongación de la misma. Evidentemente esta regulación fue fruto de la búsqueda de un acuerdo entre las diversas posiciones políticas, con el objetivo de hacer posible la reforma procesal que se dio. El que se hayan aprobado artículos como el 253 párrafo 1), y el 471 del nuevo código, es una confirmación de la importancia política de la prisión preventiva, puesto que se trata de artículos que no se encontraban dentro de los proyectos iniciales y que no son coherentes con el resto de la regulación de la prisión preventiva aprobada.

La prisión preventiva como injerencia estatal en el derecho a la libertad personal

Los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política no son derechos irrestrictos, admitiéndose limitaciones a los mismos.

De gran relevancia en lo relativo a la intervención estatal en los derechos fundamentales de la persona, es lo establecido en la legislación procesal penal. Por ello es que gran parte de las normas constitucionales están destinadas a regular aspectos relacionados con el proceso penal. Se prevé así la inviolabilidad del domicilio, el derecho a intimidad y la libertad y secreto de las comunicaciones, el derecho a la libertad personal³⁶ y de movimiento, etc. Dichas intervenciones estatales en los derechos fundamentales, que se realizan en forma legítima dentro del proceso penal, son lo que un sector de la doctrina ha denominado medidas de coerción, dándole énfasis al

ejercicio de la fuerza estatal para llevarlas a cabo aun en contra de la voluntad del que debe ser sometido a ellas, y otro sector le da el nombre de medidas cautelares resaltando aquí la finalidad de cautela que tienen, de modo que no persiguen un fin en sí mismas, sino son un medio para lograr otros fines: los del proceso. Se clasifica las medidas coercitivas en: a) medidas coercitivas que afectan al derecho de libertad personal, por ejemplo la citación, la conducción por la fuerza pública cuando no se acata la citación, la aprehensión inmediata del testigo con respecto al cual existe temor fundado de que se oculte o se fugue, la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y sus sustitutos, la internación para observación, la internación y la incomunicación, b) medidas coercitivas que afectan la integridad personal, por ejemplo la intervención corporal, c) medidas coercitivas que afectan el derecho de propiedad, como el secuestro y el embargo, d) medidas coercitivas que afectan el derecho a la inviolabilidad de la esfera íntima, como la inspección corporal, la requisa, el allanamiento y registro de morada, el allanamiento de otros locales y el mismo registro de vehículos, e) medidas coercitivas que afectan el secreto postal y de comunicaciones, como la interceptación y secuestro de comunicaciones y correspondencia y f) medidas en el ejercicio del cargo cuando se atribuye un delito funcional, y la inhabilitación preventiva cuando se trate de una conducta o actividad por la cual el imputado podría ser inhabilitado.

No cabe duda de que entre todas las medidas coercitivas enumeradas la que tiene una mayor relevancia y da lugar a una mayor polémica es la prisión preventiva, no sólo por la importancia del derecho fundamental que limita, cual es la libertad personal, sino además por la intensidad y duración con que afecta dicho derecho.”

e)Análisis del sistema penal.

[CHAVARRÍA FLORES]⁵

“La crisis por la cual atraviesa el sistema penal, se ha entendido como la incapacidad de sus normas para cumplir las funciones esperadas, la represión de las necesidades humanas y la ilegitimidad de las personas, las cuales son catalogadas como violencia institucional, la producción de más problemas que aquellos que quiere solucionar y el carácter selectivo¹ del funcionamiento de justicia penal entre otros. (...) El sistema penal no es apto para proporcionar defensas eficaces a los derechos humanos...”

En este mismo sentido añade Rodríguez Manzanera que el Sistema Penal se encuentra en crisis, con "una inflación legislativa sin precedentes, con códigos más represivos que preventivos, con personal mal seleccionado e improvisado, y, por desgracia, con serias manchas de corrupción."

Al respecto, Fernando Cruz esboza una serie de aspectos que a su criterio han propiciado la crisis del sistema penal, a saber:

"1) Las doctrinas de la Escuela positiva vinieron a poner especial interés en el delincuente como individuo, preocupándose por la definición y tratamiento de la peligrosidad.

2) La progresiva humanización del régimen penitenciario provocó un cuestionamiento profundo de las doctrinas que consideran que la sanción penal debe ser eminentemente represiva y

aflictiva.

3) Los aportes de la criminología y de otras ciencias sociales, han demostrado las insuficiencias del derecho penal; se han logrado identificar los factores socio-políticos que impiden alcanzar sus objetivos esenciales, tal como ha ocurrido con la PREVENCIÓN GENERAL

4) Se ha producido una creciente politización de la delincuencia tradicional (común), especialmente la que se encuentra en el sistema penitenciario."

Reflexionando, resulta preocupante el hecho de que la realidad y la teoría penal

manifestada en su discurso y sus normas, se encuentren en un punto tan distante y sin claras señas de unión, pero más preocupante y censurable resulta el hecho de que sistema penal sancione ciertas conductas con el único fin de que se evidencie errónea y falsamente que la ley penal se aplica a todos los que causan daño social, cuando los comportamientos que igual o más daño producen, como la criminalidad no-convencional y los delitos de cuello blanco, en nuestros sistemas no encuentran su merecida sanción.

Asimismo la doctrina penal ha señalado la problemática del sistema penal, catalogando su actividad como altamente deshumanizadora, en el sentido de que no toma en cuenta los derechos de la persona, aniquilando por completo su ser, su personalidad y hasta su vida. Atrepellando la dignidad humana de todos los ciudadanos, porque no solo se considera de los prisioneros sino también de las personas en libertad, que de alguna u otra forma se encuentran vinculadas con el delincuente.

Se reitera que el actual sistema de justicia penal en general se encuentra verdaderamente imposibilitado teórico y materialmente para cumplir con los fines apuntados, por cuanto: a) no puede de ninguna manera corregir ni rehabilitar al condenado, b) es un verdadero peligro para la sociedad, pues ese sistema contribuye a la formación de personas amargadas, hostiles, violentas, corrompidas y desmoralizadas y, por lo tanto, proclives al crimen. Su sistemática destrucción de la autoestima y autoconfianza abocan a la desmoralización y deshumanización de los individuos, c) No se basa en conocimientos científicos, ni pretende desarrollar la dignidad humana, sino que se apoya, en un sistema injusto de la propiedad que, además de crear y desarrollar desigualdades desorbitadas, fomenta la protección violenta y vengativa de las estructuras. (Las cada día mayores desigualdades económicas entre las personas y entre los países tienen una de sus fuentes y una de sus defensas en el conjunto orgánico de la "justicia" penal y penitenciaria sistemáticamente establecida en las naciones de nuestra cultura).[^]

Debemos acotar que toda la problemática penal que hemos venido desarrollando no refiere únicamente a países subdesarrollados, con incipientes sistemas de control social, aquejados por problemas económicos, - sin recursos, presupuesto, personal sin ningún conocimiento en tratamiento carcelario, etc. - también se hace presente en países en vías de desarrollo, los cuales llevan a cabo una serie de replanteamientos a su sistema, originados por situaciones como las que a continuación se detallan:

"1-... una insatisfacción creciente con el trato que reciben los delincuentes, la que ha llevado a un giro hacia el logro de un mayor reconocimiento de sus derechos y respeto por su dignidad. El fracaso aparente de la "rehabilitación" y el movimiento hacia una sociedad "sin reclusión" se basa en una elevada conciencia del potencial de producción de delincuentes que tienen los sistemas de justicia penal y del mito de que los delincuentes son diferentes a otras personas. Se trata de la lucha por una mayor tolerancia de la conducta "desviada", por el reconocimiento de la relatividad de la moral y la ética, y por una conciencia pública más altamente desarrollada acerca de la

inmoralidad de "enjaular" a los seres humanos.

2- (...) existen grandes recelos acerca de la evidente incapacidad de nuestros sistemas tradicionales de enfrentarse con el creciente problema de la criminalidad y la inseguridad pública. (...) Cualquiera que sea la causa del delito, no parece responder a las técnicas de prevención y control, en las cuales la sociedad, hasta ahora, ha confiado para su contención. (...)

3- (...) la administración de justicia se está dando a conocer, en muchos países "desarrollados", como una administración de la injusticia, que estigmatiza a las clases más pobres, e impone valores de clases media o alta a grupos de ingresos más bajos. La corrupción y la discriminación se han puesto de manifiesto, y el interés por salvaguardar los derechos humanos contra el poder arbitrario del estado, ha hecho que se sospeche de servicios que anteriormente se consideraba como confiables".

Como respuesta a la crisis señalada y con el único fin de dar una solución eficaz y definitiva a la misma, florecen ciertas corrientes de pensamiento - que a continuación brevemente trataremos - que marcan una pauta en el estudio de la acción penal y que con sus postulados recientes proponen la eliminación de la violencia institucionalizada, la reducción del poder político, el verdadero reconocimiento de los derechos y garantías del infractor y la eliminación de las penas sin grado alguno de utilidad e incongruentes con la realidad.

Criminología Crítica: perspectiva

En virtud del anterior panorama surge en los años setenta una ciencia criminológica denominada "criminología crítica" la cual es definida como "el análisis del proceso de definición y de reacción social que se extiende a la distribución del poder de definición y de reacción en una sociedad, a la desigual distribución de ese poder y a los conflictos de intereses que están en el origen de ese proceso."

Añadiendo, la criminología crítica "se caracteriza por un enfoque sociopolítico del delito, saliéndose de los muros de la prisión y de los prisioneros, en la que había centrado toda su atención la criminología correccionalista tradicional y dirigir su atención hacia la más amplia esfera penal. (...) Se dirigieron a cuestionar aspectos como el significado de la desviación, su definición, y su control en la reproducción de un orden social opresivo. Los criminólogos críticos, sostienen que la sociedad, con sus estructuras sociales, políticas, económicas, etc., ejerce una influencia sobre algunos individuos que los aboca al crimen, pues obligados a vivir en determinadas situaciones no tienen otra salida."

La criminología crítica según se ha expuesto teóricamente, contiene un planteamiento que difiere completamente del objeto y método de la criminología tradicional, por cuanto mientras que esta última legitima el discurso jurídico penal existente, la primera se dedica a la defensa desde un punto político e ideológico de los derechos humanos. En la criminología tradicional, tiene especial incidencia la idea de la terapia que no solo corresponde al tratamiento institucional sino también a las modalidades sancionatorias que refieren a libertad restringida, nociones que hoy se encuentran agotadas por su ineficacia para la resocialización del individuo.

Esta corriente de pensamiento arguye que resulta realmente imposible readaptar al delincuente a la sociedad, si esta misma lo formó y lo perfeccionó en la carrera del crimen, en tanto que con sus patrones sociales e ideológicos y la distorsionada distribución de riqueza, hacen que algunos

individuos se encuentre circunstancialmente en un callejón con una única salida: el crimen.

La actuación de los criminólogos críticos se dirige hacia la disminución de la injerencia -poder- del Estado, hasta su total desaparición en la política criminal a través de diversos mecanismos, dentro de los cuales se destacan la decriminalización, la depenalización y la diversificación.

La corriente denominada como decriminalización o descriminalización se conceptualiza como la supresión de la competencia atribuida al sistema penal en su aspecto puramente punitivo, respecto a una conducta específica. Dicha supresión puede llevarse a cabo vía legislativa o jurisprudencial. Asimismo la depenalización o despenalización se refiere a la atenuación dentro del sistema penal, puede ser utilizada para un delito de gravedad a la de un delito menor; igualmente puede atenuarse cuando la pena de prisión es remplazada por una sanción de multa, sistema de prueba, etc.

Adquiere relevancia en este contexto la diversificación también denominada derivación, la cual pretende trasladar el reproche a las partes directamente involucradas, con el fin de solucionar el conflicto con el apoyo de un organismo externo. Asimismo se habla de confiar a ciertos delinquentes a instituciones (casi siempre comunitarias) para que intervengan en la recuperación del infractor.

Consideración importante merece el análisis de la Teoría del Etiquetamiento o bien conocida como la Teoría del Labelling Approach, la cual se considera forma parte integral del objeto estudiado por la criminología crítica, en tanto esta se esfuerza por conocer en detalle las condiciones por las cuales en una sociedad las etiquetas de criminalidad y criminal son atribuidas a ciertos comportamientos y a ciertos agentes respectivamente.

De ahí que esta teoría, se concentra sobre todo en las reacciones y efectos de la estigmatización que ejercen las instancias oficiales del control social, - policía, órganos de acusación pública y jueces - frente al tratamiento del delito y del presunto infractor, tomando en consideración las diversas etapas del reproche.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 CRUZ CASTRO, Fernando. El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios. Artículo publicado en la Revista Judicial. Año XIV Numero 48. Diciembre, 1989. San José C.R. Pp 13-19.
- 2 GUIDO HOWELL, Paula. Fundamento y justificación de la pena privativa de libertad en Costa Rica. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 1991. pp 194-200.
- 3 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Derecho Procesal Penal. I Aspectos Generales. 1º edic. San José Editorial Jurídica Continental, 2005. pp 191-200.
- 4 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva. 1 edic. San José C.R. Mundo Gráfico S.A. 1997. pp 35-40
- 5 CHAVARRIA FLORES, Adriana. El catalogo punitivo costarricense y la incorporación del arresto domiciliario como pena alternativa. Tesis de grado para optar por la licenciatura en Derecho