

Los principios de intervención mínima, proporcionalidad y resocialización, en la era del expansionismo irracional del poder punitivo del Estado

Dr. Arnel Medina Cuenca

Profesor Titular de Derecho penal.
Universidad de La Habana. Vicepresidente
de la Sociedad cubana de Ciencias Penales
arnel@lex.uh.cu

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Intervención mínima. 2.1. Intervención mínima, despenalización y expansionismo penal. 3. Proporcionalidad de la pena. 3.1. La proporcionalidad de la pena en el Código Penal cubano. 4. Resocialización de los privados de libertad. 5. A modo de conclusiones.

1. Introducción

Los primeros años del Siglo XXI, que al decir de algunos se inició con la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989 y para otros el 11 de septiembre de 2001, se han caracterizado por un expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal, amparado en la necesidad de perfeccionar la lucha contra el crimen organizado transnacional y el terrorismo, que se distingue por la aparición de nuevas modalidades delictivas, el incremento de las penas y un mayor rigor penitenciario, mientras que cada día se habla menos de la necesidad de prevenir el delito, con la aplicación de políticas de inclusión de los excluidos de siempre y de los que se le han ido incorporando, como consecuencia de las frecuentes crisis económicas.

La denominada sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, está requiriendo de una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar el Derecho penal al surgimiento de nuevos intereses de protección o la revalorización de algunos ya existentes y la vigencia de los principios limitativos del derecho de castigar de los Estados, consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones nacionales.

En 2012, según datos de Naciones Unidas, casi medio millón de personas (437 000) perdieron la vida a causa de homicidios dolosos en todo el mundo. Más de una tercera parte de estos (36%) tuvieron lugar en el continente americano, 31% en África, 28% en Asia, mientras que Europa (5%) y Oceanía (0.3%) presentaron las tasas más bajas de homicidio a nivel regional¹.

La delincuencia forma parte de la estructura normal de una sociedad: el delito no se

¹Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Estudio Mundial sobre el Homicidio. Resumen Ejecutivo, p. 1. 10 de abril de 2014. Naciones Unidas. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf Consultado el 15/4/2014, a las 11.00.

encuentra en la mayoría de las sociedades sino en todas, aunque cambia en sus manifestaciones: lo normal es sencillamente que exista una delincuencia y que cada sociedad asuma, sin sobrepasarse, un cierto límite que no es imposible fijar. Más aún: constituye un factor de salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana; el delito es normal porque una sociedad sin él sería completamente imposible, en palabras de DURKEIM², por ello resulta necesario crear un conjunto de medidas que contribuyan a la disminución de la delincuencia en todas las sociedades, ellas deben ser estructuradas desde la política social como marco general hasta la política criminal como marco particular o especial donde la prevención juega un papel trascendental.

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector minoritario de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Los principios limitativos del *ius puniendi*, como los de legalidad, intervención mínima, igualdad, humanidad de las penas, proporcionalidad y resocialización, entre otros, por los que la humanidad ha luchado durante siglos y han alcanzado rango constitucional, ahora comienzan a ser valorados de modo diferente y de igual forma, se relativizan las garantías procesales, cuando se identifica al delincuente con el enemigo y por lo tanto, sus derechos se interpretarán de otra manera.

Como resultado de la política de mayor rigor en todos los ámbitos, que caracteriza al denominado Derecho penal moderno, se produce una menor incidencia de los principios de intervención mínima y proporcionalidad de la pena y en consecuencia, se penalizan conductas de escasa peligrosidad social, se incrementan las sanciones, disminuyen los beneficios penitenciarios y la excarcelación anticipada y disminuyen las posibilidades de aplicación de alternativas a las penas privativas de libertad, entre otras consecuencias de dichas políticas.

Se está produciendo un retorno al denominado Derecho penal de autor, a las medidas de seguridad, los tipos penales abiertos y otros males que ya parecían superados, como resultado de los esfuerzos de cientos de miles de hombres y mujeres de buena voluntad, que, en diferentes épocas han contribuido al reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales.

Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal, como nos señala con acierto el profesor CARBONELL MATEU, al afirmar que: Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo

²DURKHEIM, Émile. “Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales”. Ediciones Altaya. Madrid, 1995, p. 34.

porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etc. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante...Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otros mecanismos menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles³.

El profesor ZAFFARONI ha expresado, al respecto, que las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras⁴.

Con el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, se justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el terrorismo, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el lavado de activos, la protección penal del ambiente, los delitos informáticos, los relacionados con la corrupción y muchos más. Se trata de conductas que por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores, en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales y en ocasiones de un mayor rigor en el sistema de sanciones y de una especial dedicación de la Comunidad internacional y de los Estados nacionales, con una tendencia, en los últimos años a regularlos por leyes especiales, lo que rompe la sistematicidad de los códigos penales y afecta la armonía de la legislación penal.

En el actual escenario mundial y regional, el enfrentamiento a la violencia y a sus manifestaciones más peligrosas, que son las vinculadas a la delincuencia organizada, resulta complejo y se mezcla demasiado con las campañas electorales, el oportunismo político y la aplicación de políticas extremas desde los gobiernos, que en

³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001, p. 129 y 131. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf. Consultado el 28/5/2014, a las 13:00.

⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalización y Crimen Organizado”, Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf Consultado el 26/4/2014 a las 11:00.

lugar de resolver el problema, lo que hacen es agudizarlo y demostrar que el combate a la violencia con la violencia institucional, conduce a un camino sin salida. Se trata de un tema que no podemos dejar de abordar con sentido crítico, al menos los que continuamos pensando que la solución al incremento de la criminalidad hay que buscarla en las políticas de inclusión social, con medidas preventivas y no en el aumento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles⁵.

2. Intervención mínima

Los fundamentos de lo que hoy conocemos como el principio de intervención mínima los podemos encontrar en las luchas contra los poderes ilimitados que se concentraban en manos de los monarcas, en la segunda mitad del siglo XVIII, que dieron origen a la doctrina política del liberalismo, caracterizada por importantes reivindicaciones sociales, en el ámbito personal, religioso y económico, que en relación con el Derecho penal se materializaron en la lucha contra las leyes penales rígidas y la severidad de las penas.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal fue Cesare Beccaria, que con su obra titulada "De los delitos y de las penas", lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días⁶.

El sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano, que responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde ésta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad⁷.

Según este principio, denominado, a partir de MUÑOZ CONDE, "principio de intervención mínima", el Derecho penal ha de ser la "última *ratio*", el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho

⁵BLAUSTEIN, Eduardo. "Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación. Mazmorras Inc". En Servicio Informativo Ecuménico y Popular. SIEP. EL Salvador, 2006. Disponible en:

<http://www.ecumenico.org/article/prisiones-privatizadas-en-eeuu-modelo-de-exportaci/> Consultado el: 13/5/2014, a las 11.00. *Vid.* la expresión atribuida al experto en sistemas penitenciarios, de los Estados Unidos: Robert Gangi: "Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales".

⁶ASÚA BATARRITA, Adela. "Reivindicación o superación del programa Beccaria" en "El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad", Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 1990, pp. 9-10.

⁷MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Tomado del sitio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, p.3. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf Consultado el 22/4/2014, a las 13.30.

público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención – con la dureza de sus medios - sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras⁸.

MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, destacan el hecho de que al Derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, le corresponde la tarea más ingrata: “la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «última ratio»; es decir, cuando el ataque no sea tan grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas la aplicables”⁹.

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de intervención mínima, se exige además que la intervención del Derecho penal, resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. “Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas”¹⁰. La actual tendencia a criminalizar nuevas conductas, que si bien representan un peligro para la humanidad, no necesariamente deben ser combatidas con las armas del Derecho penal, sin ni tan siquiera experimentar primero con otros mecanismos como el Derecho administrativo sancionador, no contribuye a promover la necesaria racionalidad que debe caracterizar a una política criminal sensata y racional, propia del Estado de Derecho.

2.1. Intervención mínima, despenalización y expansionismo penal

El proceso despenalizador que caracterizó las últimas décadas del pasado siglo, evidenció el grado de aceptación que tuvo en muchos países la aplicación consecuente de este principio, al prescindir del Derecho penal ante determinadas conductas que históricamente habían sido consideradas como delictivas, como son el caso del adulterio en la legislación española y del maltrato de obra y la conducción de vehículo motor sin poseer licencia de conducción, en Cuba, a partir de la vigencia del

⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “*ius puniendi*” (la potestad punitiva). Editorial Universitas S.A. Año 1996, p. 82.

⁹MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Séptima edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, p. 72.

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ma. Dolores. “Los límites al *ius puniendi*” en Anuario de Derecho y Ciencias Penales. Tomo XLVII. Facsímil III. septiembre-diciembre. 1994. Madrid, p. 99, *apud* Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, donde aparecían valiosas reflexiones relacionadas con el Principio de Intervención Mínima que, sin embargo, no se veían reflejadas en el texto articulado de éste proyecto.

Código Penal de 1987.

ROXIN,¹¹ valora la despenalización en un doble sentido, por la vía del no castigo en un Estado de Derecho de una conducta que atentase sólo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la auto puesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al Derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que éste debe impedir el perjuicio ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social. Y a través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que sólo debería conminarse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva, allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extra-penales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público, que por regla general, en la actualidad son sancionables con simples multas.

Los constantes avances y retrocesos que se producen en la tarea de consolidar una política penal, en la que sin dejar de proteger los bienes jurídicos, prevalezca la tendencia reduccionista en la aplicación del Derecho penal, por diversas razones generalmente mediáticas y al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, continua siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en muchos países¹² a una criminalización

¹¹ ROXIN, Claus. “¿Tiene futuro el Derecho Penal?”. *Revista del Poder Judicial. 3ra época. No. 49.* Editor: Consejo General del Poder Judicial. 1998, p. 49 y 50.

¹²*Vid.*, a modo de ejemplo, en la legislación española, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que establece medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que, introduce negativos criterios retribucionistas, que se distancian de los fines de resocialización de las penas, con el argumento, expresado en la exposición de motivos de la Ley, de perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, se continua señalando en la exposición de motivos, que el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.

Un ejemplo claro de cómo se relativizan los principios y garantías, en correspondencia con la filosofía del denominado derecho penal del enemigo, es el siguiente párrafo de la exposición de motivos de la Ley Orgánica No. 7/2003: “La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

Que se adopten medidas de mayor severidad con los terroristas, cuenta con un alto grado de aceptación, pero la cuestión se complica cuando se le añaden “los más graves delincuentes” y las medidas se van extendiendo a una categoría no muy precisa de personas sancionadas a privación de libertad, con una tendencia al incremento de las categorías a incluir, como es el caso de las bandas organizadas, pues precisamente la tendencia actual de la criminalidad es al desarrollo de este tipo de asociaciones delictivas. Los delitos de carácter transnacional, han sido incluidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de noviembre del año 2000, conocida como la Convención de Palermo y sus dos protocolos complementarios, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Si bien la Convención de Palermo y sus dos

excesiva de determinadas conductas y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito¹³.

Los excesos, que se aprecian, de modo creciente, en los últimos años, con la criminalización de nuevas conductas, incluidas algunas de dudosa constitucionalidad¹⁴, evidencian que el principio de intervención mínima está siendo abandonado con demasiada frecuencia y no siempre por causas que verdaderamente lo justifiquen.

Al respecto MORILLAS CUEVA, coincide con SILVA SÁNCHEZ, en destacar como se constata “la existencia de una tendencia claramente dominante hacia la

protocolos adicionales están encaminados a promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, en los delitos relacionados con el lavado de dinero, la corrupción, la obstrucción de la justicia y el tráfico de drogas y de personas, que son los que están incluidos específicamente en el texto de la convención y sus dos protocolos, también incluyen los delitos graves (cuando la pena máxima prevista para el delito sea de al menos cuatro años de privación de libertad, u otra más grave), cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

La Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio (BOE Núm. 152. Miércoles 23 de junio de 2010 Sec. I. Pág. 54811), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal Español, ha incrementado las penas de varios delitos y ha creado la muy discutida medida de seguridad de libertad vigilada, que se impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para que sea ejecutada con posterioridad a su cumplimiento, con una duración de hasta diez años.

Solo a modo de ejemplo podemos señalar lo regulado en el artículo 379 inciso 1 del CPE, tal y como quedo modificado por la referida Ley Orgánica, de 22 de junio de 2010, que sanciona con penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente y la forma en que quedo redactado el artículo 384, que prevé penas de prisión de tres a seis meses o de multa de doce a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, para los que condujeren un vehículo de motor o ciclomotor, en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente y también al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, p.1 2004, 10.

¹⁴ En España, la Ley Orgánica No. 15/2003 criminalizó el abandono de un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad y recientemente la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, le agravó las sanciones. Lo que se debate es el bien jurídico protegido constitucionalmente y al respecto se han elaborado diversas teorías sobre si lo que se protege es la moral pública o las buenas costumbres, la conducta moral de la comunidad o una lesión al medio ambiente. Al respecto el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, ha expresado que “... el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no puede ser otro que la salud y el bienestar del propio animal. Se puede argumentar: ¿Cómo el animal puede ejercer esos derechos? Tenemos varios seres que no pueden y que nunca podrán ejercer derechos y que sin embargo son objeto de tutela jurídico penal: oligofrénicos profundos, fetos, descerebrados, dementes en los últimos estadios, son seres que no podrán nunca ejercer sus derechos, pero no por eso les negamos esos derechos. Negarle ese derecho es el equivalente a aquel argumento que sirvió de ideología básica para la masacre nazi-fascista, o lo que ocurrió en Francia, en los manicomios, durante la Segunda Guerra Mundial”, en Conferencia impartida el 22 de septiembre de 2010, en Quito, en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, sobre “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Vid.* Rivadinegra Hernán J, Editor. Memorias de la XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas. “Justicia, Soberanía, Democracia e Integración en América. Quito, 2011, pág.14. Al respecto, considero que estamos en presencia de conductas criticables, pero que se pueden combatir con la intervención del Derecho administrativo.

introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los existentes, que puede enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídicos-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica”¹⁵.

Frente a las transformaciones ocurridas en las diversas esferas de la vida social, se afirma que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, ese Derecho penal "carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”¹⁶.

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones, generando problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho”¹⁷.

El expansionismo del Derecho penal, ya no se extiende solamente a las partes especiales de los Códigos penales, incrementando el rigor de las penas, creando nuevas figuras delictivas, incluidas las de peligro abstracto, o ampliando las existentes, sino que también ha incursionado en la parte general, instituyendo nuevas sanciones y limitando la denominada adecuación administrativa de la pena. Tal parece que todos los problemas de la sociedad los vamos a resolver con la represión penal, lo que significa un retroceso a políticas criminales, que parecían abandonadas desde la segunda mitad del pasado siglo.

Las crecientes exigencias de aplicar una mayor severidad penal a partir de diferentes posiciones, para responder a las aparentes demandas de la sociedad, que generalmente son alentadas por los medios de comunicación, que responden a determinados sectores de la opinión pública, provoca que cuando el legislador sustenta su política criminal en semejantes reivindicaciones, ...“se corre el riesgo de incorporar al ordenamiento respuestas penalizadas a problemas falsos, en la medida en que el énfasis punitivista se alimenta de las noticias que aparecen en dichos medios de comunicación de masas, para los cuales, ni todos los sucesos se

¹⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “El Derecho Penal Mínimo o la Expansión del Derecho Penal”. *Revista Cubana de Derecho*. No.25. Enero- junio de 2005, p. 107.

¹⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la dogmática jurídico penal". *Revista Penal*, 2000, p. 48.

¹⁷ MILANESE, Pablo. *op. cit.*, p.5.

convierten en noticias, ni todas las que se convierten en tales, tienen la repercusión necesaria para crear «alarma» en la sociedad”¹⁸.

De esta forma la técnica de legislar sobre la base de los resultados de los estudios criminológicos y de las investigaciones científicas se sustituye por las campañas publicitarias, que no contribuyen al necesario equilibrio que debe existir entre la utilización del poder punitivo por parte del Estado y la aplicación de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas.

Es precisamente en este contexto, en que ha ido cobrando fuerza la teoría del derecho penal del enemigo que postula “despersonalizar” a los enemigos y, por ende no someterlos a las penas medidas conforme a la culpabilidad, sino “contenerlos” para neutralizar su peligro. No es más que la reiteración de “las medidas de seguridad” para los multirreincidentes, habituales, etc, o sea penas sin culpabilidad¹⁹.

Al analizar su aplicación en el panorama actual, el profesor ZAFFARONI, afirma con razón, que “... en verdad, lo que se designa como derecho penal del enemigo es práctica corriente en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva, usada como pena principal y casi única, dado que casi el 70% de los presos latinoamericanos se hallan en prisión cautelar y suelen agotar la pena en ella, resulta muy claro que ésta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia normal²⁰. Sus principales características las podemos resumir en la construcción de tipos penales que suponen un adelantamiento al momento de la comisión del hecho delictivo, el retorno a las penas sin culpabilidad, el argumento de la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente al enemigo, penas desproporcionadas, recorte de las garantías procesales para determinados tipos de delincuentes y de delitos y una disminución y transformación de las instituciones dogmáticas. A tales fines, la utilización de leyes excepcionales o de emergencia (anti mafia, anti terrorismo, anti camorra, anti maras) ha venido a alterar las fuentes de legitimación de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Coincidimos con MILANESE²¹, en que en el denominado Derecho penal moderno hay la evidente quiebra del principio de intervención mínima lo que es inadmisibles en el Estado de Derecho, así que, o se elimina una parte (o incluso toda) de esa modernidad, o se corre el riesgo transformar el Derecho penal en un simple símbolo, perdiendo su carácter de principal medio de coacción jurídica y de control social.

Por más que el Derecho penal clásico necesite de transformaciones, a fin de atender las nuevas necesidades sociales, el núcleo de esos cambios no puede representar, de manera alguna, la infracción de los principios fundamentales que sustentan los

¹⁸ ACALE SÁNCHEZ, María. “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso”. *Monografía asociada a Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal. Número 24*. Pamplona, España. 2010. p.18.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”. *Revista de la Asociación Americana de Juristas. Septiembre de 2010*. Editada en Buenos Aires Argentina, p.32.

²⁰ *Ibid*, p. 32.

²¹ MILANESE, Pablo. *op. cit*, p.7.

requerimientos básicos de convivencia de los seres humanos.

A 250 años de la publicación de “Los delitos y las penas”, en 1764, podemos preguntarnos ¿Qué queda de la obra que conmovió a la sociedad de su época y sentó las bases para la construcción de un Derecho penal más humano y equilibrado? No queda mucho, por lo que desde la academia nos corresponde insistir en la necesidad de retornar a la aplicación consecuente de reformas penales, procesales y penitenciarias, que despenalicen las conductas de menor dañosidad, que aun abundan en las leyes penales, disminuyan los límites mínimos de las sanciones privativas de libertad, flexibilicen los requisitos para acceder a la libertad anticipada, incrementen las penas alternativas y conviertan al principio de intervención mínima en el pilar fundamental de la política penal y penitenciaria. Para lograr estos propósitos se requiere que desde la Comunidad internacional y los Estados nacionales se diseñen estrategias, que prefieran la prevención y las políticas de inclusión social a la represión excesiva, en las que se evite, al menos en la medida de lo posible, que por circunstancias coyunturales y hasta de oportunismo político²² se produzcan retrocesos en las estrategias diseñadas que atenten contra tales propósitos.

3. Proporcionalidad de la pena

La exigencia del principio de proporcionalidad tiene entre sus antecedentes lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que estas deben ser proporcionales al delito.

En la obra cumbre de BECCARIA²³, encontramos entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad.

²² Resulta frecuente en los parlamentos latinoamericanos y también en el español la presentación de proyectos legislativos que implican un retroceso a lo avanzado en la aplicación consecuente del principio de intervención mínima, que ha inspirado las reformas del sistema penal que se realizaron en la mayoría de los países de Iberoamérica en las últimas décadas del pasado siglo y en los primeros años del presente, con la característica de que en muchos casos han prosperado, sin que existan causas que verdaderamente lo justifiquen. A esta situación se unen las medidas que se han visto obligados a adoptar numerosos Estados para el enfrentamiento al terrorismo y a la criminalidad organizada transnacional, fundamentalmente en el tráfico de drogas, el lavado de activos (generalmente bajo la presión de los países más ricos) y el tráfico y la trata de personas, en las que también, se cometen excesos, que conducen a un debilitamiento del Derecho penal del ciudadano y, en consecuencia, al fortalecimiento del denominado derecho penal del enemigo, que sin mencionarse por su nombre, esta entrando de contrabando en las leyes penales de numerosos países.

²³ BECCARIA, César. De los delitos y de las penas (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente). Reimpresión. Madrid. 1979, p. 71.

Hay coincidencia en la doctrina en el hecho de que el principio de proporcionalidad de las penas, o de prohibición de exceso, se fue introduciendo como tal, paulatinamente en los Códigos Penales a partir de la Revolución Francesa de 1789, pero no logró su consagración, hasta finalizada la II Guerra Mundial y las declaraciones internacionales que le sucedieron como la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁴, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 donde se materializan en regulaciones bien precisas, la eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El principio de proporcionalidad de las penas exige por una parte, que la pena sea proporcional al delito y por la otra, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho²⁵, teniendo en cuenta su trascendencia para la propia sociedad que se pretende proteger con la norma²⁶.

En la Constitución Española, si bien no aparece de forma explícita reflejado el principio de proporcionalidad, mayoritariamente la doctrina le confiere rango constitucional sobre la base de lo regulado en los artículos 1.1, que proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia y la igualdad, el 15, que proscribire la tortura y las penas inhumanas o degradantes²⁷, el 17.2, que precisa que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y en el inciso cuarto del propio artículo 17, que le asigna a la prisión provisional un límite máximo de duración, establecido por la ley.

Otros preceptos de ésta Constitución como el artículo 9.3, que ratifica la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el 10.1 que afianza la dignidad de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamentos del orden político y de la paz social, aparecen también muy relacionados con la consagración del principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental.

²⁴ Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos. Publicado por el Instituto de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea. Talleres de Mundo Gráfico de San José de Costa Rica, 1998, p. 13.

²⁵ MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2002, p. 133.

²⁶ SANZ MULAS, Nieves. Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Talleres Impresos Chávez. México 2004, p.395, al analizar los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de este principio, precisa que “el principio de proporcionalidad, en su perspectiva más garantista, está obligado a ponderar tres entidades: la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar”.

²⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Derecho Penal Parte General, op. cit, p.132, donde destaca que “la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido puede desprenderse del artículo 15 de la Constitución. Para nuestro Tribunal Constitucional el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, en relación a la cantidad y calidad de la pena sobre el tipo de comportamiento inculpa debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo”.

Por la sentencia 65 del Tribunal Constitucional Español de 22 de mayo de 1986, se ha precisado que el juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, al legislador, pero que ello no impide que la proporcionalidad debe ser tenida en cuenta por el juez en el momento de la individualización de la pena, ni excluye que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad allí donde la ley señale penas desorbitadas²⁸.

En lo relacionado con la consideración de las penas como desproporcionadas, en correspondencia con lo postulado en el artículo 15 de la Constitución Española, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional Español²⁹, han afirmado, que solo ha de estimarse que una pena desproporcionada vulnera este precepto constitucional, en la medida en que conlleve sufrimientos físicos o psíquicos intolerables o provoque una humillación superior y distinta a la que supone toda condena.

3.1. La proporcionalidad de la pena en el Código Penal cubano

En Cuba, a partir de la Ley No. 62 de 1987³⁰, se presentó una situación favorable para los operadores del sistema de justicia penal, con marcos penales más flexibles y la posibilidad de apreciar facultativamente la reincidencia y la multirreincidencia, entre otras importantes regulaciones de la parte general, que favorecieron la aplicación de una política penal más racional y un incremento significativo de la utilización de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

Modificaciones posteriores, que se correspondieron con el incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como con el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos³¹, endurecieron las penas y elevaron el límite

²⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel. y VIVES ANTÓN, Tomás. Derecho Penal Parte General, tercera edición. Valencia. 1990, pp. 71 y ss

²⁹ CUERDA ARNAU, María Luisa. “Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho Penal”, en Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, t. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 457.

Vid, también: BATISTA JUMÉNEZ, Fernando. La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español. *En Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. STC 161/97, fundamento jurídico 12. En el mismo sentido, las SSTC 136/99, f. j. 23; donde se afirma que: “La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la *dignidad de la persona*... es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma”. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard1.htm> Consultada el 22/6/2014, a las 02.00.

³⁰ Código Penal. Ley No 62 de 1987. Actualizado. Colección Jurídica. Ministerio de Justicia. La Habana. 1999.

³¹ Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999, *op. cit.* *Vid*, el primer por cuanto que expresa que “en los últimos años se ha advertido un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana y exige una respuesta adecuada y enérgica, tanto en el orden a las medidas prácticas, como en la esfera de las normas jurídicas, en particular en las concernientes al Código Penal”, p.1.

mínimo de las sanciones previstas para determinados delitos, lo que en la práctica de su aplicación limitó el arbitrio judicial, como ocurre por ejemplo, con la formulación de los artículos 327 y 328, del citado cuerpo legal³².

Esta Ley, vigente desde el 15 de marzo de 1999, introduce, entre otras modificaciones al Código penal, las siguientes:

- Introduce la sanción de privación perpetua de libertad;
- Elimina el límite de 30 años, para la aplicación por el Tribunal, de la sanción de privación temporal de libertad, al facultarlo para extender dicho término, sin límites de duración, en los delitos en los que al apreciar la agravación extraordinaria de la sanción, ésta excediera de treinta años, al aplicar preceptivamente la reincidencia o multirreincidencia y cuando al formarse la sanción conjunta, ésta excediera de treinta años, a cuyos efectos también suprimió del artículo 56, inciso 1 del Código penal, los límites de 30 años para la sanción de privación temporal de libertad y de veinte mil cuotas para la multa;
- Modifica la cuantía de las cuotas de la sanción de multa, situándolas entre uno y cincuenta pesos. Hasta esa fecha estaban reguladas entre cincuenta centavos y veinte pesos;
- Incluye una nueva modalidad de agravación extraordinaria de la sanción en el artículo 54, al incrementar preceptivamente hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, cuando al ejecutar el hecho el autor se halle extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional;
- Modifica la forma de apreciar la reincidencia y la multirreincidencia por los tribunales pasándola de facultativa a preceptiva para los delitos intencionales reprimidos con sanción superior a un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa e introduce con carácter facultativo, su apreciación por los tribunales cuando la sanción prevista para el delito sea inferior;
- Incrementa las sanciones para el delito de tráfico de drogas, hasta la pena de muerte, para los casos en que el delito se comete por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o auxiliares, cuando el inculpaado participa en actos relacionados con el tráfico ilícito internacional o se utilizan en su comisión personas menores de 16 años de edad;
- Se modifican los artículos 298 y 299 sobre la Violación y la Pederastia con Violencia, perfeccionando y ampliando a nuevas situaciones, la redacción del primero y penalizando más severamente, hasta con la pena de muerte, la reincidencia en la comisión del delito de violación e incluyendo en la figura agravada del delito de Pederastia con Violencia la reincidencia, como circunstancia de agravación específica, sancionada con privación de libertad de 15 a 30 años o muerte;
- Se amplían las circunstancias de calificación de la figura agravada del delito de Corrupción de Menores y se le agrava la sanción de veinte a treinta años o muerte;
- Se penaliza la Venta y Tráfico de Menores;
- Se agravan las sanciones de los Delitos Contra los Derechos Patrimoniales, elevando significativamente las penas previstas para las figuras agravadas de mayor peligrosidad social, como el Robo con Fuerza y el con Violencia o Intimidación en las Personas, con límites mínimos de 20 años en dos apartados del artículo 327 y las sanciones de privación perpetua de libertad y la de muerte para las figuras delictivas más graves; y en el de Robo con Fuerza en las Cosas, se prevé también un límite mínimo de 20 años, que puede llegar hasta 30 o privación perpetua de libertad, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presente sus moradores, ó se ejecuta por una persona que es reincidente específico en la comisión de delitos de robo con fuerza o con violencia, ó por miembros de un grupo organizado, ó con la participación de menores de 16 años de edad. Catorce años después de la promulgación de la Ley 87/1999, no ha existido ningún caso de aplicación efectiva de la pena máxima prevista en nuestro Código Penal por ningún hecho relacionado con éste artículo, por lo que, en relación con la previsión de la sanción de muerte, afortunadamente, se ha convertido en una norma penal simbólica.

³² El artículo 327 del Código Penal al tipificar el delito de Robo con Violencia o Intimidación en las personas en su apartado 4, establece como marco sancionador de 20 a 30 años de privación de libertad o privación perpetua de la libertad, en los supuestos en los que el hecho se cometa en vivienda habitada; o portando el comisor un arma de fuego; ó se realiza por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado, o con la participación de personas menores de 16 años de edad; o si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito de Robo con Fuerza en las Cosas o Robo con violencia ó intimidación en las personas; mientras que por el apartado 5, la sanción prevista es de 20 a 30 años o muerte, cuando se hace uso de un arma de fuego, se priva de libertad a una persona, se ocasionan lesiones graves o cuando la violencia o la intimidación se realiza en la persona de la autoridad o sus agentes.

Al entrar en vigor estas modificaciones, la práctica judicial enfrentó la problemática, de la ocurrencia de determinados hechos delictivos, en los que reuniéndose los elementos de tipicidad de las figuras agravadas, su magnitud, las circunstancias concretas en que se realizaron y las características personales de sus autores, no ameritaban la elevada severidad de las sanciones previstas, aun considerándolas en sus límites mínimos, por lo que, en los primeros meses de su aplicación, los Tribunales adoptaron decisiones que si bien se encontraban establecidas en los marcos legales, no se correspondían con el principio de proporcionalidad y racionalidad, que debe predominar en la administración de justicia.

A lo anterior se unió el hecho, de que la Ley de Procedimiento Penal³³ vigente, tal y como quedó modificada por el Decreto-Ley 87 de 1985, autoriza al Tribunal que conoce de un proceso de revisión para, que en caso de haberse calificado la modalidad agravada de un delito, si aún la sanción mínima correspondiente a éste resulta excesivamente severa, sustituirla por otra, partiendo del marco previsto para la modalidad básica del referido delito.

Ante ésta nueva situación el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, adoptó el Acuerdo No 239 de 8 de octubre de 1999³⁴, mediante el cual se facultó a los Tribunales, de forma excepcional, a adecuar la sanción partiendo del marco penal correspondiente a la modalidad básica del delito de que se trate, si estiman que aún el límite mínimo previsto para la figura agravada por la que procede, resulta excesivamente severo de acuerdo con la peligrosidad social del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad del comisor³⁵.

Cuando se produce la muerte de una persona en ocasión de la comisión de estos ilícitos penales, se integra el delito de asesinato, previsto y sancionado por el artículo 263, inciso j, del Código Penal.

Por su parte, el artículo 328 inciso 3 establece una sanción similar a la del apartado 4 del delito de Robo con Fuerza en las Cosas, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presentes sus moradores; ó se ejecuta por un reincidente en este delito, ó integrando un grupo organizado o con la participación de menores de 16 años de edad.

Otros preceptos del Código Penal, tal y como quedó modificado por la Ley 87 de 1999, también contienen sanciones excesivamente severas para determinados delitos.

³³ La Ley de Procedimiento Penal, No. 5, de 13 de agosto de 1977, fue modificada en materia de Procedimiento de Revisión por el Decreto-Ley No. 87 de 22 de julio de 1985. La facultad de dictar Decretos-Leyes modificativos de una ley, le esta atribuida al Consejo de Estado, por la Constitución de la República en su artículo 90 inciso c, el que asume la función legislativa entre períodos de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

³⁴ La Constitución de la República en su artículo 121 faculta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, sobre la base de la experiencia de los Tribunales a dictar instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la Ley; facultad ésta que fue debidamente desarrollada en la Ley 82 de 1997, ley Orgánica de los Tribunales Populares.

³⁵ La introducción en nuestro sistema penal de esta modalidad de adecuación que posibilita una mayor individualización de la sanción tiene sus antecedentes, entre nosotros, en el Acuerdo 71 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 10 de junio de 1986, que se mantuvo vigente hasta el 12 de abril de 1988, en que se entendió innecesario con la entrada en vigor de la Ley No 62 del 87, por las amplias facultades que otorgaba a los Tribunales en su arbitrio judicial. Internacionalmente han existido normas similares en los Códigos penales de los antiguos países socialistas de Europa del Este, tales como el artículo 43 del de la República Socialista Federativa Rusa, el artículo 40 de la antigua Checoslovaquia, el artículo 42 de la antigua República Federativa de Yugoslavia, el 47 de Polonia y el 68 de Hungría.

El carácter excepcional de esta facultad atribuida a los tribunales por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, por una parte les daba la posibilidad de aplicar una mayor racionalidad en el momento de determinar la sanción que correspondía imponer al caso concreto³⁶, y por la otra evitaba la evidente contradicción que existía entre la causal de revisión que autoriza al Tribunal que conoce de este proceso a adecuar la sanción por el tipo básico y la no previsión en la Parte General del Código Penal de una norma similar.

Esta solución, aunque justa y en correspondencia con la situación descrita anteriormente, estaba requerida de que en una posterior modificación del Código Penal se incorporará al contenido de su artículo 47, que precisa las reglas para la adecuación de las sanciones, porque de la forma en que se estaba aplicando, aunque a favor del encausado, lo cual apreciamos como positivo, podía entrar en contradicción con el principio de legalidad.

El 29 de mayo de 2013, el Consejo de Estado de la República de Cuba, aprobó el Decreto-Ley No. 310, modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, que añade el apartado cuatro al artículo 47 del Código Penal, que expresa que: “Si al dictar sentencia el Tribunal considera que la sanción a imponer, aun en el límite mínimo previsto para el delito calificado, resulta excesivamente severa, podrá excepcionalmente adecuar la sanción dentro del marco previsto para la modalidad básica del propio delito”³⁷, con lo cual ha quedado definitivamente incluido en el texto de nuestra ley penal esta importante regla de adecuación, que es apreciada frecuentemente por nuestros tribunales, con lo que se facilita la aplicación de la política de racionalidad en las resoluciones judiciales que debe caracterizar la justicia penal en Cuba.

No obstante las situaciones explicadas anteriormente, en el contenido de la Parte General del Código Penal y en las modificaciones que se le han realizado posteriormente, también existen disposiciones que favorecen y amplían las posibilidades de adecuación de la sanción por parte de los tribunales, incluyendo aquellas que especialmente permiten disminuir el límite mínimo del denominado marco penal legal normal y facilitan la aplicación de una política de racionalidad y también de alternativas a las penas privativas de libertad, entre las que podemos destacar las siguientes:

³⁶La Sentencia 349 de 12 de enero del 2001, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, al materializar la aplicación de este acuerdo ha expresado que: La sanción de 5 años de Trabajo Correccional con Internamiento³⁶ impuesta al acusado como autor de un delito de Robo con Fuerza en las Cosas de bienes de considerable valor, fijada por debajo del límite inferior del marco penal dispuesto para esa figura delictiva, en virtud de que se acogió en su beneficio a las prerrogativas que ofrece el artículo 239 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lejos de ser excesiva, es por el contrario ponderada y justa, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción penal, la circunstancia de que el agente venía obligado a proteger los bienes que sustrajo por la función específica que desempeñaba y el daño que ocasionó al patrimonio de la entidad, objeto de la ilícita actividad, sin que por demás, se observen violaciones de los principios contenidos en el artículo 47 apartado 1 del Código penal, todo lo cual determinó la desestimación del único motivo del recurso por Infracción de Ley.

³⁷Decreto-Ley No. 310. Gaceta Oficial de la República de Cuba. No. 018. Extraordinaria de 25 de junio de 2013. *Vid.*, el artículo 3, que adiciona al artículo 47 del Código Penal el apartado 4.

- Los Tribunales pueden rebajar facultativamente hasta en dos tercios los límites mínimos de las sanciones establecidas para los delitos, cuando los mismos se cometen en grado de tentativa³⁸.
- El artículo 17 que prevé en su apartado 1 que en el caso de las personas mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los mayores de 18 y hasta 20 años de edad, la rebaja puede ser hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducarlos, adiestrarlos en una profesión u oficio e inculcarles el respeto al orden legal.
- El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede ser rebajado en la tercera parte a las personas que tengan más de 60 años de edad en el momento en que se le juzga.
- La regulación de que la sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajados en un tercio en sus límites mínimo y máximo (artículo 19.2).
- En la posibilidad de aplicar alternativamente a la sanción de privación de libertad que no exceda de cinco años, las sanciones subsidiarias³⁹ de trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento y limitación de libertad, cuando por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que la reeducación es susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 34 del Código Penal para el cumplimiento de estas sanciones.
- La facultad que tienen los tribunales de disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito cuando concurren varias circunstancias atenuantes o se manifieste una de ellas de modo muy intenso (artículo 54.1).
- La extensión a cinco años del límite de la sanción que faculta a los tribunales para disponer la remisión condicional⁴⁰.
- La posibilidad que tienen los tribunales de otorgar la libertad condicional a los sancionados a privación temporal de libertad, cuando apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse

³⁸La sentencia No 172 de 10 de enero del 2000, dictada en Casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, muestra el rigor antes comentado y al pronunciarse sobre la sanción de 14 años de privación de libertad, impuesta al acusado por el tribunal de instancia, por un delito de Robo con Fuerza en las Cosas en grado de tentativa, considera que la misma resulta en extremo severa, teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que se produjo el hecho, así como las características individuales de su comisor, por lo que anuló la sentencia impugnada y dictó un fallo ajustado a derecho, rebajando la sanción a 9 años de privación de libertad.

³⁹MEDINA CUENCA, Arnel. "Las sanciones subsidiarias de la privación de libertad en la legislación cubana". *Revista Cubana de Derecho No. 40. Año XIX. La Habana. Enero-Abril de 1990.* Vid, los antecedentes, requisitos y características de la aplicación de estas sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

⁴⁰ El artículo 57 del Código Penal cubano hasta el año 1997, en que fue modificado en su apartado uno por el artículo 13 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de ese año, establecía el límite de tres años de privación de libertad.

totalmente la sanción, siempre que haya extinguido uno de los términos siguientes:

1. La tercera parte de la sanción impuesta para los menores de 20 años de edad.
2. La mitad cuando se trate de sancionados primarios.
3. Las dos terceras partes cuando se trate de reincidentes y multirreincidentes.

En materia de procedimiento el artículo 8, inciso 3 del Código Penal, tal y como quedo modificado por el artículo uno del Decreto-Ley No. 310 de 29 de mayo de 2013, autoriza la remisión a la esfera administrativa de un número significativo de hechos de poca significación, al regular que: "En aquellos delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al Tribunal, imponer una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del delito. Para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad, se requiere la aprobación del Fiscal"⁴¹.

4. Resocialización de los privados de libertad

En correspondencia con el principio de resocialización, cuando se aplique la pena privativa de libertad, es necesaria la ejecución de una política penitenciaria, que sitúe al sancionado en el centro de su contenido, adoptando las medidas imprescindibles para evitar la desocialización de los reclusos, facilitarles la comunicación con el exterior y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad, mediante la concesión de permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por períodos cortos de tiempo, la aplicación de un tratamiento progresivo, que le permita cambiar de régimen penitenciario, y pasar a condiciones carcelarias de semilibertad, que le posibiliten obtener la libertad condicional, en el menor tiempo posible, y reincorporarse a la sociedad.

El principio de resocialización se vincula al de humanidad en materia de ejecución penitenciaria, porque obliga a tratar a los reclusos con el debido respeto y a facilitar su resocialización y la reincorporación plena a la sociedad.

Para MIR PUIG⁴² el principio de resocialización, debe entenderse como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas

⁴¹Decreto-Ley No. 310 de 2013. *op. cit.* Sustituyó la regulación anterior, que establecía un procedimiento similar, sin la aprobación del Fiscal, cuando el límite máximo de la sanción aplicable no excediera de un año de privación de libertad o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas, lo que ha quedado regulado de la misma forma y se le han incorporado los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad o con multa de 301 a 1000 cuotas, o ambos. El apartado tres de este artículo 8, en su redacción anterior, había sido adicionado por el Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1977 (G. O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997, artículo 1, página 37).

⁴² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito). Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona. 1984, p. 85.

al comportamiento criminal, y no, como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad.

A los Estados, que son partes en su mayoría, de todos o de varios de los principales tratados internacionales, convenciones, pactos y reglas que conforman el sistema de derechos humanos básicos, que se aplican a todas las personas, incluidas las privadas de libertad, les corresponde garantizarles a los reclusos el ejercicio de esos derechos, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, y a la seguridad de la persona, a la salud, a no ser torturado o maltratado, al respeto de la dignidad humana, a la no discriminación de ningún tipo, a la libertad de cultos y otros. Están en prisión como castigo, pero no para recibir castigos adicionales.

Esta loable aspiración, a pesar de los grandes esfuerzos de la comunidad internacional y de los Estados nacionales por perfeccionar los sistemas penitenciarios, es bien distinta de la realidad existente en la gran mayoría de los países, incluidos muchos de los desarrollados, como consecuencia de las cada vez más frecuentes crisis económicas, que afectan sensiblemente los presupuestos de los establecimientos penitenciarios, que son los que reciben al sancionado y están obligados por la ley a garantizarles un tratamiento resocializador, conducente a prepararlos para retornar a la vida en libertad.

Al respecto el periodista y escritor uruguayo Eduardo Galeano, en una conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que "...las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín"⁴³.

Esta situación, con relativa frecuencia en los últimos años, lejos de mejorar tiende a agravarse por los efectos negativos de la globalización neoliberal, y las políticas de ajustes estructurales que vienen obligadas a aplicar los Estados, conforme a las fórmulas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que con muy pocas excepciones, para nada favorecen las reformas penitenciarias, que con muchos esfuerzos han emprendido algunos Estados, pues los costos que ocasiona el sistema

⁴³ GALEANO, Eduardo. "El sacrificio de la justicia en los altares del orden". Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996). *En Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre de 1997. Año 12, No. 14.* p. 3-7. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas> Consultada el 22/4/2014, ALAS 18.00.

carcelario están precisamente enmarcados entre los que es necesario ajustar para disminuir el gasto público.

Otro elemento que conspira contra la resocialización de los privados de libertad y ha contribuido a la agudización de la crisis del sistema penitenciario, con su régimen progresivo, el tratamiento reeducativo y la resocialización del delincuente; lo constituye la inclusión en las leyes penales de normas relativas a garantizar el cumplimiento íntegro de las penas, desde el momento en que se acuerde la sentencia, para determinados tipos de delitos o de sancionados o elevar el tiempo que deben cumplir los privados de libertad para poder acceder a la libertad condicional.

Con el argumento de que el Estado es incapaz de resolver los grandes males de la sociedad y de las cada vez más frecuentes, crisis económicas, ha aparecido, desde la década de los ochenta del pasado siglo, otro fenómeno muy negativo para el tratamiento de los privados de libertad, la privatización de las prisiones, que se ha ido abriendo paso de manera creciente, en los países más desarrollados, de manera que ahora tenemos un delincuente público, que recibe un tratamiento “reeducativo” dirigido y controlado por una empresa privada. Esta situación, ha provocado una interesante controversia, entre los que apoyan la idea de que la solución definitiva a todas las insuficiencias del sistema penitenciario es la privatización de las cárceles y los que por el contrario, la consideramos como la más absoluta e intolerable dejación del Estado, en materia que hasta ahora había sido considerada como un deber ineludible de la administración pública.

Los defensores de las fórmulas privatizadoras se aprovechan de los déficit presupuestarios que tienen que enfrentar frecuentemente las administraciones penitenciarias y nos presentan a las cárceles privadas como la mejor alternativa, en lugar de buscar otras soluciones por la vía impositiva y de la eficiencia de las administraciones penitenciarias para resolver la situación.

La desconfianza, desde el propio aparato estatal y también desde la sociedad civil de que la administración pública, pueda resolver los problemas, unido a la agudización, en las últimas décadas de los problemas a los que tradicionalmente se han venido enfrentando la policía, la administración de justicia y la administración penitenciaria, en relación con la delincuencia organizada, la corrupción, el incremento del tráfico de drogas, de armas y de personas, unido a otros males sociales ha provocado que las críticas a la privatización de las cárceles hayan bajado de tono en los últimos años⁴⁴.

Los fracasos del modelo resocializador, en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que se asienten las estructuras de los sistemas penales y penitenciarios, también han tenido su influencia negativa en los países que están optando por

⁴⁴ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLIII. Fascículo I. Artes Gráficas. Madrid. Enero-Abril. 1990. pp. 559 y ss.

aplicar fórmulas de mercado en un tema tan sensible como el del tratamiento de los privados de libertad.

Convertir a los privados de libertad en una mercancía entraña también la contradicción que se produce, entre un delincuente público, que ha sido privado de libertad por el propio Estado, en el uso de su facultad punitiva y una cárcel privada, con intereses distintos a los fines de resocialización del delincuente, que incluye la formación profesional en algún oficio útil y su preparación para que en el futuro puedan asimilar las condiciones de trabajo en libertad.

El movimiento de privatización del sistema carcelario se desarrolló en los Estados Unidos como respuesta al incremento significativo de las cifras de población reclusa⁴⁵, es resultado de las reformas de los sistemas de determinación de la pena, efectuados a partir de 1976, con una tendencia a su incremento, a los cada vez más estrictos requerimientos para pedir la libertad bajo palabra y para la disminución de penas por el trabajo⁴⁶, y además como una alternativa a la situación creada por el cambio de actitud de los jueces y tribunales federales norteamericanos, que hasta la década de los setenta, habían mantenido una actitud de no intervenir en los asuntos relacionados con la administración penitenciaria⁴⁷ y comenzaron a aplicar la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que había sido olvidada hasta esa fecha, y que prohíbe expresamente la imposición de penas crueles y extraordinarias, exigiendo a los responsables de los establecimientos penitenciarios y a las autoridades estatales, la adopción de medidas para humanizar las prisiones y garantizar los derechos civiles de los reclusos.

Las primeras experiencias, a partir de 1983, en el condado de Hamilton, estado de Tennessee, a las que siguieron otras en California, la Florida, Kentucky⁴⁸ y otros

⁴⁵ Según datos de octubre de 2005, los Estados Unidos tenían el 25 por ciento de todos los presos en el mundo, pero solamente el 5 por ciento de la población mundial. De menos de 300 mil presos en 1972 la población carcelaria creció a 2 millones para el año 2000. En 1990 eran un millón. Hace 10 años había sólo cinco prisiones privadas en el país con una población penitenciaria de 2000 prisioneros, actualmente son 100 con 62 mil camas ocupadas por prisioneros. Se espera que para esta próxima década el número llegue a las 360 mil camas, según los informes. Tomado de: Revista Koeyu. “La industria en las cárceles de EEUU: ¿un gran negocio o nueva forma de esclavitud?”. 8 de octubre de 2005. Consultado el 3/6/2014, a las 11.00. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/52eeuu.doc

⁴⁶ A ello se une la ley de las tres ofensas (*three strikes*), que permite encarcelar por períodos prolongados a cualquier infractor capturado por tercera vez, aún si se trata de un delito menor o excarcelable.

⁴⁷ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *op. cit.* pp. 568 y ss. La política seguida por los jueces y tribunales federales en los Estados Unidos hasta esa fecha se denominaba como política de *hands off* (de no tocar, o manos fuera), mediante la cual los jueces solo atendían las peticiones de los reclusos, que estuvieran relacionadas con la legalidad de su prisión, pero no las referidas a las condiciones de encarcelamiento o del proceso de ejecución de su sentencia, que pudiera suponer la usurpación de las facultades otorgadas a los gobiernos estatales de administrar, de la manera que éstos entendieran como más correcta, sus propios establecimientos penitenciarios.

⁴⁸ Kentucky fue el primer estado que en 1985 le entregó el manejo completo de una prisión a una compañía organizada con fines de lucro. Gran parte del empuje que contribuyó al crecimiento de dicha industria se originó con el activista republicano Thomas Beasley del estado de Tennessee, que fundó la Corporación de Establecimientos Penitenciarios de América (*Corrections Corporation of America - CCA*) en 1983, con apoyo de Jack Massy, capitalista inversor en actividades especulativas, quien también ayudó a crear *Kentucky Fried Chicken* y la *Corporación de Hospitales de América (Hospital Corporation of America)*.

estados, no han estado exentas de fracasos y de éxitos desde el punto de vista económico y aunque en determinada medida mejoraron las condiciones de vida de los reclusos, también se han producido los abusos propios de la combinación de una actividad eminentemente lucrativa, con el tratamiento resocializador de los privados de libertad, como ha ocurrido a modo de ejemplo, con la fijación de las remuneraciones y la determinación de las condiciones laborales.

En 1986 la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (*American Bar Association*), que agrupa a más de 400 mil abogados, se pronunció contra toda privatización, por estimar que la gestión de la pena incumbe por principio al gobierno, pero este proceso ha continuado su curso en Norteamérica, con diferentes modalidades y ya en 1998 más del 20% de las prisiones con una cifra superior a los treinta mil reclusos, habían sido privatizadas⁴⁹.

La industria penitenciaria con fines de lucro ha crecido enormemente desde que se inició. Los lucrativos ingresos derivados del manejo de estas cárceles sobrepasaron los mil millones de dólares en 1998. Si bien en la actualidad hay 163 establecimientos penitenciarios con fines de lucro en funcionamiento en 30 estados diferentes, así como en el Distrito de Columbia y en Puerto Rico, más de la mitad de dichas cárceles se encuentran ubicadas solamente en cuatro estados: Texas (43), California (24), Florida (10) y Colorado (9). La capacidad de esas cárceles alcanzaba aproximadamente a 123.000 individuos, es decir el 7 por ciento de los 1.8 millones de penados de todo el país en octubre del año 1999. Una de las razones por las cuales las cárceles con fines de lucro no han aumentado aún más es que muchas jurisdicciones, incluyendo algunas de las que tienen las cantidades más altas de presos, no tienen autoridad estatutaria para colocar a penados en establecimientos manejados con fines de lucro. Además, los reglamentos y la supervisión de dichas cárceles han aumentado a medida que los gobiernos han adquirido experiencia en este campo y se han dado cuenta de los riesgos potenciales que se asumen.

Al cierre del año 1999 había 12 firmas con fines de lucro que estaban manejando establecimientos penitenciarios para adultos en los Estados Unidos. CCA, con su sede en Tennessee, y WackenhutCorrections, con su sede en Florida, subsidiaria de la Corporación Wackenhut, son los principales actores en esta industria y cuentan con más del 75 por ciento de todas las camas de cárceles de propiedad privada en el mercado. CCA manejó 83 establecimientos con un diseño de capacidad aproximada de 75.000 camas, es decir el 55 por ciento de las camas de las cárceles con fines de lucro en los Estados Unidos. Wackenhut tenía 35 establecimientos contratados, con una capacidad de 29.000 camas. Después de CCA y Wackenhut vienen cuatro compañías de nivel medio: Management and Training Corporation, con sede en Utah (7.45 por ciento del mercado), CornellCorrections (5.79 por ciento) con su sede en Texas, CorrectionalServicesCorporation (5.35 por ciento) con su sede en Florida, y CiviGenics (3.16 por ciento), con su sede en Massachusetts. Las demás compañías cubrían el resto del mercado.

Tomado de: CAPITALISMO HOY: VIGILAR Y CASTIGAR, Por Enrique Mozzo. Reseña bibliográfica sobre el libro "Las cárceles de la miseria", de LoicWacquant. Publicado en la revista Herramienta N°14, que tiene gran actualidad al mostrar cómo los países del primer mundo, fueron los pioneros en penalizar la miseria y exportar estas políticas al resto del mundo. El paraíso muestra sus miserias, la "inmaculada democracia" norteamericana persigue, encarcela y proscribire a los pobres, que ella misma crea, en su mayoría negros y latinoamericanos. Disponible en:

<http://www.afscme.org/spanish/claro02.htm> Consultado el 10/6/2014, a las 22.00.

Grandes compañías estadounidenses como Microsoft, Starbucks y Colgate, se han beneficiado de la mano de obra barata que proporcionan las cárceles privadas en EEUU. Además de reducir el costo por recluso y aliviar la sobrepoblación de las cárceles públicas, uno de los grandes alicientes de las prisiones privadas es que ofrecen mano de obra barata. Tomado de: "Prisiones privadas, hacia un Estado penal" 10 de diciembre de 2007, Publicado en: Globalhoy n°3-4. Consultado el 13 de marzo de 2011, a las 9.00p.m. <http://www.articuloz.com/economia- articulos/prisiones-privadas-hacia-un-estado-penal-278754.html>

⁴⁹ CAVISE, Leonard L. "La cárcel una institución en crisis. La privatización de las cárceles", en *Revista El Correo de la UNESCO*. Junio de 1998. pp. 20 y ss.

A partir de la década de los ochenta del pasado siglo muchos países desarrollados adoptaron programas de privatización, ante la imposibilidad de atender estos asuntos.

Desde la sociedad civil existe una fuerte oposición en los Estados Unidos, por parte de organizaciones no gubernamentales y grupos sociales, que no conciben la idea de negociar con la justicia. Algunas organizaciones de afroamericanos han comparado la privatización carcelaria con un retroceso a la esclavitud, argumentando que donde antes se subastaban esclavos, ahora subastan a jóvenes negros a las compañías que ofrecen los mejores precios⁵⁰.

Por otra parte, las ganancias que las compañías privadas producen no alivian los costos estatales de las prisiones ya que las cifras de los contratos son similares a la inversión pública en las prisiones estatales. La diferencia en el haber se debe esencialmente a los recortes que las compañías privadas realizan a los servicios de los detenidos y a las diferencias salariales a favor que implican el contratar mano de obra menos capacitada como guardianes, lo que empeora el trato y aumenta el promedio de abusos. También la utilización directa o tercerizada de la mano de obra de los reclusos, que son a su vez consumidores "cautivos" de servicios telefónicos y alimenticios⁵¹.

El interés por el negocio de la privatización de las prisiones, ha llevado también a empresas de la industria privada carcelaria a participar activamente en la promoción de la ley antiinmigrante de Arizona para generar ganancias multimillonarias con el negocio de encarcelar migrantes ilegales⁵².

Esta ley que ha provocado la mayor controversia sobre migración y racismo contra latinos, tanto en Estados Unidos como en México, puede tener el efecto de enviar a decenas de miles de indocumentados a prisión, lo cual potencialmente podría generar cientos de millones de dólares en ganancias para las empresas de cárceles privadas que se encargan de alojar a las víctimas de la ley SB1070.

La controversia se ha producido al efecto entre quienes apoyan la idea de que la solución definitiva a todas las insuficiencias del sistema penitenciario es la privatización de las cárceles, y los que por el contrario, la valoran como la más

⁵⁰ Ibid, pág. 120. Al respecto véase: BLAUSTEIN, Eduardo. "Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación". *Revista Zoom*. Octubre de 2006. Buenos Aires Argentina. Consultada en: <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html> el 13/3/2014, a las 18.00, donde se afirma que "los EEUU, representando apenas el 5% de la población mundial, tiene al 25% de los presos a escala global y de manera inversa, el 63% de sus encarcelados pertenece a las minorías negra y latina, las más pobres, siendo que esas minorías sólo constituyen una cuarta parte de la población nacional".

⁵¹ Vid, "Estados Unidos: nuevo récord de presidiarios". *Revista GLOBAL hoy4* de mayo de 2005. Disponible en: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=931> Consultado el 13/4/2014, a las 15.00.

⁵² Véase SERRA, Gerardo. "El oscuro negocio de las cárceles privadas". *Globedia*. 19 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://cu.globedia.com/oscurο-negocio-carceles-privadas> Consultado el 11/6/2014, a las 14.00.

absoluta e intolerable dejación del Estado, en materia que hasta ahora había sido considerada como un deber ineludible de la administración pública⁵³.

Se trata de un tema poco estudiado, hasta el presente, por la doctrina española. NISTRAL BURÓN⁵⁴, en un artículo sobre “la prisión del siglo XXI”, al valorar brevemente las ventajas e inconvenientes que puede presentar una gestión privada de las cárceles señala como aspectos positivos el ahorro de los fondos del Estado, la posibilidad de mejorar las condiciones de habitabilidad de los centros penitenciarios, y de solucionar los problemas de ocupación y como inconvenientes los siguientes:

- El cumplimiento de la pena sería diferente según el poder adquisitivo del recluso.
- El ánimo de lucro que rige, como es normal, en la gestión privada podría conllevar la reducción de los costos de personal sustituyéndolos por medios tecnológicos, con lo que esto conlleva de despersonalización en la relación con los internos, destinatarios de esta ejecución.
- Obstáculos jurídicos, como puede ser el que el Estado abdique de su deber de castigar, dejándolo en manos privadas.

En Latinoamérica donde durante años se ha rechazado la idea de privatizar las prisiones, se observa en los últimos años, en algunos países, una tendencia favorable a aceptar la idea de pasar las prisiones a manos privadas, ante la crisis económica y los reiterados fracasos de las políticas penitenciarias de los gobiernos, el hacinamiento y la desesperanza que imperan en el sistema carcelario.

Desde el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), la voz autorizada del doctor Elías Carranza⁵⁵, ha advertido que “sería un grave error tratar de resolver la

⁵³ Son precisamente los Estados, que son parte de los principales tratados internacionales, convenciones, pactos y reglas que conforman el sistema de derechos humanos básicos, los responsables de garantizarles a los reclusos el ejercicio de esos derechos. *Vid.* Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Publicado por Reforma Penal Internacional. 1997. Versión en Español publicada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Fundación Mc.Artur. San José de Costa Rica. 1998.

⁵⁴ NISTRAL BURÓN, Javier. Subdirector General de Gestión Penitenciaria. La Prisión del Siglo XXI. Revista Criminólogo. Volumen I. No. 2. Enero 2000. Publicación Oficial de la Escuela Superior de Ciencias Criminológicas. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Más adelante, refiriéndose al sistema español, precisa que el mismo parece orientar la gestión penitenciaria al sector público no posibilitando, por lo tanto, la gestión privada de las cárceles, aunque si admite como formas especiales de ejecución a las instituciones extrapenitenciarias donde se puede cumplir la condena y que están gestionadas por instituciones privadas; y concluye afirmando que “el futuro de la gestión de las cárceles, quizás pueda estar en las fórmulas de gestión mixtas, que permitan que la gestión de los centros se lleve a cabo por la fórmula privada para las cuestiones económicas y por la fórmula pública para las gestiones relativas a la ejecución penal”.

⁵⁵ “Seminario sobre Sistemas Penitenciarios y Derechos Humanos”, 18, 19 y 20 de abril de 2007, Hotel Fiesta Inn Centro Histórico, Avenida Juárez 76, México. Foro de Profesionales Latinoamericanos de Seguridad. En: <http://www.forodeseguridad.com/artic/reflex/8074.htm> Consultado el 13/6/2014, a las 10.00.

En otro tramo de su alocución, Elías Carranza consideró que entregar a manos privadas el sistema penitenciario no sería lo indicado “porque se dejan de lado los costos o la eficiencia con que se pueden ejecutar las sanciones, con el consecuente riesgo de que ese trabajo se convierta en un negocio” alertó.

situación de horror que se vive en los centros carcelarios de Latinoamérica privatizándolas, ya que resulta un negocio que agrava el problema penitenciario”.

Las primeras cárceles privadas en Latinoamérica se han desarrollado en Chile⁵⁶, desde 2006, en el denominado Complejo Penitenciario de Rancagua, a las que han seguido otras como el Santiago 1⁵⁷, en 2007 y un proyecto, en ejecución para completar diez cárceles privadas para 16 mil presos.

En el Perú se ha desarrollado en los últimos años un intenso debate sobre la pertinencia de autorizar la construcción de cárceles privadas, hasta que finalmente en el mes de marzo de 2011, se ha anunciado que un consorcio español⁵⁸ será el encargado de construir y operar el primer establecimiento penitenciario de operación privada de Perú, al ganar la concesión realizada por la Agencia de Promoción de la

Por su parte, otro de los participantes en el Seminario, el académico del ILANUD, Stephen Nathan, también embistió contra la gestión privada de las cárceles al sostener que “hay un patrón bien documentado de que el personal de esas cárceles está mal capacitado, tiene bajos salarios y trabaja con una alta rotación de los empleados”.

⁵⁶Vid, VILLAGRA, Carolina. Investigadora del Área Penitenciaria Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, CESC INAP-Universidad de Chile. “SE ABREN LAS PUERTAS DE LA PRIMERA CÁRCEL CONCESIONADA EN SANTIAGO” Red de profesionales jóvenes para una América Latina + segura, quién afirma que: “En el caso chileno el sistema de concesiones difiere del sistema de privatización total, en términos de que el Estado mantiene la responsabilidad de la vigilancia y administración de los recintos. Los penales concesionados se introdujeron al sistema penal chileno en el marco del Proceso de Modernización de las Cárceles, impulsado el año 2002 por el Gobierno, tras haber identificado cuatro problemas del sistema carcelario que requerían urgente solución: hacinamiento, malas condiciones de vida, altas tasas de reincidencia y alto gasto público en mantenimiento de los recintos penitenciarios. Así, se esperaba que la construcción de diez recintos penales concesionados, con una capacidad total de 16.000 reclusos, ayudara a dar solución a estos puntos críticos”. Se trata de un tema constitucional, ya que la constitución chilena establece que la seguridad tiene que ser administrada por el Estado. Disponible en: http://www.comunidadyprevencion.org/opinion_02.html Consultada el 14/6/2014, a las 22.00.

⁵⁷ Ante la continuidad del hacinamiento carcelario, que ahora se ha trasladado a las cárceles privadas, en el año 2009, el Ministerio de Justicia debió pagar el equivalente a 700 mil dólares (353 millones de pesos) de sobreprecio, o multa, al grupo francés Vinci, dueño del negocio de la prisión Santiago Uno por concepto de “sobrepoblación” en ese penal durante el último semestre de 2008. En fin, que con cárceles públicas o privadas los problemas continúan siendo similares y las soluciones hay que buscarlas en las políticas penales y de prevención, con la aplicación programas sociales, que disminuyan la exclusión social e incrementen las oportunidades de educación y trabajo para todos por igual.

Tomado de: Carmona Ernesto. “DDHH en Cuba v/s Chile”. redacción. 28 de marzo de 2010. En <http://www.redaccion.cl/general/politica-nacional/ddhh-en-cuba-vs-chile/> Consultado el 14 de marzo de 2011.

⁵⁸ La licitación fue ganada por el Consorcio compuesto por las empresas Montealto XXI, Exeteco Internacional y Eulen I, las que además del diseño, financiación y construcción de la nueva cárcel, el consorcio se ocupará del mantenimiento y la operación de la misma por un periodo de 25 años. El penal tendrá capacidad para 1.536 reclusos varones no reincidentes y deberá además incluir una factoría, a cargo de la concesionaria, que dé trabajo al menos el 60 por ciento de los presos y busca paliar el alto hacinamiento que registran las cárceles peruanas, con una sobrepoblación, según datos oficiales, de 13.572 internos. El marco legal de la concesión es la Ley No. 29230 de 12 de mayo de 2008, para impulsar la inversión pública regional y local con la participación del sector privado. Disponible en la Red del Grupo RPP: http://www.rpp.com.pe/2011-03-04-consorcio-espanol-construira-y-operara-primera-carcel-privada-en-peru-noticia_342221.html Consultado el 14/6/2014, a las 21.00.

Inversión Privada, para construir un nuevo penal en la provincia limeña de Huaraz, con una capacidad de 1.536 reclusos varones no reincidentes⁵⁹.

Personalmente no albergo muchas esperanzas de que nuestras voces de alerta y rechazo a la privatización de las prisiones, en Latinoamérica logren detener los proyectos en marcha⁶⁰ y otros que seguramente van a surgir en el futuro, pero al menos, en la medida de las posibilidades, podremos retardarlos y continuar desde la academia demostrando que las empresas privadas, en lugar de resolver los problemas de la resocialización de los sancionados, los van a empeorar, al entrar en contradicción con la obtención de los beneficios económicos que necesita la empresa privada para mantener su negocio⁶¹.

Desde el punto de vista ético también resulta incompatible con los principios que inspiran al *ius puniendi*, y especialmente el de humanidad, que postula la necesidad de infringir el menor sufrimiento posible con la aplicación de la pena, al tener que admitir que alguien se enriquezca, con el resultado del castigo, que necesariamente implica el cumplimiento de una pena de prisión, sin que por otra parte exista ninguna garantía de que las prisiones privadas van a resolver los problemas de las cárceles y menos aún al tratar de exportar estos modelos a los países pobres y subdesarrollados, donde las difíciles condiciones económicas, en todo caso, se reproducirían en el interior de la propias prisiones privadas.

Muy por el contrario, las mejores experiencias que se han conocido hasta hoy en materia de humanización de las prisiones y la resocialización de los sancionados a privación de libertad, no vienen precisamente de cárceles privatizadas, sino de aquellos países donde el nivel de desarrollo económico alcanzado por la sociedad, unido a la voluntad política existente en relación con éste sensible problema les ha permitido a la administración pública obtener avances apreciables en las condiciones de vida y de trabajo de los reclusos y también en su resocialización⁶².

⁵⁹ Se trata precisamente de discriminar los sancionados, una de las principales críticas que han recibido las compañías que operan las prisiones, que seleccionan a reclusos jóvenes, saludables y no violentos, dejándoles a los establecimientos públicos a los que no cumplen estos requisitos.

⁶⁰ Chile, Perú, Brasil, México, Honduras y Colombia, entre otros, son los países latinoamericanos, donde se ha valorado en diferentes foros, desde el parlamento, hasta el sector empresarial, la posibilidad de desarrollar un proceso de privatizar las prisiones. En Brasil se trabaja en la primera concesión en el Estado de Pernambuco. En nuestro trabajo solamente abordamos los casos de Chile y Perú, por ser los más avanzados.

⁶¹ *Vid.*, a modo de ejemplo las valoraciones realizadas por MILÁ, Ernesto, en su artículo: “Sistema penitenciario de EEUU”, publicado en INFOKRISIS el 30 de octubre de 2004, p.6, donde afirma que: “La reglamentación de estos presidios es peligrosa para los presos: si bien estos pueden gozar de beneficios penitenciarios y reducciones de condena por haber trabajado habitualmente y hecho gala de buen comportamiento, también pueden ser sancionados con aumento del tiempo en prisión si han cometido alguna falta. Distintos estudios han demostrado que las reducciones por buen comportamiento son ocho veces menores en las cárceles privadas, que en las prisiones estatales. Se trata, evidentemente, de optimizar la estancia de los presos en la cárcel para aumentar el rendimiento y los beneficios de la empresa”. Tomado de: <http://infokrisis.blogia.com/2004/103001-sistema-penitenciario-en-eeuu.php> Consultado el 14/3/2014, a las 11.00.

⁶² GÓMEZ GRILLO, Elio. Las penas y las cárceles. Las cárceles en el mundo. Editorial El Cojo, Caracas. 1988. p. 73 y ss. El autor narra sus experiencias de las visitas a numerosas prisiones de América y Europa y al resumir las impresiones de su visita a las prisiones escandinavas, destaca que lo primero que se percibe es el respeto a la dignidad del preso, al extremo de que ha llegado a afirmar que casi llega a creer que los presos son los seres

5. A modo de conclusiones

En el actual escenario mundial y regional, resulta compleja la lucha por las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, una mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes legislativo y judicial.

La aplicación consecuente de estos principios, supone la existencia de un Derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúe solo en los casos de los ataques más graves a esos valores, y que tanto en su elaboración, como en el ámbito de su aplicación, garantice el respeto a la libertad y dignidad humanas.

La utilización del Derecho penal, como método para garantizar la protección de los valores establecidos constitucionalmente, de los ataques más graves e intolerables a las relaciones de convivencia, no podrá ser abolida, ni en las actuales condiciones, ni tampoco en el futuro. El día que la humanidad se decida a adoptar formas de organización de la sociedad que garanticen una distribución más justa y equitativa de las riquezas, que conduzca a un modelo de sociedad más justo y solidario, con un alto grado de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus ciudadanos, se requerirá entonces de una menor aplicación de la represión penal para garantizar las relaciones normales de convivencia y la protección de los valores fundamentales de rango constitucional, pero ese día no parece cercano en el tiempo.

La denominada crisis de la prisión y el reconocimiento de que no resulta posible alcanzar la resocialización por medio de la ejecución de las penas privativas de libertad, no debe impedirnos que luchemos por un sistema penitenciario más justo, ni que conscientes de sus limitaciones no nos esforcemos por garantizar el respeto a los derechos humanos fundamentales de los privados de libertad, un tratamiento digno, en consecuencia con el principio de humanización de las penas y la mejor preparación para vivir en condiciones de libertad, mediante la ampliación de sus conocimientos y el desarrollo de su personalidad.

humanos más consentidos en Suecia, en Noruega, en Dinamarca y hasta en Finlandia, a los que califica como los sistemas penitenciarios más avanzados, más progresistas y mejor logrados del mundo. Al compararlos con las prisiones de su país, afirma que si en Venezuela tenemos presos sin cárceles, porque les falta espacio en ellas, los nórdicos tienen cárceles virtualmente sin presos, y al analizar los presupuestos que dedican Venezuela y Dinamarca, explica cómo mientras el primer país, en 1977, dedicaba ciento seis millones de bolívares para diecisiete mil presos, en Dinamarca dedicaban trescientos millones de bolívares para tres mil presos.

El futuro nos debe conducir a que las cárceles queden reservadas solo para los casos más intolerables de violaciones de las reglas de convivencia mutuamente aceptadas por la sociedad y a una aplicación creciente de penas alternativas de todo tipo, con amplia participación de la comunidad, para las restantes violaciones de las normas penales, las que deberán mantener su tendencia a una disminución progresiva, en la medida en que mejoren las condiciones de vida y se logre una mayor armonía en la convivencia social.

Concluimos reiterando nuestro compromiso de defender la aplicación consecuente del Derecho penal, con la racionalidad requerida y con la esperanza de que con la perseverancia de los millones de hombres y mujeres que tratamos de contribuir a la conformación de un mundo mejor para nuestros hijos y nietos, algún día, aunque sea lejano en el tiempo, se hagan realidad las aspiraciones expresadas por el profesor Morillas Cueva, cuando expresó que: “A lo mejor un día el Derecho Penal se muestre innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existan, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, de igualdad y de libertad. Mientras tanto, y me temo que por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida. Para que los hombres y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar toda su sabiduría y bondad a una sociedad más libre y más equitativa; y que ello lo puedan hacer sin temor, en paz”⁶³.

⁶³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 4. 22 de abril de 2002, p. 1. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html Consultado el 22/3/201, a las 18.00.