

Colección de criminologías específicas

Libro 10

CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL

Enfoques jurídicos, procesales, doctrinales
y psicológicos de la criminalidad

Directores de la Colección

Gino Ríos Patio

Wael Hikal

Coordinador del libro

Jorge Alberto Pérez Tolentino

COLECCIÓN: CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

**Gino Ríos Patio & Wael Hikal
(Directores)**

**Francisco Israel Hernández Fernández
Jacobó Herrera Rodríguez
(Coordinadores)**

LIBROS DE LA COLECCIÓN:

LIBRO 1: MANUAL DE USO DE LAS CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

Wael Hikal, Cristian Díaz Sandoval y Jorge Alberto Pérez Tolentino (coordinadores)

LIBRO 2: CRIMINOLOGÍA PEDAGÓGICA

Agustín Salgado García (coordinador)

LIBRO 3: CRIMINOLOGÍA ETIOLÓGICA MULTIFACTORIAL

Renzo Espinoza Bonifaz (coordinador)

LIBRO 4: CRIMINOLOGÍA DE LA PERSONALIDAD ANTISOCIAL

Arturo Arrona Palacios (coordinador)

LIBRO 5: CRIMINOLOGÍA CONDUCTUAL

Oswaldo Tieghi (coordinador)

LIBRO 6: CRIMINOLOGÍA INFANTO JUVENIL

Gloriam Zaid Mercado-Justiniano (coordinadora)

LIBRO 7: CRIMINOLOGÍA EDUCATIVA

Yadira Calixto Contreras (coordinadora)

LIBRO 8: CRIMINOLOGÍA SOCIOLÓGICA

Francisco Israel Hernández Fernández y Jacobo Herrera Rodríguez (coordinadores)

LIBRO 9: CRIMINOLOGÍA GLOBAL

Gino Ríos Patio (coordinador)

LIBRO 10: CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL

Jorge Alberto Pérez Tolentino (coordinador)

LIBRO 11: CRIMINOLOGÍA CLÍNICA PENITENCIARIA

Rogelio Romero Muñoz (coordinador)

LIBRO 12: CRIMINOLOGÍA PREVENTIVA

Renzo Riega Cayetano y Miguel Pérez Arroyo (coordinadores)

LIBRO 13: CRIMINOLOGÍA DE LA SEGURIDAD

Camilo Valencia García (coordinador)



USMP
FACULTAD DE DERECHO
CECRIM



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRÉS

FONDO
EDITORIAL

Libro 10:

CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL
Enfoques jurídicos, procesales, doctrinales y
psicológicos de la criminalidad

Jorge Alberto Pérez Tolentino
(Coordinador)

Lima - 2022



USMP
FACULTAD DE DERECHO
CECRIM



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FONDO
EDITORIAL

CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL

Enfoques jurídicos, procesales, doctrinales y psicológicos de la criminalidad

Jorge Alberto Pérez Tolentino (Coordinador)

© Universidad de San Martín de Porres – Fondo Editorial

© Gino Ríos Patio

Fondo Editorial – USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43-Perú

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo:3262

Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.pe

Página web: www.usmp.edu.pe

Facultad de Derecho – Universidad de San Martín de Porres

Alameda del Corregidor 1865, La Molina, Lima 12 – Perú

Teléfono: (51-1) 365-700

Correo electrónico: investiga_derecho@usmp.pe

Autores de los artículos:

José Adolfo Reyes Calderón

Edgar Ramón Aguilera García

Yadira Calixto Contreras

Gino Ríos Patio

Agustín Salgado García

Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda

Jorge Alberto Pérez Tolentino

Daniel Schulman

Juan Antonio Maruri Jiménez

José Aróstegui Moreno

Daniel Ernesto Peña Labrin

Eduardo López Betancourt

Coordinador de la edición: Luis David Suárez Berenguela – Fondo Editorial USMP

Diagramación: Fiorella del Aguila Vargas – Fondo Editorial USMP

Primera edición electrónica: febrero 2022

186 páginas

Pdf - 4 Mb

El libro ha sido evaluado y revisado externamente por el Comité Evaluador

Obra publicada sin fines de lucro: La presente obra es publicada sin fines de lucro, el costo de adquisición es para solventar los gastos de edición, diseño, impresión, distribución y donación. Todos los capítulos de este libro, han sido donados por la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León, A.C. Los escritores cedieron sus derechos de autor conforme las normas de publicación establecidas.

Reservados todos los derechos. Queda prohibida, sin la autorización escrita de uno de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluidos reprografía y el tratamiento informático.

ISBN: 978-612-4460-40-1

ISBN: 978-612-4460-40-1



9 786124 460401

ÍNDICE DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN Gino Ríos Patio (Perú)	8
PRESENTACIÓN ¿POR QUÉ LA NECESIDAD DE LA ESPECIALIZACIÓN? Wael Hikal (México).....	10
PRESENTACIÓN DEL LIBRO 10: CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL Jorge Alberto Pérez Tolentino (México).....	12
PUNIBILIDAD, PUNICIÓN Y PENA José Adolfo Reyes Calderón (Guatemala)	14
APORTACIONES AL MEJORAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO PARA PROMOVER LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y APUNTALAR EL RESPECTO AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Edgar Ramón Aguilera García y Yadira Calixto Contreras (México)	20
DE LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA A LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA ...A TRAVÉS DE LA MITOLOGÍA PENAL... ENSAYO OBSERVACIONAL, EXPERIMENTAL, SITUACIONAL Y PROSPECTIVO Gino Ríos Patio (Perú)	39
LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA PSICOSIS EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL Agustín Salgado García (México).....	48
LA CÁRCEL PUNITIVA, NATURALEZA HISTÓRICA, CRISIS Y PERSPECTIVA Gabriel Rodríguez Pérez De Agreda (Cuba).....	53
SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN VERACRUZ Jorge Alberto Pérez Tolentino (México).....	79
LA LEY AGOTE. ANÁLISIS DEL PARADIGMA TUTELAR Y PRESUPUESTOS POLÍTICO – CRIMINOLÓGICOS DE SU CREACIÓN Daniel Schulman (Argentina)	94
EL ASPECTO CIENTÍFICO DE LA TRILOGÍA “MINISTERIO PÚBLICO-POLICÍA -PERITOS” EN EL NUEVO PROCESO PENAL DE CORTE ACUSATORIO, ADVERSARIAL Y ORAL EN MÉXICO Juan Antonio Maruri Jiménez (México).....	102

**EL TRATAMIENTO EN EL ORDEN PENAL DE LA FIGURA DEL
DELINCUENTE PSICÓPATA**

José Aróstegui Moreno (España)..... 112

**TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE
LA LIBERTAD SEXUAL EN EL PERÚ**

Daniel Ernesto Peña Labrin (Perú) 120

EL CONCEPTO DE PENA ¿UN ASPECTO INCONTROVERTIDO EN SU TEORÍA?

Gabriel Rodríguez Pérez De Agreda (Cuba)..... 129

LA PENA DE MUERTE

Eduardo López Betancourt (México) 152

EL ACOSO SEXUAL INFANTIL A TRAVÉS DEL CODIGO PENAL PERUANO

Daniel Ernesto Peña Labrin (Perú) 156

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal..... 165

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES..... 167

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS 170

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio

Gino Ríos Patio

griosp@usmp.pe

Instituto de Investigación Jurídica, Universidad de San Martín de Porres
Perú

La realidad es un concepto omnicomprensivo y, al mismo tiempo, dinámico. El hombre está en la realidad, que le viene dada, pero su acción individual y colectiva la transforma y re construye.

De antiguo, la seguridad fue una preocupación vital del hombre, la sociedad y el estado, con independencia de cualquier condición, tipo y forma, respectivamente. Es, de manera esencial, el factor sine qua non de la vida misma, que le permite al hombre y la sociedad plasmar sus deseos y pretensiones, y al estado cumplir con sus fines axiológicos, pues les facilita controlar y reducir los peligros, riesgos y condiciones que afectan y amenazan su existencia, salud y bienestar, propiciando tranquilidad, armonía y paz social, indispensables para la convivencia en comunidad.

Sin embargo, la realidad cotidiana, que es lo concreto, nos muestra que, en todo el globo, la conflictividad y la violencia se extienden vertiginosamente en estos tiempos, en los que, por ser depositarios de las conquistas de los pueblos en materia de derechos humanos y gobiernos democráticos, se esperaría que la criminalidad no abone el terreno de la inseguridad.

La criminología existe, felizmente, para identificar y analizar científicamente el fenómeno social de la criminalidad y los comportamientos individuales disconformes, que derivan de la conflictividad violenta; y para determinar sus causas y factores generadores, con la finalidad de proporcionar información científica con la que sea posible diseñar una política criminológica eficaz, en aras de prevenir, reducir, controlar y sancionar las conductas lesivas, en suma, de intervenir positivamente en el infractor, la víctima y el control social.

En nuestros tiempos, afortunadamente, la criminología ha dejado de ser instrumental en función del poder punitivo y goza de una autonomía científica que, como tal, se perfecciona y enriquece en la búsqueda de la verdad, habiendo llegado a establecer que la causa de la criminalidad está fuera del individuo y de la sociedad, y se encuentra en la existencia de estructuras económicas inicuas, estructuras sociales excluyentes, estructuras políticas arbitrarias y estructuras culturales segregacionistas, instauradas por el poder, que es planetario en estos tiempos, en virtud de las cuales opera el poder de criminalización, el cual define qué es delito, quién es delincuente, qué pena le corresponde, y dónde y cómo debe cumplirla.

Como ciencia, la criminología ahora ya no es un discurso legitimador del poder penal, como lo fue en épocas pretéritas, por el contrario, representa una ciencia social de la vida, pues en todo el mundo, la realidad en la cuestión criminal son los muertos, que representan el costo social de coexistir en medio de la conflictividad, la violencia, la criminalidad y la inseguridad, que existen y permanecen en los niveles estructurales, institucionales, discursivos y conductuales.

El progreso de la ciencia criminológica ha permitido que los criminólogos y otros profesionales que cultivan con idéntica pasión intelectual y social esta disciplina de encuentro, puedan abordar la fenomenología del crimen de modo especializado, sin merma de la perspectiva

general por tratarse de una ciencia holística e integradora, concentrándose en un espacio intelectual concreto y específico que beneficia la profundidad cognitiva y la certeza de las recomendaciones.

Es necesario comprender que la especialización implica la actualización del conocimiento y exige la publicación del estado de la cuestión en cada área específica de una misma disciplina o en encuentros transversales de disciplinas que abordan un mismo fenómeno, como ocurre con la cuestión criminal.

Una publicación científica especializada, como la Colección de Criminologías Específicas que se presenta y pone a disposición de la comunidad, promueve el desarrollo de conocimientos actualizados en un ámbito específico de una ciencia, en aras de aspirar a un mayor desarrollo económico, político, social y cultural del país.

En este orden de cosas, es gratificante presentar la Colección de Criminologías Específicas, compendio de magistrales artículos científicos que responden al saber y la experiencia de los distinguidos criminólogos y científicos sociales que contribuyen con esta grandiosa labor científica, única en su género, la cual permitirá al acucioso lector conocer el estudio e intervención de la cuestión criminal.

Esta edición es, indudablemente, una magnífica publicación científica multidisciplinaria, como corresponde a una ciencia de encuentro y de la vida, como es la Criminología, con la cual los directores de la obra ponen a disposición de los licenciados en Criminología en particular y de las ciencias sociales en general, así como de los interesados en conocer científicamente acerca de la cuestión criminal y del público en general, un apreciable conjunto de conocimientos e ideas sobre el crimen y su intervención a nivel global.

Al presentar esta obra lo hacemos con el convencimiento de que la especialización en cualquier disciplina científica es absolutamente necesaria para un más profundo y mejor abordaje de la cuestión que se plantea; y con la confianza que al cumplir la misión de difundir y fomentar la criminología, como se hace con esta entrega, se contribuye desde el mundo de las ideas a generar conocimiento y transformar la realidad criminógena, para que se comprenda que la paz global, regional y local solo es posible con desarrollo humano, pues el concepto de seguridad integral que busca la humanidad no se limita a que las personas no sean objeto de asaltos en la calle, sino supone necesariamente que ellas puedan ejercer real y plenamente todos sus derechos fundamentales.

Director

PRESENTACIÓN

¿POR QUÉ LA NECESIDAD DE LA ESPECIALIZACIÓN?

Wael Hikal

Wael Hikal

wshc1983.2013@gmail.com

Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León

Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Autónoma de Nuevo León

México

La especialización de la criminología en algo que en México y América Latina es una labor necesaria para abordar los fenómenos criminales de un modo amplio en conocimientos y herramientas, esto permitirá conocer la violencia, criminalidad, antisocialidad, delincuencia, entre otros referentes, sus procesos, y modos de intervenirlos. La violencia en México ha colocado que el país se encuentre en uno de los últimos en la percepción de paz a nivel mundial, estamos muy lejanos de Islandia, Noruega, Finlandia, incluso de Estados Unidos de América, que es menos violento que México, tomando en cuenta que este último, no está en guerra, es un país con bastante legislación, instituciones, entre otros procesos que demuestran debería ser un país evolucionado. Por lo contrario, estamos cerca de la violencia que padece Venezuela y Colombia, así como Siria, Iraq, Rusia, entre otros.

No se afirma que la especialización en criminología sea la solución a los problemas de criminalidad, pero si tenemos un cuerpo de conocimientos desarrollado, amplio y especializado a los fenómenos regionales, podremos avanzar en el modo de intervenirlos para comprenderlos en su génesis, tratarlos, prevenirlos y reducirlos. Si nos detenemos a autoevaluarnos como profesionales de la criminología ¿Qué avances tenemos? Es decir ¿Sabemos explicar un terrorismo, un crimen organizado, la migración, la desigualdad, corrupción? Y más aún ¿Sabemos dar un tratamiento como tanto se viene diciendo en los planes de estudio y conceptos de criminología?

Se podrá decir: “La criminología es interdisciplinaria”, pero en otras áreas del conocimiento, se realizan estudios propios, experimentos, se sistematiza, prepara, expone, difunde. Mientras que, en Criminología mexicana recogemos y usamos el conocimiento generado por las otras áreas sin generar lo propio, ello refiere la madurez de un área, los fenómenos criminales no se pueden resolver con la Criminología de los 70’s construida de libros generalizados que introducen a la materia, con muy pocas herramientas de implementación. A marcha forzada se ha venido creando un poco de avance, pero no ha sido lo suficiente para cambiar las situaciones que tenemos en el país, y claro, sin culpar a gobierno, pues ello venimos haciendo desde hace años.

Un ejemplo claro del avance de la criminología en otros países son sus libros, busque el lector en los catálogos de libros estadounidenses, europeos, asiáticos, canadienses, entre otros, incluso, la Organización de la Naciones Unidas presentó “Criminología Azul”, entre otros títulos que existen en otros países desarrollados están criminología psicológica, criminología biológica, criminología psiquiátrica, manuales de criminología europea, criminología asiática, enciclopedias, compendios de prevención del crimen, entre tantos.

Las propuestas presentadas en esta Colección de Criminologías Específicas, se basan en adaptaciones de psicologías, sociologías, derechos, medicinas, entre otras en sus áreas especializadas; por ejemplo, de la psicología conductual, aquí se presenta criminología conductual, de psicología educativa, aquí se muestra criminología educativa, entre otras, por

otro lado, se han imitado los modelos de otros países, presentando una criminología global, criminología sociológica, criminología penitenciaria, etcétera. a mayor especialización, estaremos en mejor posición para dar resultados a la sociedad que ha sido tan lastimada por la violencia, esta espera soluciones, y quienes estudiamos criminología, deberíamos ser los profesionales idóneos para generar tales respuestas.

El derecho se ha especializado en diversas ramas que la vida en sociedad le requiere, así, existen: derecho espacial, derecho electoral, derecho canónico, filosofía jurídica, derecho familiar, etcétera, igualmente con la psicología y sociología, y qué decir de la medicina, por ejemplo, con medicina del deporte, medicina infantil, medicina de la mujer, o psicología infantil, sociología de la música, sociología del deporte, sociología educativa, psicología ambiental, psicología de los colores.

Negar la especialización de la criminología en México y América Latina, es continuar estancados en la tendencia ortodoxa jurídica de que esta es una rama del derecho penal. En América Latina, pareciera que no existen ramas de la Criminología especializada, se ha quedado atorada en la clínica y crítica, donde se aglomera en estas dos, todas las áreas biológicas, psicológicas, sociológicas, políticas, ambientales, etcétera, contrario a lo que ocurre en el vecino país de Estados Unidos de América, donde la especialización existe.

Esto no es un juego de improvisaciones o ridiculizar a la criminología más de lo que ya está en México y otros lados de América, con su falta de resultados, y qué decir si miraran de otros países una consulta por parte de los criminólogos de licenciatura que aquí existimos, no estamos en posición intelectual, teórica, conceptual y de herramientas para dar una aportación, mientras que en otros países existen áreas de investigación, aquí no se realiza, y no cuenta que solo exista un instituto a nivel federal, o que de los alrededor de 35,000 investigadores nacionales, menos de 40 sean dedicados al área criminal. La especialización requiere sistematización, visión al futuro, estudios comparativos de lo que ya se ha hecho en otros países con menores índices de violencia, así como con mejores prácticas y resultados.

Director

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 10: CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL

Jorge Alberto Pérez Tolentino

Jorge Alberto Pérez Tolentino

ja_tolen@hotmail.com

Universidad del Golfo de México

México

Las conductas generadoras de criminalidad, las formas de castigarlas y las consecuencias que producen son objeto de atención constante de la sociedad en general, más aún ante la ingente situación de inseguridad, impunidad y zozobra constante en la que está condenada a vivir la colectividad mexicana en la actualidad.

Los profesionales que se dedican al estudio de tales conductas y sus efectos tienen una enorme responsabilidad social, puesto que los análisis y propuestas que realicen deben estar destinados a su difusión y aplicación y, de ninguna manera, quedar solamente en el currículo.

Wael Hikal, a quien agradezco encarecidamente por invitarme nuevamente a colaborar en la coordinación de la segunda edición de la presente obra, en el año 2008 (junto con otros aliados), fundó la Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, A.C.; desde su creación no ha rehuído su actuación, es más, consciente del compromiso que representa ser un organismo no gubernamental destinado a la creación, difusión y aplicación del conocimiento, ha celebrado diversos eventos tendientes a los fines indicados.

En la presente obra se hace una recopilación de temas relativos a la criminología y al derecho penal; estas temáticas, se encuentran imbricadas de tal forma que pueden entenderse perfectamente, tanto en lo individual como en lo colectivo. El texto contiene 13 artículos, los cuales se estructuran en cuatro grandes líneas temáticas, a saber:

1. Delitos en particular.
2. Sanción penal.
3. Prevención general y especial.
4. Las partes de la controversia penal.

Considero conveniente no elaborar una reseña sobre cada uno de los trabajos incluidos, puesto que el lector por sí mismo, apreciará la calidad y claridad de tales textos; no obstante, sí es necesario indicar, brevemente, la estructuración indicada:

1. En los temas relativos a los delitos en particular, se presentan análisis sobre el acoso sexual infantil y la violación a la libertad sexual.
2. En la temática referente a la sanción penal, se expresan cuestionamientos y reflexiones generales sobre la punibilidad, la punición y la pena y, de manera específica, se aborda el concepto de pena.
3. En el área de la prevención, se discurren tópicos en relación con la cárcel punitiva, la pena de muerte, la psicosis en el ámbito jurídico penal y análisis particularizados de casos concretos.

4. En la sección relativa a las partes de la controversia penal, se analizan los temas del tratamiento que debe seguirse al delincuente psicópata, la trilogía Ministerio Público-Policía-Peritos, el fortalecimiento a la presunción de inocencia, así como una breve semblanza sobre el sistema penal acusatorio.

Espero que la lectura crítica de cada uno de los textos sirva al lector para una mejor comprensión de una **Criminología Jurídica Penal**, agradeciendo fuertemente a los autores de los artículos por brindar, de forma tan generosa, sus inmensos conocimientos.

PUNIBILIDAD, PUNICIÓN Y PENA

**José Adolfo Reyes
Calderón**

adolfo.reyescalderon@gmail.com
Universidad de Occidente
Guatemala

RESUMEN

Es conveniente referirnos a lo que algunos penalistas contemporáneos han dedicado especial importancia sobre la confusión de lenguaje empleado respecto a tres conceptos diferentes que sin embargo se usan indistintamente. Los tres conceptos se relacionan con la coercitividad jurídico-penal y cada uno de ellos da margen a problemas diferentes.

PALABRAS CLAVE: Castigo, Prevención, Ley penal, Estudio de caso.

PUNIBILIDAD

Se refiere a la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

Corresponde al legislador describir y señalar cual es la sensación que corresponde, conforme a la importancia del bien jurídico tutelado y al interés que se tenga en intimidar a quienes va dirigida la prohibición. Luis de la Barreda, afirma; “La punibilidad no es ni retribución ni privación de un bien. Es tan sólo una advertencia que lanza el legislador sin saber a quién va a aplicarse”.

La doctora Islas, respecto a la punibilidad, señala:

- Es una descripción general y abstracta.
- Es elaborada exclusivamente por el legislador.
- Es tan sólo conminación de privación o restricción de bienes.
- La legitimación del legislador en orden a la punibilidad, está basada en la necesidad social.
- La punibilidad es el medio que determina la inhibición de los objetos imputables.
- La punibilidad está dada sólo para sujetos imputables. Este enunciado se critica dado que pareciera que confunde punibilidad con pena, ya que la punibilidad abarca también al inimputable.
- La función de la punibilidad es protección de bienes a través de la prevención general.

- La punibilidad depende de la clase del bien tutelado.
- Cuantitativamente la punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión o puesta en peligro del bien tutelado.
- No hay delito sin la existencia previa de punibilidad.
- La punibilidad es fundamento de la punición.
- Es un mandato particular concreto.
- Es dictada exclusivamente por el órgano judicial en una sentencia penal.
- La punición es fijada de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito.
- La legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado.
- La punición debe dictarse sólo contra sujetos imputables.

PUNICIÓN

Es la actividad de aplicar la coercitividad Jurídico-Penal; es más que la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

Se dice que la punición se funda en la punibilidad porque el legislador al crearla, establece un mínimo y un máximo dentro del cual el juzgador está obligado a fijar el punto justo a imponer al sentenciado por la comisión del hecho delictuoso.

Insisten los penalistas que el juzgador se debe basar en la culpabilidad consistente en el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley, por lo que, al momento de fijarla, el juez deberá tomar en cuenta toda serie de circunstancias que influyeron en el individuo para la comisión del delito.

Para evitar que el juez actúe arbitrariamente, en las últimas décadas se ha insistido en el estudio de personalidad o estudio clínico-criminológico, que deberá practicarse a todo individuo sujeto a proceso y hacerse llegar al juzgador antes de dictar sentencia.

Respecto a la punición el juez no puede llevarla más allá de la potestad punitiva o excederse de la que humana y legalmente merezca el responsable de un delito, dentro del marco señalado por la punibilidad.

En conclusión, se puede afirmar respecto a la punición:

- La punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad y por tanto el juzgado no debe rechazar el límite que le trae la culpabilidad.
- La punición debe darse en relación al delito cometido.
- La función de la punición es reafirmar la prevención general.
- La punición es fundamento de la pena.

Los elementos constitutivos en los que el juez debe fundar sus razones para dictar la “pena” que le corresponda al sentenciado son:

- Circunstancias exteriores de ejecución: ¿Qué hizo? ¿Cómo lo hizo? ¿Cuándo? Y ¿Dónde lo hizo? (Criminalística y Medicina Forense).
- Peculiaridades del delincuente: ¿Qué es? (Examen médico, psicológico, social y criminológico).
- Naturaleza de la acción (El delito en su análisis dinámico y que corresponde al Derecho Penal).
- Naturaleza de la omisión.
- Naturaleza de los medios empleados en la ejecución: ¿Con qué lo hizo? (Criminalística y estudio de la Psicodinámica).
- Naturaleza de las causas de la omisión: ¿Por qué fue la omisión? (estudio de la Psicodinámica).
- Extensión del daño causado (estudios periciales).
- Extensión del peligro corrido (estudio analítico de la conducta predelictiva).

- Edad, diagnóstico médico-forense de las etapas evolutivas (Medicina Forense).
- Educación (diagnóstico pedagógico que debe realizar el maestro o profesor de la Institución)
- Costumbre (diagnóstico socio-económico).
- Conducta precedente (análisis de la conducta predelictiva).
- Motivos que lo impulsaron a delinquir, ¿Por qué? (dinámica de las motivaciones, criminología).
- Motivos que lo determinaron a delinquir (estudio dinámico del delito).
- Condiciones económicas (diagnóstico socio-económico).
- Condiciones especiales en que se encontraba en el momento de cometer el delito (Estudio integral de la personalidad).
- Antecedentes personales (síntesis de la personalidad familiar, escolar, laboral y económica).
- Condiciones personales (diagnóstico sintético en el momento del delito).
- Vínculos de parentesco con la víctima (análisis de la interrelación).
- Vínculos de amistad con la víctima.
- Vínculos nacidos de otras relaciones sociales.
- Calidad de la persona o personas ofendidas (diagnóstico psicosociales y socioeconómicos).
- Circunstancias de tiempo que demuestran su mayor o menor temibilidad (análisis dinámico del delito y de la personalidad).
- Circunstancias del lugar que demuestran su mayor o menor temibilidad.
- Circunstancias de modo que demuestran su mayor o menor temibilidad.
- Circunstancias del hecho que demuestran su mayor o menor temibilidad.

El propio César Beccaria recomendaba a los jueces:

El juez debe hacer en todo delito un silogismo perfecto:

La premisa mayor de este silogismo debe ser la ley general, la premisa menor será la acción conforme o no a la ley, la consecuencia tendrá que ser la libertad o la pena. Si el juez se ve obligado o pretende hacer, en lugar de uno, dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.

Para fines didácticos, explico con un ejemplo muy sencillo:

- El señor A dispara con el señor B y, a consecuencia de esto, el señor B muere (El hecho).
- La ley dice: Cuando diese muerte a otra persona, será sancionando a X (equis) cantidad de años.
- Luego: El señor A quitó la vida al señor B; por lo tanto, es condenado.

Los elementos del sentenciado que se han desarrollado en esta exposición constituye por sí mismos un dictamen criminológico, que debe utilizarse en la etapa de la punición.

PENA

El cumplimiento de lo determinado en una sentencia penal. Es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización. Esta definición surgida y empleada por los penalistas contemporáneos, cambia totalmente la idea que dio nacimiento al concepto de pena que era castigo o sufrimiento, pues al hablarse de “repersonalización” es indudable que se están guiando conforme a las ideas modernas imperantes sobre la pena de prisión cuando se afirma que la finalidad de las mismas, ya no es castigo, sino readaptación o rehabilitación del delincuente. Juan Manuel Ramírez Delgado, opina: “No es pena la que se padece voluntariamente”, en el sentido de que es utópico hablar de un tratamiento de “repersonalidad” y, por ende, tratar de

quitarle la esencia del castigo a la pena conforme lo plantean las falsas ideas de penalistas modernos.

Por ello él se inclina por el concepto de Cuello Calón, quien afirma: "Pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal".

EL ESTUDIO DE PERSONALIDAD

El estudio de la personalidad es el dictamen criminológico en la etapa de la pena. La idea del estudio de personalidad del delincuente surgió con los positivistas, que planteaban la inquietud de conocer el por qué el hombre llega a delinquir para determinar un tratamiento más que un castigo. Fue en Argentina en 1907, donde Don José Ingenieros creó en la Penitenciaría Nacional de ese país, el Instituto de Criminología con el objeto de practicar el estudio psicoorgánico de los delincuentes. A partir de esa fecha, las propuestas fueron cobrando mayor fuerza hasta 1955 cuando se celebró el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en que se aprobaron las Reglas Mínimas para los Sentenciados, quedando incorporado con carácter obligatorio, la realización del estudio de personalidad a todo individuo sujeto a prisión.

Con este estudio de personalidad se pretende determinar los factores que influyeron en su conducta delictuosa; el grado de peligrosidad que puede presentar; su grado de peligrosidad que pueda presentar; su estado anímico y físico antes y durante el delito, con el objeto de realizar un diagnóstico, un pronóstico y el tratamiento que se deberá aplicar al sentenciado.

Este estudio debe comprender los siguientes elementos:

- Examen Médico

El estado físico del sujeto al momento de cometer el delito es fundamental porque revela datos de mucha importancia en relación a su estado de salud (física y psíquica), situación que de no detectarse a tiempo puede traer males posteriores.

Han sido frecuentes los casos de personas que han fallecido al poco tiempo luego de su internamiento debido a algún problema de salud que les aqueja y, que al momento de ser privados de su libertad, se agrava y las autoridades encargadas de la custodia no fueron capaces de evitarlo.

Se recomienda en este examen revisar; sistema nervioso, órganos, aparato respiratorio, cardiovascular y digestivo, en caso necesario análisis clínicos, padecimiento o enfermedades graves anteriores, etc.

- Examen Psicológico

Los psicólogos consideran la compleja resolución de problemas, como una serie de destrezas (verbal, creadora, social, etc.) que una persona puede o no adquirir.

El fracaso en la adquisición de esas destrezas puede deberse a la ausencia de entrenamiento adecuado, las características de diversas situaciones sociales o las limitaciones relacionadas con un mal funcionamiento neurológico. El problema consiste en determinar qué son esas destrezas, en qué grado las ha adquirido determinado individuo y por qué razón ha fallado al usarlas en situaciones específicas.

Esta es el área más compleja que puede presentar al momento de cometer una conducta delictuosa, la influencia psicológica llega a ser determinante en una excluyente de responsabilidad, verbigracia, el miedo grave o el temor fundado.

Las pruebas psicológicas se utilizarán para tener conocimiento acerca del funcionamiento de los procesos psíquicos del interno y son a saber:

- Test proyectivos gráficos: Test gestáltico viso-perceptual motor de Bender; test del dibujo de dos personas de Karen Machover.
- Test proyectivos verbales: Test de frases incompletas de Sacks; test de apercepción temática (TAT).

- Test de personalidad: Inventario multifacético de la personalidad (MMPI).
- Pruebas de inteligencia: Escala de inteligencia para adultos (WAIS).

En el diagnóstico se mencionarán las diferencias psicopatologías que nos arrojan los resultados del análisis del pasado histórico del entrevistado y la información psicológica reportada por los instrumentos psicométricos. Dependiendo del cuadro psicopatológico que manifieste el entrevistado, será el tratamiento recomendado.

- Examen psiquiátrico

Este examen se practicará cuando ya el psicólogo ha realizado su examen y detecte el problema grave del estado mental del entrevistado. El psicólogo no es médico, y, en consecuencia, nunca deberá prescribir ningún medicamento; por ello, su función se debe concretar a canalizar ante el médico psiquiatra a la persona y que sea éste, mediante una profunda exploración, quien determine el tipo de enfermedad y el tratamiento médico a seguir.

La prisión es un medio que provoca fácilmente una neurosis (de angustia, depresiva, fóbica, etcétera) por lo que estos profesionales, psicólogos y psiquiatras, deberán trabajar coordinadamente por el bien de los allí reclusos.

- Trabajo social

Este examen es el de mayor trascendencia dentro de la institución penitenciaria, ya que no sólo se concreta en ocasiones a la entrevista con el interno, sin que se deben hacer visitas al medio familiar. Es frecuente que esta entrevista sea la primera que se realiza al momento de quedar recluida la persona. Si la trabajadora social es hábil y profesional, puede detectar inmediatamente muchas cosas; si el sujeto miente, si tiene algún padecimiento o lleva huellas de tortura, etc., que debe canalizar inmediatamente ante el médico o dar parte a la autoridad superior.

En este examen es importante analizar al interno desde su etapa infantil, adolescencia, medio familiar, escolar, laboral, etc., que permitirá detectar ciertos factores criminógenos de carácter exógeno y que pueden ser determinantes en la conducta delictuosa.

- Examen pedagógico

Con este estudio se conoce la historia escolar de la infancia del interno, su avance, grado de escolaridad alcanzado, juicio sobre lectura, escritura y alcance de sus conocimientos, aficiones culturales, artísticas y recreativas.

Para cumplir con esto, se recomienda contar con un lugar adecuado como escuela o aula, y que los encargados de esta área sean verdaderos maestros que sientan y amen su profesión.

- Examen laboral

Detecta la capacidad y la actividad a la que se dedicaba en su vida en libertad el interno. Conforme a ello puede ser de gran utilidad colaborando con la institución e incluso le dará mayor beneficio de la remisión parcial de la pena y si no tiene ninguna capacitación allí se le debe impartir en alguno de los talleres de la propia institución.

Es la mejor terapia que se puede dar dentro de una institución penitenciaria; pero la sobrepoblación existente ha rebasado las posibilidades de darle ocupación a todos los internos, además que no es factible proporcionar cualquier actividad ocupacional. Se debe ser cauto con los objetos o productos que requieran material tóxico como inhalantes o incendiarios, materiales de los que se puede improvisar un arma blanca, o bien cordeles o sogas, etc.

El jefe de talleres será quien solicite personal para determinada actividad y el departamento de trabajo social quien los seleccione y canalice ante él. Este deberá llevar el cómputo de días laborados para el momento en que se pida opinión para tener

un control del avance en la progresividad o bien para otorgarle algún beneficio, como la remisión parcial de la pena.

- Dictamen de conducta

Es la opinión emitida por el jefe de vigilancia de la institución. El objeto se concreta en vigilar el comportamiento del interno durante el tiempo que ha permanecido en la institución. Se debe registrar en su expediente toda anotación respecto a la conducta, que tanto para la libertad preparatoria como la remisión parcial de la pena es fundamental el observar buena conducta durante su internación o internamiento.

- Dictamen jurídico

Corresponde al asesor jurídico emitir este dictamen y contendrá: Situación legal

que guarde el interno; cuándo empezó a cumplir la pena y cuál es el cómputo actualizado; si es o no reincidente y qué tipo de antecedentes tiene en su caso; si no tiene algún proceso pendiente en otro juzgado o tribunal que haya sido requerido por autoridad judicial en razón de algún amparo, o por algún recurso pendiente.

Reunidos todos esos estudios o dictámenes, se analizará y se estudiará caso por caso aplicado así un tratamiento individualizado.

Para efectos de una mejor comprensión de las tres acepciones expuestas, incluimos un cuadro sinóptico: Punibilidad, Punición y Pena (Silogismo jurídico).

Punibilidad (premisa mayor)	Punición (premisa menor)	Pena (consecuencia)
Prevención o descripción general y abstracta de la ley penal.	Reafirmación de la prevención general	Real privación o restricción de bienes del autor, cumplimiento de la sentencia.
Amenazada de lo que puede suceder si se delinque.	Fijación concreta de la privatización de bienes del autor del delito, realizada por el Juez.	Ejecución de la punición.
	Comisión de un hecho delictivo	

CONCLUSIONES

- Pena es un hecho particular y concreto.
- Su instancia jurídica es la ejecutiva.
- Es real privación o restricción de bienes del autor del delito.
- Su legitimación emerge de la existencia del delito plenamente probado.
- Su función es la prevención especial.
- Es tan sólo para sujetos imputables.

BIBLIOGRAFÍA

- Reyes Calderón, J.A. (2007). *Tratado de Criminología*. México. Cárdenas Velasco editor y distribuidor.
- _____. (s.f.). *Punibilidad*. Guatemala: S.E.
- _____. (s.f.). *Tipicidad y antijuricidad*. Guatemala: S.E.
- _____. (s.f.). *Imputabilidad e inimputabilidad*. Guatemala: S.E.
- _____. (s.f.). *Derecho Penal. Parte General*. Guatemala: S.E.

APORTACIONES AL MEJORAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO PARA PROMOVER LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y APUNTALAR EL RESPETO AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**Edgar Ramón Aguilera
García**

edgaraguilera50@hotmail.com

Yadira Calixto Contreras

yadirac_contreras@yahoo.com
Universidad Autónoma del
Estado de México
México

RESUMEN

Los objetivos que el trabajo persigue son los siguientes: 1) exponer y defender una visión “veritativo-promotora” (o “conducente a la verdad”) del proceso jurisdiccional en general, y del proceso penal en particular; 2) explicar los vínculos que esta visión mantiene con el modelo teórico “mínimo y garantista” de Luigi Ferrajoli; 3) determinar, en términos generales, si en la experiencia estadounidense y mexicana el proceso penal funciona o no como un mecanismo garantista que respeta la presunción de inocencia y que tiende a averiguar la verdad, y; 4) hacer algunas recomendaciones de política pública para mejorar el desempeño de la investigación penal.

PALABRAS CLAVE: Averiguación de la verdad, Título, Tradición racionalista de la prueba jurídica.

INTRODUCCIÓN: UNA VISIÓN “VERITATIVO-PROMOTORA” O “CONDUENTE A LA VERDAD” DEL PROCESO JURISDICCIONAL

Es un lugar común afirmar que el hombre es un ser que, para sobrevivir, tiende a formar grupos o comunidades de toda clase, es decir, ámbitos o espacios de interacción social más o menos permanente en los que se implementan diversos esquemas de coordinación y de cooperación mutua -con múltiples grados y fórmulas de estratificación y de distribución de labores y roles-, para conseguir la satisfacción de distintas necesidades colectivas.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas, pues cuando en el panorama introducimos la extrema complejidad de la convivencia humana, ello sin remedio conduce a que, a ese carácter inherentemente gregario de nuestra especie al que aludimos, inmediatamente tenga que adicionarse la presencia permanente, tanto del conflicto entre sus miembros, como de la necesidad de que dicho conflicto y sus consecuencias sean gestionados, con el propósito, si no de erradicarlos del todo -ya que ello es virtualmente imposible-, sí de contenerlos o aminorarlos.

Pues bien, desde una perspectiva sumamente abstracta, y en congruencia con las ideas anteriores, podemos concebir a las normas jurídicas como un pronunciamiento prescriptivo (relativamente estable e idealmente resultante del método democrático de toma de decisiones), que comunica a sus destinatarios la forma en que la autoridad legítima y legalmente

constituida desea que el conflicto, en sus diversas modalidades o manifestaciones, sea resuelto o, al menos, procesado, procurando que esto ocurra en el marco más pacífico posible.

El medio por excelencia del que el Derecho echa mano para aplicar sus disposiciones -o sea, esas decisiones tomadas con anterioridad acerca de cómo lidiar con los diversos tipos de conflicto social que pueden surgir en la cotidianidad, como los originados en el incumplimiento de contratos de toda clase o en las conductas comisivas u omisivas que lesionan gravemente (o ponen en peligro de lesión), ciertos bienes jurídicamente tutelados por la ley penal, como la integridad física de las personas, su vida, su patrimonio, etc.-, no es otro que lo que conocemos genéricamente con el nombre de *proceso jurisdiccional*.

Por obvia que parezca la aseveración previa, es conveniente hacerla aquí debido a que no se suele reparar en sus implicaciones. A continuación, nos referiremos a dos de ellas:

La primera es que cosas como la conciliación, la mediación y/o el arbitraje, no deberían entenderse como medios de solución de conflictos *alternativos al proceso* (que es lo que comúnmente se sostiene), sino como medios *alternativos al derecho*. En otras palabras, el proceso existe para aplicar una decisión *preliminar* sobre cómo lidiar con cierta clase de circunstancias generadoras de controversia, misma que se halla expresada en alguna norma jurídica (como la que establece cierta consecuencia, sanción o pena para alguno de los involucrados); y mecanismos como los mencionados, existen para que, si se dan ciertas condiciones, los litigantes tengan la posibilidad de optar por alejarse -siempre dentro de ciertos límites-, de la solución predeterminada que el derecho establece para su caso. Por ello hemos tildado de *preliminar* a la decisión contenida en la norma jurídica relevante.

La segunda implicación de haber afirmado que el proceso jurisdiccional es esencialmente un medio para aplicar las normas jurídicas pertinentes, que es la que consideramos de mayor importancia para nuestros propósitos en este trabajo, tiene que ver con la *tendencia* a averiguar

la verdad, es decir, a descubrir lo que en realidad sucedió, que todo proceso -con independencia de la cultura jurídica de la que emane-, debería exhibir si ha de situarse lo más cerca que se pueda del escenario *ideal* en el que el derecho se aplica *correctamente*.

Y es que la aplicación *correcta* del derecho se obtiene cuando, entre otras cosas, las consecuencias que las normas jurídicas vinculan a ciertos supuestos generales (es decir, a ciertas clases de situaciones, conductas, personas, etc.), son impuestas precisamente *a todos y sólo* a los hechos que, por sus características, pueden considerarse instancias concretas -o casos específicos-, de dichos supuestos. Esto quiere decir que es *a todas y sólo* a las conductas (acciones u omisiones), realmente llevadas a cabo por sus destinatarios, a lo que el derecho y las consecuencias que contempla en sus normas, deben aplicarse, y no a lo que ciertos funcionarios -luego del seguimiento de cierto protocolo y siendo influenciados, entre otros factores, por su idiosincrasia, prejuicios y emociones-, terminan creyendo, no creyendo, aceptando o no aceptando sobre aquellas, por la simple razón de que las proposiciones con respecto a las que se gestan tales estados o actitudes mentales, pueden ser falsas, y, por tanto, no corresponder con la realidad.

En efecto, no parece haber escapatoria a que la aplicación del derecho esté *mediada* por la actividad mental del juzgador (así como por los productos resultantes de dicha actividad en términos de creencias, o de otros estados como el de la aceptación de ciertas proposiciones fácticas). En última instancia, es él quien tiene la responsabilidad de tomar una decisión, y ello pese a no haber estado ahí para presenciar directamente los hechos jurídicamente relevantes de los que quiere cerciorarse. Lo que le queda es echar mano del material probatorio que normalmente toca a las partes suministrar, a los efectos de reconstruir -en su fuero interno, y *permanentemente bajo el riesgo de equivocarse*-, lo que piensa que ocurrió. Por eso caracterizamos a la averiguación de la verdad como una *tendencia* o una *propensión*, y por eso también hablamos de la aplicación del derecho a los hechos que realmente

acontecieron, como un *ideal*; a lo que hay que agregar que su materialización significativa depende de la seriedad con la que se debiera asumir el compromiso constante de hacer que las reglas y prácticas procesales y probatorias que se instauren, concuerden con las exigencias básicas de la racionalidad general (aquella que rige las actividades de los *sistemas genuinos de investigación empírica*, tales como los conformados por las ciencias naturales y/o sociales, también llamadas ciencias duras y/o suaves o blandas).

La visión “veritativo-promotora” del proceso jurisdiccional y la “tradicción racionalista de la prueba”

La visión *veritativo-promotora* (o *conducente a la verdad*) del proceso jurisdiccional que venimos exponiendo, hunde sus raíces en la denominada “tradicción racionalista de la prueba jurídica”. Como es sabido, Jeremy Bentham es considerado uno de los principales precursores de esta tradición en el mundo anglosajón (Ferrer, 2013, p. 21).¹ No obstante,

1 En efecto, Bentham presenta la imagen clásica de la tradición racionalista de la prueba en el derecho, la cual ha sido resumida por Twining como la postura que sostiene que un sistema jurídico no debe contener “ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el *quantum* de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de la prueba; ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico” (Ferrer, 2013, p. 23). Y es que para Bentham (y para la tradición racionalista en general), la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la *averiguación de la verdad*. Lo anterior debido a que el autor asume que el proceso debe garantizar la *correcta aplicación* del derecho sustantivo. Por su parte, garantizar la correcta aplicación del derecho presupone que el proceso se asegure que *todos y sólo* los infractores de las normas jurídicas sean sancionados, lo cual a su vez requiere que lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido, es decir, que los enunciados declarados probados sean *verdaderos* y que los enunciados falsos no sean declarados probados. Partiendo de las premisas previas, según Bentham, la mejor forma de alcanzar el objetivo de averiguar la verdad es mediante una metodología “*natural*” para obtener conocimiento,

dicha aproximación al estudio del fenómeno probatorio en el derecho no es exclusiva del *Common Law*, de tal suerte que, también en el ámbito romano-germánico, encontramos rastros de su influencia, primordialmente en los trabajos de autores como Michele Taruffo (Taruffo, 2011; 2010; 2008), Daniel González Lagier (González, 2013a; 2013b; 2009), Marina Gascón (Gascón, 2004), Jordi Ferrer (Ferrer, 2013; 2011; 2010; 2007; 2005), entre otros.

Pues bien, de manera muy breve, podemos decir que la tradición racionalista de la prueba en el derecho se caracteriza por sostener: 1) que el objetivo institucional de la actividad probatoria que se desarrolla en un proceso judicial -con independencia de los objetivos, metas o intereses que las partes y/o el juez puedan tener en función del papel que desempeñan y/o de otras motivaciones-, es la *averiguación de la verdad*, es decir, la formulación -con base en los resultados de dicha actividad-, de descripciones tendencialmente verdaderas en el sentido de que, con la mayor frecuencia posible, se *correspondan* con los hechos ocurridos (Ferrer, 2007, pp. 19-20); 2) que, dada la falibilidad de nuestro acceso epistémico a hechos acontecidos en el pasado -que persiste incluso cuando se cuenta con todos los medios de prueba relevantes y fiables y cuando se extraen cautelosamente las inferencias más apropiadas a partir de la información que aquellos contienen-, la *averiguación de la verdad* inmediatamente se transforma en -o se complementa con-, el objetivo de reducir al mínimo inevitable, los errores consistentes en declarar probadas proposiciones falsas y en declarar no probadas proposiciones verdaderas (Bayón, 2010, p. 10 y Laudan, 2013, p. 22), y; 3) que las reglas procesales deben incorporar o no impedir que el proceso, y particularmente quien interpreta el rol de juzgador de los hechos, -que puede ser el propio juez, un órgano judicial colegiado o el

propia del sentido común y de la epistemología general y *no a través del derecho probatorio* que, en la época del autor, estaba básicamente conformado por un conjunto de reglas de exclusión de evidencia que limitaban las posibilidades de conocimiento de los hechos (de ahí la configuración de una postura *abolicionista* respecto del derecho procesal probatorio, típica de la tradición racionalista) (Ferrer, 2013, p. 22).

jurado-, se guíe por los principios básicos de la *epistemología general* para la adquisición y la valoración de las pruebas, en virtud de que ello permite maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada sobre los hechos del caso, coincida con lo que realmente aconteció. (Ferrer, 2007, pp. 19-20).

Principales detractores de la tradición racionalista de la prueba: La tesis de la verdad formal o estrictamente jurídica y la concepción fragmentaria de la prueba

La tradición racionalista de la prueba enfrenta no poca resistencia, misma que proviene, tanto de juristas teóricos, como de juristas prácticos, sean estos abogados postulantes o incluso, jueces de todas las instancias. A nivel doctrinal o dogmático, la resistencia referida suele tomar la forma de la llamada “tesis de la verdad formal o estrictamente jurídica” (para distinguirla de la “verdad material o histórica”), y de la denominada “concepción fragmentaria (o escindida) de la prueba en el derecho” (para distinguirla de lo que se entiende por “prueba” en otros contextos no-jurídicos) (Ferrer, 2005, pp. 55-78; 2007, pp. 23-28).

En lo que respecta a la tesis de la verdad formal, se trata de una postura que, a los efectos de intentar legitimar al proceso jurisdiccional hacia el exterior, establece un vínculo meramente retórico y superficial entre lo que ocurre al interior de dicho proceso y la verdad. Sin embargo, la noción de verdad que este nexo invoca es de un tipo muy *limitado* si se le compara, por ejemplo, con la verdad que solemos suponer que buscan -y que frecuentemente obtienen-, los científicos (sobre todo, los que cultivan las llamadas “ciencias duras”). Nos explicamos:

Se piensa que, en contraste con los casos paradigmáticos de actividad científica en los que sí corresponde decir que los participantes van tras la “*verdad material*”, esto no es posible en el marco de un proceso judicial, pues en este ámbito se opera bajo férreas restricciones que dificultan en extremo su obtención. Una de las más evidentes consiste en la necesidad de que, en un tiempo relativamente corto, con

recursos escasos y tomándose generalmente en cuenta sólo la información que aportan las partes, ineludiblemente se tome una decisión práctica que impactará la esfera de derechos y obligaciones jurídicas de aquellas. Además, el diseño de los procedimientos o protocolos de actuación que en el ámbito jurídico rigen la actividad probatoria en términos de la adquisición y valoración de la evidencia respectiva, no puede dejar de ser sensible a consideraciones extra-epistémicas (como el respeto a los derechos del imputado en materia penal), que son, al menos, igual de fundamentales (o incluso más, según algunos) que la determinación verdadera de los hechos. Siendo esto así -y aquí la tesis de la verdad formal une fuerzas con la concepción fragmentaria (o escindida) de la prueba-, debemos renunciar a la noción de prueba propia de contextos ajenos al derecho, en los que se le concibe preponderantemente (e incluso, exclusivamente), como un medio para la averiguación de la verdad, y optar entonces por una que sea capaz de incorporar (y dar cuenta de) las peculiaridades mencionadas. Así mismo, se debe renunciar a la correspondencia con la realidad (externa e independiente del proceso), como el criterio de corrección o de justificación de las decisiones de los jueces. En su lugar, es más conveniente emplear el parámetro que consiste en el estricto seguimiento del procedimiento previamente establecido.

Entre las ventajas más importantes de asumir esta visión se cuenta el que nos permite escapar del dilema de tener que escoger entre rechazar toda relación entre la prueba (o la actividad probatoria) y la verdad, o aceptar que entre ambas -prueba y verdad-, existe una conexión *conceptual* (o excesivamente fuerte), de acuerdo con la cual, que los enunciados respectivos sean verdaderos, se vuelve una *condición necesaria* de su correcta declaración como enunciados probados.² Sin embargo, según Ferrer (2005, pp. 55-78), se trata de una salida falsa al dilema planteado, ya que, si bien elude el problema de que la eventual

2 En otras palabras, la tesis de la verdad formal se ubicaría en el centro de dos posiciones extremas, la que establece una relación *demasiado fuerte* y la que entabla una *demasiado débil* (o incluso, inexistente) entre prueba y verdad.

falsedad de los enunciados *correctamente* declarados probados (“correctamente” en el sentido de haberse seguido puntualmente el procedimiento instaurado) invalide su calidad (o estatus) de “enunciados probados”, el énfasis en que el juez se apegue rigurosamente al procedimiento como el único o más importante criterio de corrección de las sentencias, aunado a la actitud indiferente hacia la posible configuración contraepistémica de dicho procedimiento, conducen a la tesis de la verdad formal y a la concepción fragmentaria de la prueba, a perder contacto con el mundo empírico-social, es decir, con los hechos realmente ocurridos (por más que quieran llamar “verdad” a los resultados del proceso).³

Más problemas con la tesis de la verdad formal y una propuesta de solución al enredo (especialmente apropiada para la materia penal)

Otro problema grave con el que se enfrenta la tesis de la verdad formal o jurídica es que, al diferenciar entre una supuesta verdad “formal” y otra “material”, en realidad confunde a la prueba de un hecho, con la verdad del enunciado que lo describe. ¿Por qué es importante no confundir estas cuestiones?

De forma breve, pero contundente, porque verdad, sólo hay una, y ella se obtiene sólo cuando un enunciado descriptivo de ciertos hechos corresponde con la realidad. Por su parte, que un suceso, un hecho o ciertas circunstancias hayan quedado probados, no significa *necesariamente* que hayan ocurrido, y viceversa, de que ciertos hechos, sucesos o circunstancias no hayan sido probados, no se sigue siempre que no hayan acontecido.

Si esto es así, por más que queramos persistir en llamar verdad (adicionándole el calificativo de nuestra preferencia, como “formal” o

“estrictamente jurídica”), a lo que, con base en la valoración de las pruebas respectivas, haya quedado oficialmente asentado en una sentencia judicial, y por más que, desde un punto de vista meramente pragmático, lo único que le importe a los abogados y a sus clientes sea lo que se puede o no probar en el contexto de un juicio, así como las consecuencias que se siguen de ello, si el veredicto del juzgador no coincide con la realidad, éste simplemente *no es verídico* y, por tanto, es erróneo, aunque se haya cumplido escrupulosamente con las reglas del proceso (es decir, pese a que se trate de un veredicto jurídicamente válido).

Y es que, si decimos de un veredicto así, que es verdadero formal o jurídicamente hablando, aunque no lo sea desde la perspectiva material o histórica, lo que estamos sosteniendo es que ese veredicto es verdadero y simultáneamente falso, lo cual es contradictorio, o que es verdadero, pero no tanto o sólo a medias, lo cual, también es un contrasentido.

Pues bien, para preservar la intuición correcta de que las conclusiones fácticas a las que se llega en un proceso pueden diferir de lo que de hecho pasó, pero evitando las complicaciones y confusiones a las que conduce el hablar de verdades de diversas clases o grados, seguiremos aquí la sugerencia de Laudan aplicable a la materia penal, consistente en distinguir, más bien, entre la culpabilidad y la inocencia materiales de una persona, y su culpabilidad e inocencia formales o probatorias (Laudan, 2013, pp. 37, 147-151).

En este sentido, y a manera de ejemplo, que Juan sea culpable o inocente materialmente hablando, tiene todo que ver con que dicho sujeto, en efecto, haya privado dolosamente de la vida o no, a Pedro. Si lo hizo, es materialmente culpable (en este caso, de homicidio doloso simple); de lo contrario, es materialmente inocente (con respecto a ese hecho). Nótese que, si se sigue o no un proceso en contra de Juan -lo cual depende, entre otros factores, de qué tan arraigada se encuentre la cultura de la denuncia en una sociedad determinada o de qué tan grande sea la denominada *cifra negra* en un momento dado-, e incluso si es hallado culpable al final

3 Podemos decir entonces que la tesis de la verdad formal *sólo aparenta* establecer una conexión sólida –aunque no tan fuerte como la de la conexión conceptual–, entre prueba y verdad, ya que en realidad se trata de una forma más sutil o sofisticada de optar por el primer cuerno del dilema en cuestión; es decir, de rechazar toda liga entre ambas.

del mismo, es irrelevante para la cuestión de su culpabilidad o inocencia materiales.

Por su parte, que Juan sea formalmente culpable o inocente, tiene que ver no necesariamente con si cometió o no ciertas conductas, sino, y aquí sí necesariamente, con que se le haya imputado el delito respectivo, con que se hayan logrado recabar o no, las pruebas pertinentes en el marco de un proceso, y con que se haya considerado o no, que aquellas confirman la hipótesis de su culpabilidad al nivel establecido por el estándar de prueba vigente (el cual, suele ser muy exigente, al menos en teoría). Si las pruebas recolectadas satisfacen dicho umbral de suficiencia, Juan será formal (o probatoriamente) culpable; de lo contrario, será formal (o probatoriamente) inocente.

Ahora bien, en efecto, la culpabilidad y/o la inocencia material de Juan o de cualquier persona, puede coincidir con su culpabilidad y/o inocencia formal declarada -a través de la sentencia respectiva-, al término de un proceso. Esta situación constituye el ideal al que debemos aspirar. Pero también puede haber falta de coincidencia. En estos casos, puede ser que Juan sea materialmente inocente y que, no obstante, sea hallado formalmente culpable por medio de una sentencia condenatoria falsa, misma que declara probados los hechos descritos por proposiciones que resultan falsas, y, por tanto, responsabiliza a Juan de haber incurrido en esos hechos, preparándolo así para experimentar las consecuencias punitivas que correspondan, que, en justicia, no debería sufrir. Así mismo, puede suceder que Juan sea materialmente culpable y que, sin embargo, sea hallado formalmente inocente a través de una sentencia absolutoria falsa, misma que declara no probados los hechos descritos por proposiciones que son verdaderas y, por tanto, libra a Juan de tener que sufrir el castigo que, también en justicia, debería experimentar.

En estos casos de veredictos erróneos -en los que, pese a su inocencia material, el sujeto es formalmente declarado culpable y en los que, pese a su culpabilidad material, el sujeto es formalmente declarado inocente (o “no-culpable”, como ocurre en el mundo anglo-

sajón)-, no incurrimos en contradicciones, y ello en virtud de que las categorías “culpable” e “inocente”, admiten clases (como las referidas, es decir, material y formal), cosa que no sucede con el concepto de “verdad”, cuando es bien entendido. Y es precisamente a la reducción al mínimo inevitable de estos veredictos erróneos, a lo que el diseño del proceso penal y su constante reforma, deberían estar encaminados, para lo cual, como dijimos antes, se debe asumir el compromiso permanente de hacer que las normas y prácticas procesales y probatorias que instauremos sean compatibles con las exigencias básicas de la racionalidad empírica general, también conocida como epistemología.

Culpabilidad material y declaración de inocencia formal (o probatoria): De cómo el objetivo de proteger a las personas materialmente inocentes incide en el diseño de un proceso penal tendente a que sus errores sean mayoritariamente absoluciones falsas

Aún si el diseño y/o la reforma del proceso penal estuviera orientada a incrementar su potencial de averiguar la verdad, es decir, de reducir al mínimo la emisión de condenas falsas y de absoluciones falsas, no se puede evitar del todo el que el sistema produzca ocasionalmente estos veredictos, mismos que resultan erróneos desde una perspectiva epistemológica.

Con base en lo anterior, y al menos en el papel o en el discurso oficial, la mayoría de los procesos penales occidentales suelen estar diseñados de forma tal que, cuando se equivoquen (posibilidad que, como hemos insinuado, permanece latente pese a nuestros mejores esfuerzos), sea más probable que lo hagan emitiendo una de las clases de veredicto erróneo a la que nos referimos antes: Se trata del veredicto erróneo que consiste en declarar como formalmente inocente al acusado, pese a su (muy probable) culpabilidad material, a lo cual se le conoce como una absolución falsa (Laudan, 2013, p. 59).

Esto no significa que no se producirán condenas falsas -que es la otra clase de

veredicto erróneo a la que aludimos-, sino que, a la larga, tomando en cuenta un conjunto más o menos extenso de resoluciones, su número será inferior al de absoluciones falsas. Deseamos que ello sea así, en virtud de que, a las últimas, las consideramos como una suerte de “mal menor” o menos dañino que el ocasionado por las condenas falsas.

Ahora bien, para lograr que, en un periodo determinado, se obtengan distribuciones del error en las que las absoluciones falsas superen en abundancia a las condenas falsas, se echa mano, entre otras cosas, de la imposición a la fiscalía de la carga de la prueba, del establecimiento de un estándar severo de suficiencia probatoria (como el de “más allá de toda duda razonable”, la “convicción íntima del juzgador” o equivalentes), de la doctrina de la presunción de inocencia, etc. El efecto global de estas medidas consiste en introducir en la estructura del proceso, un amplio *beneficio de la duda* a favor del acusado, con miras a proteger a la persona materialmente inocente de la emisión de una condena falsa en su contra (Laudan, 2013, pp. 59-61).

Para profundizar un poco, lo que en concreto hace la presunción de inocencia es establecer a la proposición de que el acusado es materialmente inocente, como la *hipótesis nula*, es decir, como la proposición a la que el juzgador debe aferrarse, como la tesis que debe aceptar (aunque no crea en ella), o de la cual no debe desprenderse, salvo en presencia de una teoría del caso ofrecida por la fiscalía, sustentada en pruebas *contundentes* de la culpabilidad del sujeto en cuestión.⁴

A la pregunta de qué tan contundentes deben ser esas pruebas, normalmente responde la regla procesal que fija el criterio de suficiencia probatoria a ser empleado, al que se conoce comúnmente como *estándar de prueba*. Como se ha mencionado, dicho estándar suele expresarse mediante frases como *más allá de*

toda duda razonable, la convicción íntima del juzgador o equivalentes.⁵

Desde una perspectiva académica, a dichas frases se les interpreta como si impusieran como requisito para condenar a alguien, el que a la hipótesis de su culpabilidad le sea atribuible, con base en la valoración conjunta de las pruebas que obran en el expediente y que se desahogaron en juicio, una probabilidad de estar en lo correcto (o de ser verdadera), de alrededor del 90% (o de 0.9).

Como puede observarse, dichos estándares se alejan mucho del que normalmente usamos en contextos ajenos al derecho y que, aún dentro del propio derecho, rige otras áreas (tales como la mayoría de las controversias del orden civil). Ese estándar del que aquellos se alejan, razón por la cual se vuelven más difíciles de satisfacer, no es otro que el que se conoce como el estándar de *la preponderancia de la evidencia* o de *la probabilidad prevaleciente* el cual es frecuentemente interpretado como la exigencia de que la hipótesis bajo examen supere el 50% de probabilidades de ser verdadera, para poder ser considerada probada.

El estándar de la preponderancia de la evidencia se suele implementar cuando consideramos que no hay una diferencia significativa en cuanto a los costos atribuibles a los errores en que la decisión respectiva podría incurrir. Pues bien, dado que en las sociedades occidentales normalmente se sostiene que las condenas y las absoluciones falsas no son igualmente lesivas, dañinas o costosas, sino que se considera que las primeras lo son más que las segundas, por ello es que en el ámbito del proceso penal están vigentes estándares probatorios más demandantes que el de la preponderancia de la evidencia. Ello, como hemos dicho, con la finalidad de que, si y cuando se cometan errores, estos sean preferentemente absoluciones falsas, pues pese a que no se

4 Para profundizar en la discusión de la naturaleza y características de la presunción de inocencia, recomendamos consultar las siguientes fuentes: (Laudan, 2013, pp. 137-163), (Ferrer, 2010) y (Nieva, 2016).

5 Para profundizar en la discusión del concepto de estándar de prueba, sugerimos consultar principalmente, las siguientes fuentes: (Laudan, 2013, pp. 59-136), (Aguilera, 2008) y (Vázquez, 2013).

niega el daño que ocasionan a una comunidad, al menos ese daño es inferior al que se produce mediante la emisión de condenas falsas (Laudan, 2013, pp. 105-107).

De lo dicho, se siguen, al menos, dos cosas: La primera es que, para no quedar incompleta, la doctrina de la presunción de inocencia necesariamente debe ir acompañada de cierto estándar de prueba específico, pues ello tiene la función de explicitar el grado de contundencia probatoria con el que debe ir acompañada la teoría del caso de la fiscalía. Dicho grado de contundencia probatoria constituye información crucial en vista de que, sólo cuando es satisfecho, puede considerarse válidamente derrotada a la presunción de inocencia. Y la segunda es que, si ese estándar no es satisfecho, es decir, si las pruebas no alcanzan el nivel de contundencia establecido, el asunto ameritará la emisión de una absolución, pues la presunción de inocencia no ha sido debidamente derrotada. Lo anterior, sin importar que la probabilidad que se haya atribuido a la hipótesis de culpabilidad, con base en la valoración de las pruebas respectivas, haya podido ser, por poner un ejemplo, del 70%, del 75%, del 80%, del 85% o del 89.999%.

Ahora bien, todos aceptaríamos que las probabilidades mencionadas al final del párrafo anterior (que van del 70% al 89.999%), son altas, o incluso, muy altas; y, sin embargo, al menos oficialmente, estamos dispuestos a absorber el costo de permitir que los sujetos cuyos casos exhiben esos grados de culpabilidad, se libren de las penas que correspondería aplicarles. ¿Por qué estamos dispuestos a tolerar esta cuota de impunidad estructural?

La respuesta es porque si disminuyéramos (por ejemplo, a un 70% de probabilidades de ser verdadera), el nivel de contundencia probatoria implícito en estándares como “más allá de toda duda razonable”, que la teoría del caso ofrecida por la fiscalía debe satisfacer, estaríamos, en efecto, en posibilidades de condenar válidamente en los casos que venimos tratando. El problema es que, a la vez -y debido a que en este escenario sería más fácil para el fiscal obtener una

condena, precisamente porque el estándar de prueba es menos severo-, estaríamos creando un mayor riesgo para las personas materialmente inocentes, de ser condenadas; es decir, estaríamos aumentando el riesgo de ser injustamente castigadas para aquellas personas que, pese a que no cometieron el delito que se les imputa y por una combinación de circunstancias de diversa índole, formalmente *parecen* ser culpables. Y ello tal vez porque simplemente se encontraban en el lugar equivocado a la hora equivocada, y/o porque fueron erróneamente identificadas como los perpetradores del hecho por algún testigo que las confunde o que deliberadamente miente, y/o porque quizá son objeto de una estrategia de incriminación calumniosa echada a andar por el verdadero delincuente, un tercero, o, desafortunadamente, por las propias autoridades investigadoras, quienes pueden haber alterado la escena del crimen “sembrando” pruebas en su contra, y/o, incluso, haber obtenido una confesión por medios coactivos, etcétera.

Pues bien, crear un mayor riesgo para los materialmente inocentes de ser condenados es algo que, como se ha insistido, consideramos mucho más grave, y, por tanto, mucho más merecedor de intentar evitarse, pese a que ello traiga consigo efectos colaterales. ¿Cuáles? Justamente los representados por las absoluciones probablemente falsas -en tanto que se pueden emitir en casos en que los acusados tienen grados de culpabilidad tan altos como los referidos antes (que pudieran oscilar entre el 70% y el 89.999%), pero jurídicamente válidas, que, por estar vigentes estándares como “más allá de toda duda razonable” o equivalentes, es plausible que se produzcan con frecuencia.

Quizá ahora quede más clara la importancia de haber destacado previamente que la prueba de un hecho no necesariamente implica que ese hecho haya ocurrido, y, sobre todo, que de no haber sido probado cierto hecho -para lo cual, la cuestión de qué tan severo o demandante sea el estándar de suficiencia probatoria vigente, es fundamental-, no se sigue siempre que dicho hecho no se haya verificado en la realidad. En este orden de ideas, si el estándar en cuestión es sumamente severo (como el

actual, que exige 90% de probabilidades de ser verdadera a la hipótesis de culpabilidad), la conclusión más apropiada que se puede extraer de que el proceso respectivo haya culminado con una absolución, no es la inocencia material del acusado, sino sólo -aunque claro, crucial para efectos prácticos-, que el Estado falló a la hora de presentar un caso contundente (al nivel deseado) en contra del individuo en cuestión, razón por la cual se le exonera (y no porque se haya demostrado que no cometió el delito de que se trate).

Esto no quiere decir que el exonerado no pueda ser, en efecto, además de inocente formalmente hablando, también genuinamente inocente de los cargos (que es otra forma de decir que no todas las absoluciones que emiten los procesos de corte “garantista” estarán equivocadas), sino simplemente que a esa conclusión no se puede llegar sin más elementos que el que se haya determinado que no se reunieron las pruebas suficientes para considerar acreditada la culpabilidad del sujeto, en el marco de un proceso que, en principio, está diseñado para inclinar la balanza a favor de los intereses de los acusados, lo cual se manifiesta -no exclusivamente, pero sí de un modo muy relevante-, en requerir una absolución de parte del juzgador, apenas se haya percatado de la más tenue sombra o residuo de duda razonable (o de deficiencias), en las pruebas y en la teoría del caso del fiscal.

A estas alturas, cabe mencionar que el amplio beneficio de la duda a favor del acusado que con miras a disminuir el riesgo de que se condene a los genuinamente inocentes, se incorpora en la estructura y dinámica de la mayoría de los procesos penales occidentales, como efecto de la operación de dispositivos normativos como el de la imposición a la fiscalía de la carga de la prueba, el de la presunción de inocencia, el de un estándar de prueba, en principio, muy severo, etc., es plenamente congruente con los modelos teóricos que son considerados por muchos, como los más avanzados y civilizados de nuestro tiempo.

Uno de esos modelos, y quizá el más importante o de mayor influencia en la tradición continental (o romano-germánica), es el de Luigi Ferrajoli, quien, desde su concepción

mínima y garantista, sostiene que el derecho penal (entendido como un todo integral que incluye al proceso respectivo), debe, si ha de ser legítimo, perseguir la finalidad, tanto de prevenir y/o reducir la violencia delictiva, como la de prevenir y/o reducir la imposición, por parte del Estado, de penas arbitrarias y desproporcionadas. En otras palabras, en la visión de Ferrajoli, el derecho penal debe actuar como *la ley del más débil*, en virtud de que su propósito debe consistir en proteger a los ciudadanos de ser víctimas del delito, pero igualmente, a los acusados, procesados y sentenciados, de ser víctimas de abusos por parte de las autoridades (Ferrajoli, 2009, pp. 331-336).

Con respecto al segundo de los fines del derecho penal (el de prevenir o reducir las penas arbitrarias y desproporcionadas, también formulado como el fin de la tutela del derecho de los procesados y condenados a la *inmunidad* respecto de actos arbitrarios de parte del poder público al instaurarse un proceso penal en su contra), Ferrajoli observa que ha sido generalmente olvidado, o, al menos, que no ha ocupado un lugar central en la reflexión. Sin embargo, Ferrajoli sostiene que ese objetivo es el *más significativo* y el que *merece ser enfatizado*, debido a las siguientes razones (Ferrajoli, 2009, p. 334):

- a. Porque es dudosa la idoneidad del derecho penal para materializar el objetivo de prevenir el delito (ello en virtud de que, por lo complejo del fenómeno de la criminalidad -que incluye componentes sociales, psicológicos, culturales, etc.-, su neutralización o desincentivación no queda garantizada por la presencia de reglas que prohíban la realización de ciertas conductas, acompañadas de la amenaza de la imposición de una pena en caso de transgresión, ni por la constatación de que dichas penas se aplican en la mayoría de los casos, y ni siquiera por haber vivido en carne propia la experiencia de purgar una condena de prisión, que es lo que ocurre con los ofensores “reincidentes”);
- b. Porque en contraste con la situación anterior, es más segura la idoneidad del derecho penal para proteger al sospechoso,

acusado y/o condenado de abusos por parte de la autoridad, los cuales se manifiestan típicamente en forma de penas arbitrarias y/o desproporcionadas;

- c. Porque sólo el fin de prevenir o reducir las penas arbitrarias y desproporcionadas -es decir, el fin de la tutela del inocente, aunado al de la minimización o moderación de la reacción punitiva del Estado contra el delito-, constituye una condición *necesaria* y *suficiente* para fundamentar el derecho penal mínimo y garantista que se propone, mismo que constituye un signo indubitable de las sociedades evolucionadas, y que, por tanto, se distancia de otros sistemas de control social inferiores o carentes de la legitimidad apropiada -como el policial, el disciplinario o el terrorista-, los cuales, pese a que seguramente son capaces de satisfacer de un modo más expedito y probablemente más eficiente, los fines de la defensa social y de la preservación del orden, relegan a un segundo plano al acusado y/o al condenado, al omitir instaurar diques en contra de los abusos que la autoridad puede cometer en contra de ellos (cosa que, como la historia lo ha mostrado, parece ser una inclinación natural de quienes detentan el poder).

Esta visión de que el objetivo de prevenir, reducir o minimizar las penas arbitrarias y desproporcionadas debe enfatizarse, está íntimamente relacionada -y se refuerza- con el análisis que Ferrajoli efectúa con respecto al problema de la justificación de los *costos* que representa la implementación de un sistema de derecho penal. A este análisis aludiremos a continuación (Ferrajoli, 2009, pp. 209-211):

Para nuestro autor, los costos referidos se dividen en dos categorías, la de los *costos de la justicia* y la de los *costos de la injusticia*. La primera de ellas comprende las restricciones a la libertad de acción de los individuos que resulta de la instauración de prohibiciones de conducta respaldadas por amenazas de sanción en caso de transgresión; comprende también el sometimiento coactivo a juicio de todo sospechoso de desvío penal, y por último, la represión o punición de todos aquellos juzgados culpables. Por su parte, la segunda

comprende, tanto a la llamada *cifra de la ineficiencia* (la proporción de delincuentes ignorados por el sistema y, por tanto, impunes, a la que *grosso modo*, Ferrajoli identifica con la *cifra negra*⁶), como a la llamada *cifra de la injusticia*. Esta última, a su vez, comprende la de los inocentes “reconocidos como tales” por sentencias absolutorias, después de haber sufrido el proceso y quizá de haber estado preventivamente encarcelados; la de los inocentes sentenciados que posteriormente son absueltos por procesos de revisión (como la apelación); y la de los inocentes, víctimas de *errores judiciales* no reparados (es decir, receptores de *condenas falsas* en su contra).

Ahora bien, para Ferrajoli, los costos de la justicia y los de la cifra de la ineficiencia (o cifra negra), están justificados por cuanto la ausencia de cualquier clase de derecho y garantía penal provocaría costos mayores. Pero en la visión del autor, las cosas no son tan sencillas para el caso de la cifra de la injusticia, ya que invocar que las cosas serían peores si no se contara con el derecho penal y sus mecanismos, no alcanza para justificar su existencia, y menos, cuando dicha cifra es especialmente alta. En ese caso, es decir, si la cifra en cuestión es muy alta, el escenario resultante no es muy distinto al de dejar que la propia víctima y su comunidad lidien con las conductas antisociales de la forma que consideren más apropiada (con todas las arbitrariedades y abusos a los que esto puede conducir). De hecho, el panorama es incluso más desolador, puesto que ahora, toda la fuerza del Estado se estaría utilizando para implementar una maquinaria mucho más eficiente de fabricación de culpables, que la que los individuos, por su propia cuenta, de manera dispersa o poco organizada y sin el respaldo de las instituciones jurídicas relevantes, podrían instaurar. Siendo esto así, para Ferrajoli, la existencia de la cifra de la injusticia sólo se justifica si continuamente se mantiene en valores bajos, situación a la que contribuye, de forma crucial, la estricta observancia por parte del Estado, de las que el autor llama “garantías penales y procesales”, las cuales constituyen límites o vínculos impuestos al poder público para asegurar el ejercicio de

6 Es decir, con la cifra de delitos probablemente cometidos, pero no denunciados, la cual normalmente se obtiene de encuestas de victimización.

derechos fundamentales, particularmente, el de los que operan en el contexto de un proceso penal a favor del acusado.

En suma, la denominada “cifra de la injusticia” representa el costo más alto que, como sociedad, hemos de pagar por contar con los dispositivos que el derecho penal instaura. Para mantenerla constantemente en valores bajos -lo cual es necesario si su existencia ha de quedar justificada-, el Estado debe implementar y observar rigurosamente, un conjunto de garantías (sobre todo, procesales) a favor del acusado, lo cual, a su vez es necesario para materializar el segundo y más importante de los fines u objetivos que debe perseguir el derecho penal, es decir, el de minimizar las penas arbitrarias que mediante el proceso pueden imponerse a las personas.

Procesos penales “garantistas”, ¿sólo en el papel?

En las secciones anteriores hemos expuesto y defendido una visión “veritativo-promotora” del proceso jurisdiccional en general, y del proceso penal en particular, según la cual, averiguar lo que realmente sucedió, debería ser su objetivo prioritario, más obviamente, no el exclusivo. Y ello, para que existan mayores probabilidades de que las normas jurídicas relevantes y sus consecuencias respectivas, se apliquen correctamente.

Establecimos también que dicha visión hunde sus raíces en la denominada “tradición racionalista de la prueba jurídica” y que, en lo relativo a la materia penal, es, en gran medida, congruente con el modelo “mínimo y garantista” de Ferrajoli, en virtud de que considera justificado contar con procesos que, cuando se equivoquen (cosa que no se puede evitar pese a nuestros mejores esfuerzos), sea más probable que el veredicto erróneo resultante corresponda a una absolución falsa.

Como dijimos, la justificación de ello radica en la apreciación correcta de que las condenas falsas son más costosas o graves que las absoluciones falsas, lo que, trasladado al terreno de las políticas públicas orientadas al diseño (y/o reforma) del proceso penal, significa que debemos intentar mantener a las

primeras (a las condenas falsas), en números mínimos -con lo cual se muestra nuestro compromiso social de ofrecer al acusado materialmente inocente, la protección que se merece-, aunque ello acarree el incremento de las segundas (o sea, de las absoluciones falsas); claro, siempre que dicho aumento no sea excesivo, ya que, pese a que las absoluciones falsas son, en efecto, menos costosas que las condenas falsas, esto no significa que no representen daño alguno para la sociedad (piénsese tan sólo en la revictimización de la que pueden ser objeto los ciudadanos cuando su agresor no recibe el castigo que se merece, o, desde una perspectiva más amplia, en cómo se allana el camino para la reincidencia delictiva, a causa de la impunidad).

Pues bien, nuestro objetivo en esta sección es contrastar el discurso oficial que nos habla de un proceso penal supuestamente plagado de diques contra el abuso del poder punitivo del Estado, con lo que realmente sucede en la práctica. Para ello, prestaremos atención al panorama que, en sus investigaciones, Dan Simon nos brinda con respecto al proceso penal de los Estados Unidos (Simon, 2012).

Antes de proseguir, cabe preguntarnos por qué podría ser relevante que abordemos algunas de las peculiaridades de la impartición de justicia penal en aquel país. La respuesta es, por una parte, porque consideramos que los procesos penales que a lo largo del tiempo se han desarrollado en el seno de la tradición jurídica del *common law*, al haber evitado, o, al menos, atenuado, la influencia perniciosa de los procesos inquisitorios de la Europa continental, son los que históricamente se han visto en mejores condiciones de ajustarse a los ideales garantistas expresados en modelos teóricos como el de Ferrajoli. En este sentido, sostenemos que vale la pena echar un vistazo, aunque sea somero, al funcionamiento del más representativo de los procesos de dicha tradición -el de Estados Unidos-, con miras a determinar qué tan garantista es realmente.

Otra razón tiene que ver con que es justamente el modelo estadounidense el que, con mayor ahínco -aunque con diferentes matices y pese a que no sea tan políticamente correcto para algunos el que lo reconozcamos

abiertamente-, hemos pretendido imitar en la oleada de reformas penales que, aproximadamente desde la segunda mitad del siglo pasado, ha venido experimentando la región latinoamericana. De hecho, el papel de los Estados Unidos no se ha limitado a observar dicho proceso de reforma, sino que ha consistido también en diversas formas de adoctrinamiento, en el ofrecimiento de capacitación, e incluso, juntamente con otras entidades de carácter supranacional (o transnacional) -como el Banco Interamericano de Desarrollo-, en apoyo financiero.

Pasando entonces a la discusión de las investigaciones de Dan Simon, una de las contribuciones más sobresalientes que desde nuestro punto de vista ha hecho al campo, consiste en partir de la premisa de que nuestra comprensión del proceso penal puede (y debe) enriquecerse, además de mediante el estudio de las normas jurídico-procesales vigentes y de determinar si son compatibles o no con las exigencias de la racionalidad empírica general (punto que el programa del autor comparte con la tradición racionalista de la prueba), fundamentalmente con un enfoque que ponga el acento en las fortalezas y debilidades psicológicas de las personas de carne y hueso (policías, investigadores, testigos, peritos, fiscales, jueces, las víctimas, los acusados, etc.), que desempeñan algún papel en el drama procesal-penal, y que, al hacerlo, ponen en marcha el engranaje de la justicia, al tiempo que determinan la eficiencia con la que éste cumple con sus objetivos (Simon, 2012, pp. 2-3, 206).

De acuerdo con Simon, dicho enfoque nos debe conducir a lo que en el terreno filosófico se conoce como la "naturalización" de nuestras reflexiones, lo cual, no es otra cosa que considerar seriamente el "estado del arte" de las investigaciones empíricas relevantes provenientes de disciplinas como las ciencias cognitivas, y particularmente, de la psicología experimental (Simon, 2012, pp. 2-4).

La idea básica entonces es emplear los resultados de los estudios más fiables, recientes y/o paradigmáticos, a los efectos de identificar las condiciones bajo las cuales ciertos procesos mentales cruciales para

un proceso penal -como los que tienen que ver con la percepción de eventos de diversa índole, con su registro en la memoria de los individuos, con la forma en que los recordamos y damos cuenta de ellos verbalmente, con los factores que solemos considerar para asignar valores probatorios a alguna fuente de información, etc.-, tienden a llevarse a cabo de manera exitosa, o bien, a fracasar.

El uso de este enfoque ha llevado a Simon a centrarse en la fase de la investigación criminal y a concebirla como la verdadera piedra angular de un proceso penal, o sea, como el conjunto de actividades de las que fundamentalmente depende su subsecuente accionar adecuado; adecuado en el sentido de descubrir si existió o no algún delito, de establecer -si fue el caso que existió-, quién hizo qué a quién, y de decidir los asuntos con base en esas determinaciones (Simon, 2012, pp. 5-7, 206).

Una de las principales observaciones que el autor en comento hace al respecto, es que las operaciones mentales que están en la base de la propuesta por parte de los investigadores de diversas hipótesis o líneas de investigación (algunas inculpatorias y otras exculpatorias), así como de la determinación de cuál es la mejor confirmada y cuáles las que resultan refutadas o descartadas, son muy complejas, y, sobre todo, propensas al error, debido a la incidencia, tanto de factores "cognitivos" (Simon, 2012, pp. 21-24), como de factores "motivacionales" (Simon, 2012, pp. 25-33).

De entre los factores cognitivos, cabe mencionar; primero que nada, el hecho de que el llamado "razonamiento abductivo" -el responsable justamente de la tarea de conjeturar las hipótesis explicativas de los indicios iniciales-, es un proceso mental que, por su propia naturaleza, es problemático, pues parece ser circular (Simon, 2012, pp. 21-22). Ello debido a que, conjeturadas una o varias hipótesis, lo que sigue es hallar elementos que las confirmen o descarten. Sin embargo, para identificar y recabar lo que puede constituir evidencia relevante, se necesita primeramente de un marco de referencia para interpretar algo como indicio, rastro o vestigio de otra cosa; en suma, se

requiere de contar con alguna hipótesis de partida. En otras palabras, al sujeto en cuestión -en este caso, al investigador-, inicialmente se le presentan ciertos hechos o circunstancias cuya causa desconoce. La conjetura de hipótesis entra aquí en escena, precisamente como un intento falible de disipar esa ignorancia o falta de conocimiento, mediante la articulación de una explicación preliminar de por qué están ahí los elementos o datos observados. El problema es que, si el sujeto quisiera en este punto dar razones para la plausibilidad de su hipótesis, una de las más importantes normalmente tendría que ser la propia presencia del conjunto de elementos o datos originalmente observados; de ahí la circularidad a la que nos referimos.

Sin embargo, en adición a esta circularidad, el factor cognitivo que mayormente contribuye a inducir al error en las investigaciones criminales es el constituido por el hecho de que el razonamiento abductivo referido, es sumamente vulnerable a los sesgos en el procesamiento de la información, conocidos técnicamente como la “visión de túnel” y el “vicio de confirmación” (Simon, 2012, pp. 22-25).

De manera muy breve, podemos decir que, por la influencia de la visión de túnel, las personas suelen tratar a la primera hipótesis que viene a su mente, como la única posible, y, por tanto, como la que, sin lugar a dudas, es correcta; mientras que, bajo los efectos del vicio de confirmación, las personas tienden a asegurarse de que, durante el proceso de “investigación” por venir (y aquí entrecorramos la palabra, porque en realidad no se trata de una investigación genuina), se expondrán preponderantemente a la información que tenga mayores probabilidades de confirmar la conclusión a la que -con anterioridad, y sin ser totalmente conscientes de ello-, han decidido aferrarse, demeritando o incluso desechando los elementos que pudieran amenazar con refutarla, y/o sobrevalorando los medios de prueba que corroboren dicha conclusión.

Ahorabien, los sesgos saludidos frecuentemente están presentes en un sinnúmero de nuestras tareas cotidianas, sin que nos percatemos

de ello. No obstante, en el contexto de la investigación criminal, la influencia que aquellos ejercen, especialmente en perjuicio de los acusados, se ve exacerbada por la presencia de ciertos factores en el entorno o cultura institucional a los que, como dijimos, Simon llama factores “motivacionales” (Simon, 2012, pp. 25-33).

De entre los más importantes, podemos citar los siguientes: 1), la práctica común en las fiscalías consistente en considerar como el indicador más claro y contundente de su buen desempeño, el número de casos que se logran consignar ante los tribunales respectivos, durante un periodo determinado; sólo si un asunto es consignado o negociado por medio de la figura del *plea bargain* (lo cual, pese a los beneficios de los que se puede disfrutar, como la reducción de la condena respectiva, su empleo implica que el sujeto admite su culpabilidad), se considera desahogada la responsabilidad del investigador (Simon, 2012, pp. 25-27); 2), la ideología imperante y en la que generalmente son adoctrinados los investigadores, misma que los hace verse a sí mismos como la primera y más importante línea de defensa contra la delincuencia, en nombre de la sociedad (Simon, 2012, pp. 28-29); 3) el involucramiento o identificación emocional con las víctimas del delito que es natural esperar que ocurra en los investigadores, lo cual los lleva a experimentar, entre otros, sentimientos de ira, odio, venganza o repulsión en contra de los acusados, incluso desde que sólo son considerados como sospechosos, sobre todo en el caso de delitos especialmente atroces o perversos (Simon, 2012, pp. 27-28); 4) el fenómeno ampliamente documentado de la “membresía o pertenencia al grupo” que también es de esperarse que tenga lugar en las fiscalías, y que consiste en la natural unión, cohesión, respaldo, lealtad y solidaridad que normalmente existe entre quienes las integran (Simon, 2012, pp. 28-29), y; 5) la tendencia a hacer las cosas de manera automatizada o rutinaria, lo cual conduce a los miembros de las fiscalías a no manifestar una disposición a explorar cursos de acción diferentes (Simon, 2012, pp. 29-31).

Fuertemente influenciados por la presencia conjunta de estos factores cognitivos y motivacionales, los investigadores interactúan con los respectivos testigos, sospechosos y eventualmente acusados, de un modo también parcial, lo cual se traduce en que ese proceder de por sí ya bastante tendencioso en perjuicio de los últimos, se acentúe a la manera de un efecto en cascada. Y es que, con base en la disposición a querer meramente confirmar la hipótesis de la culpabilidad de alguna persona, los investigadores suelen practicar las diligencias correspondientes de forma sesgada.

En este sentido, las llamadas líneas de identificación suelen estar conformadas por sujetos muy diferentes entre sí, y el funcionario a cargo de la investigación frecuentemente está presente, lo cual atenta contra las mejores prácticas internacionales. Así mismo, y también en el terreno de la identificación del probable responsable, al testigo en cuestión se le somete a tener que ver simultáneamente múltiples fotografías a fin de que indique si reconoce o no a quien dice haber visto cometer un acto delictivo. Esto también va en contra de las mejores prácticas (Simon, 2012, pp. 50-89).

Aunado a lo anterior, a las personas en condiciones de ofrecer alguna información con respecto a la forma en que se desarrollaron los hechos respectivos, se les suele entrevistar de un modo que induce a que tengan “recuerdos falsos”, sobre todo cuando experimentan dudas o cuando el recuerdo original es vago, lo cual es aprovechado por los investigadores como el momento oportuno para filtrar de manera sutil y a veces no tan sutilmente, detalles acerca del delito que no debieran hacer del conocimiento del entrevistado, y que terminan por hacer que sus declaraciones coincidan con las expectativas oficiales (Simon, 2012, pp. 90-119).

Por otro lado, cuando de la interrogación del sospechoso o acusado se trata, las técnicas empleadas suelen partir del supuesto de que, si el sujeto sostiene su inocencia, entonces generalmente está mintiendo, lo cual provoca que el interrogatorio persiga principalmente

el objetivo de extraer una confesión a como dé lugar, si bien no mediante procedimientos físicamente coercitivos (como la tortura), sí a través de estrategias que se encuentran en la frontera entre lo que constituiría coacción psicológica y lo que no (Simon, 2012, pp. 120-143).

Por todas estas razones, Simon concluye que la investigación criminal en los Estados Unidos está, en su mayoría, plagada de fallas sistémicas o estructurales que la conducen a producir, en términos generales, evidencia “contaminada” o poco fiable, sobre todo en lo que hace a la diversa gama de declaraciones provenientes de testigos, sospechosos y/o acusados (Simon, 2012, pp. 5-7).

A esta aseveración, que debiera causar escándalo, se le suma la observación del autor de que la fase del juicio propiamente dicho, no está diseñada apropiadamente para poder corregir los errores que vienen arrastrándose desde la etapa de la investigación (Simon, 2012, pp. 7-8, 144-205). Y ello entre otras cosas, debido a que las personas comunes y corrientes -como son las que supuestamente integran los jurados en aquel país-, no suelen estar bien equipadas para centrar su atención en los factores o aspectos verdaderamente relevantes para determinar el grado de fiabilidad que corresponde atribuir a los medios de prueba desahogados durante la audiencia de juicio oral. Al contrario, lo que frecuentemente captura su atención es la cobertura mediática que muchos casos reciben previo a la celebración del juicio correspondiente, lo cual va en detrimento de la imparcialidad al deliberar; detrimento que se refuerza con los prejuicios raciales o de otro tipo que se pueden tener en contra del acusado. Aunado a lo anterior, los miembros de los jurados tampoco suelen contar con las aclaraciones conducentes si es que tuvieran dudas acerca de los términos técnicos que el juez emplea cuando los instruye con respecto a sus funciones, justo antes de mandarlos a deliberar; dudas tan fundamentales como las pueden tener que ver con el significado concreto de frases como “más allá de toda duda razonable”, o de doctrinas como la de la “presunción de inocencia”.

Pues bien, si algo muy aproximado a la descripción previa es lo que realmente ocurre con el proceso penal de nuestro vecino del norte, defensor e impulsor a nivel internacional de la democracia, del Estado de derecho y del respeto a los derechos humanos y al debido proceso, ¿cuál es la situación que podemos esperar que impere en México en donde las procuradurías -tanto la federal, como las locales-, cargan con el histórico lastre representado por la falta de capacitación adecuada en materia de investigación de los delitos, en donde a lo anterior hay que agregar la corrupción, el uso político de las instituciones, el uso generalizado de la tortura para extraer confesiones, la distorsión a la que conduce el involucramiento del ejército y de la marina en funciones que no les corresponden y para las que no se encuentran adiestrados, así como la implementación de una reforma nacional que, por importar elementos del modelo estadounidense, se espera de ella que acabe con las deficiencias señaladas, como por arte de magia?

La respuesta es que, pese a que en la superficie se sostiene que contamos con un proceso que ofrece la mayor protección posible a los materialmente inocentes, que se tiene el más alto respeto por la presunción de inocencia, y que somos “garantistas”, la realidad es que hemos perdido el rumbo, pues en la práctica, el ciudadano mexicano corre un alto riesgo de ser considerado sospechoso de algo, de lo que sea; sobre todo ahí donde se implementan operativos y retenes miliares so pretexto de luchar contra la delincuencia organizada. No por nada en nuestro país se ha acrecentado el problema de las desapariciones forzadas (como en el caso Ayotzinapa), y de las ejecuciones extrajudiciales (como en el caso Tlatlaya).

Suponiendo que alguien se libra de lo anterior, las cosas no son mucho mejores, pues lo más probable es que se instaure un proceso que, pese a ajustarse formalmente a los principios de la reforma, es decir, pese a que pueda ser “acusatorio”, “adversarial” y “oral”, no deja de desempeñarse preponderantemente como una maquinaria para la fabricación de culpables (cimentada en prácticas de tortura); sobre todo si el acusado es una persona de escasos recursos y/o si pertenece

a alguna minoría o grupo vulnerable. No es gratuito que en el argot jurídico de nuestro medio persistan frases como la que reza que “un auto de formal prisión es como un vaso de agua, no se le niega a nadie” (lo mismo que una sentencia condenatoria). Actualmente, la diferencia es sólo terminológica, pues para estar a tono con la reforma de 2008, lo único que ha cambiado es que, en lugar de que en este dicho perverso se use la expresión “auto de formal prisión”, ahora se emplea el término “auto de vinculación a proceso”.

Si no actuamos urgentemente, el panorama pinta muy poco alentador, lo cual, más allá de ser una mera curiosidad, digna, a lo mucho, de una charla informal acompañada de un cafecito, debiera estimularnos para lograr que la problemática de la reforma penal ocupe un lugar prioritario en la agenda de la discusión pública.

Recomendaciones y sugerencias

Algunas de las más importantes recomendaciones y sugerencias que Simon propone para mejorar la situación aludida en la sección anterior, particularmente referidas a la fase de la investigación, son las siguientes:

- En lo relativo a las líneas de identificación, la inclusión de sospechosos en aquellas no debe basarse en corazonadas o en indicios endebles (como el que la persona haya sido vista a unas cuadras del lugar de los hechos), sino en una sospecha mayormente fundada de su probable involucramiento en el delito; previo a su exposición a la línea respectiva, el testigo no debe entrar en contacto con ninguna información relativa a las características del probable responsable; la diligencia debe llevarse a cabo lo más pronto que se pueda para que la curva natural del olvido no afecte demasiado al testigo (quien ya de por sí enfrenta la enorme dificultad de tener que recordar las características fisiológicas de alguien que probablemente nunca había visto antes); las líneas no deben incluir a más de un sospechoso, quien debe ocupar el lugar de su elección entre cinco o más participantes cuya inocencia esté fuera de duda; los participantes deben

parecerse lo más posible a la descripción del sospechoso que previamente debió proporcionar el testigo; antes de la diligencia, se debe advertir al testigo de que el perpetrador puede o no estar incluido en la línea y que es válido que responda que no identifica a nadie como la persona a quien dice haber visto cometiendo algún delito, o que simplemente no lo puede afirmar categóricamente; el encargado de practicar la diligencia no debe saber quién de los participantes es a quien, con base en las investigaciones, se considera sospechoso, y el testigo debe ser informado de esta situación (ello a efecto de que no esté esperanzado en que el encargado le podrá proporcionar alguna pista gestual o de otro tipo); el encargado de la línea debe abstenerse de cualquier conducta sospechosa que pudiera interpretarse como si estuviera delatando al sospechoso; luego de anunciar que reconoce o no a alguien, el testigo debe expresar qué tan seguro está de ello, sin que reciba ningún tipo de retroalimentación positiva o negativa de parte del encargado de gestionar la línea; debe mantenerse registro del tiempo que le tomó al testigo para hacer su anuncio de reconocimiento o de no reconocimiento; el procedimiento debe ser grabado por completo, idealmente en video;

- En lo relativo a las entrevistas, éstas deben ser realizadas también lo más cercano posible al momento en que ocurrió el evento investigado; cuando son varios, los testigos deben ser entrevistados por separado, instruyéndoseles de que no deben hablar entre sí, y, de preferencia, manteniéndolos en lugares, áreas o cuartos diferentes; los entrevistadores deben promover que los testigos distingan entre lo que percibieron de primera mano y lo que conocieron por otras fuentes; para generar la mayor empatía posible con los testigos (a lo que también se conoce como *rapport*), los entrevistadores deben ser sensibles al estado y personalidad de aquellos y ajustar el ritmo de sus preguntas, así como el tono en que las formulan, de conformidad con lo anterior; los entrevistadores deben desistirse de todo intento de proporcionar información de la

investigación al testigo; los entrevistadores no deben realizar preguntas insidiosas, ni de ningún modo sugerir las respuestas; cuando los testigos manifiesten no tener muy clara alguna parte del relato que se encuentran ofreciendo, los entrevistadores deben abstenerse de solicitarles que se esfuercen más, y mucho menos deben sugerirles que imaginen o que especulen; los entrevistadores no deben de mostrar ningún entusiasmo, ni desánimo o desilusión por las respuestas que esté dando el testigo; las entrevistas sucesivas al mismo testigo sólo deben realizarse si ello es estrictamente necesario, y en ellas, no debe volverse a preguntar acerca de cosas o hechos sobre los cuales ya se emitió una respuesta previa, a menos que se esté usando una técnica diferente (como la denominada “entrevista cognitiva”); todas las entrevistas deben grabarse por completo en video;

- En lo relativo al interrogatorio de los sospechosos, los interrogadores deben abstenerse de esperar ver algo en el comportamiento de aquellos que pueda delatar que están incurriendo en engaño (ello debido a que la validez de estas técnicas no está debidamente demostrada, pese a su popularidad); para intentar detectar engaño o mentira de parte del sospechoso, los interrogadores deben basarse, más bien, en la información que aquel les está dando, ello con miras a identificar contradicciones, incoherencias u otro tipo de defectos lógicos en la narrativa correspondiente; los interrogadores deben abstenerse de emplear métodos o técnicas coercitivas, sobre todo, de aquellas orientadas a destruir la voluntad del sospechoso; los interrogatorios deben ser grabados en video, en su totalidad.

De las medidas enlistadas, la que más resistencia puede y suele encontrar es la de videgrabar de principio a fin, todas las diligencias que involucren la interacción de los investigadores con los testigos y con los sospechosos (y/o acusados). Ello debido a que justo es esta la estrategia que más claramente pondría en evidencia lo que sucede tras bambalinas.

Sin negar el valor de la sugerencia de videograbar las diligencias y de las restantes, la cuestión es que todavía persiste el problema mayúsculo de cómo lidiar de forma más directa y contundente con la influencia extremadamente nociva que, tanto la visión de túnel, como el vicio de confirmación, ejercen sobre los encargados de llevar a cabo las investigaciones respectivas. Y es que, pese a que se llegaran a implementar las recomendaciones aludidas, si no son atacados frontalmente, los vicios mencionados -como si se tratara de un virus resiliente-, hallarán la manera de volverse a manifestar adquiriendo tintes inesperados.

Pues bien, en lo que respecta a la visión de túnel, una estrategia plausible para la disminución de sus efectos podría ser la incorporación a los equipos de investigación, de personas especializadas en la *elaboración de perfiles criminales*, o bien, la capacitación sería en esta materia, de los integrantes de dichos equipos. Y es que dada la formación científica y, en teoría, más imparcial en lo que a la valoración de pruebas se refiere que normalmente reciben estos individuos, es probable que exhiban una menor tendencia a sucumbir al embrujo de las primeras conjeturas o hipótesis en que se puede pensar, y que, dados los conocimientos peculiares y muy relevantes que poseen, los perfiladores sean mayormente creativos a la hora de intentar resolver casos de alto impacto en los que, de entrada, resulta muy complicado reducir a una extensión manejable, la lista de sospechosos.

De esos conocimientos que el perfilador posee, cobran suma importancia los que tienen que ver con las correlaciones que se establecen entre ciertos aspectos particulares de las distintas escenas del crimen con las que a diario se enfrentan los investigadores, y determinadas características psicológicas y conductuales propias de diversas clases o categorías de delincuentes, previamente elaboradas con base en metodologías empíricas robustas. Con base en la información previa, el perfilador está en condiciones de predecir con cierto grado de certeza, el tipo de criminal que probablemente está detrás de lo que comúnmente suelen ser varios delitos

vinculados de algún modo, así como los pasos que tal vez esté próximo a dar.

Cabe mencionar que, pese a la popularidad de la que goza esta disciplina forense -popularidad a la que han contribuido los medios de comunicación y la industria del entretenimiento-, no debe considerársele como la panacea o como una técnica infalible, sino que hemos de apreciarla en su justa dimensión, considerando seriamente las críticas de las que las escuelas clínica y estadística han sido objeto.⁷ Lo ideal sería combinar las fortalezas de las escuelas mencionadas, registrar la tasa de éxito de la metodología resultante de dicha amalgama, así como someterla constantemente a actualizaciones y depuraciones.

¿Pero qué ocurre con el vicio de confirmación, el cual, dicho sea de paso, también los propios perfiladores pueden experimentar?

Siguiendo la línea de “naturalizar” la reflexión a la que nos invita Dan Simon, nuestra propuesta consiste primero, en considerar los últimos avances de las ciencias cognitivas que apuntan en la dirección de que la cognición humana y sus procesos no constituyen un fenómeno confinado exclusivamente a la cabeza de los agentes epistémicos individualmente considerados, sino que tienden a expandirse o extenderse hacia el entorno circundante y a distribuirse entre los elementos materiales y sociales que lo conforman, en términos de una densa y constante interacción de los sujetos, tanto con representaciones simbólicas contenidas en soportes físicos y/o tecnológicos, como con sus semejantes.⁸

Habiendo comprendido las implicaciones de esta condición de la naturaleza humana, el segundo paso sería explotarla en nuestro provecho. ¿Cómo? Por una parte, diseñando, adaptando y propiciando el uso de aplicaciones

7 Para una buena discusión de los pros y contras de la elaboración de perfiles criminales, recomendamos (Young, 2006).

8 A esto se le conoce como la “Tesis de la Mente Extendida”. Para una excelente introducción a este tema, sugerimos (Clark, 2011).

informáticas que permitan al usuario elaborar una representación visual de la estructura argumentativa de su razonamiento, con lo cual se le estaría proveyendo de una herramienta poderosa de análisis lógico que, en principio, puede incrementar sus niveles de desempeño en tareas tan esenciales para la investigación del delito, como la de conjeturar diversas hipótesis o líneas de investigación y la de darles seguimiento para determinar cuáles se hayan mejor confirmadas y cuáles se pueden refutar o descartar.⁹

Otra medida sería la implementación del requisito de que, por cada caso que estén intentando resolver, los investigadores tengan un diálogo público, abierto y continuo en el que, si contaran con las herramientas esbozadas en el párrafo previo, podrían tener un punto de partida homogéneo (la representación visual de la estructura del caso en cuestión), al que todos pueden dirigir su atención y que puede ser modificado colectivamente en función de cómo va evolucionando el asunto respectivo.

Profundizando un poco, la idea es que se considere a esta práctica de discusión grupal, como algo que tiene lugar al interior de un agente epistémico colectivo, es decir, dentro de una suerte de “sujeto plural” que distribuye entre sus distintos integrantes, las etapas del razonamiento abductivo y de la elección de la mejor explicación de la presencia de los indicios con los que se cuenta. A algunos de ellos les correspondería proponer la batería más completa de hipótesis o de líneas de investigación que resulta sensato considerar, así como identificar los datos o demás indicios que se esperaría poder recolectar si cada una de las hipótesis fuese verdadera; mientras que, a otros, les tocaría desempeñar el papel de “abogados del diablo” consistente en detectar los puntos flacos en las hipótesis propuestas y en sugerir otras nuevas o modificadas que mejor se ajusten a la evidencia disponible.

Para concluir esta sección y el trabajo en su conjunto, no nos resta más que reconocer que algunas de las recomendaciones previas actualmente se encuentran, más bien, poco

desarrolladas. Y es que, en efecto, mucho queda por hacer, discutir, pulir sugerir, pero antes de poder entrar de lleno en estas cuestiones, deberíamos pugnar porque la problemática vinculada al proceso penal deseable, a ese que nos merecemos y del que hemos venido hablando (es decir, uno que promueva el descubrimiento de la verdad y que respete la presunción de inocencia de los ciudadanos), adquiera por fin, un carácter prioritario en la agenda pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera, E. (2008). El concepto de estándar de prueba, *Revista del posgrado en Derecho de la UNAM*, México, vol. 4, núm. 6, pp. 91-114.
- Bayón, C. (2010). Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no Benthamiano, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. Colombia: Universidad de Cartagena, vol. 2, núm. 4, pp. 6-30.
- Clark, A. (2011). *Supersizing the mind. embodiment, Action, and cognitive extension*, Inglaterra: Oxford University Press.
- Farrajoli, L. (2009). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (9ª edición). España: Trotta.
- Ferrer, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana, en Vázquez, C. (coord.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, España: Marcial Pons, pp. 21-40.
- _____. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales, *Isonomía, Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, núm. 34, pp. 87-107.
- _____. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia, *Revista de la maestría en Derecho Procesal*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 4, núm. 1, pp. 1-26.

⁹ Para un ejemplo paradigmático de este tipo de aplicaciones informáticas, consúltese (Prakken, 2007).

- _____ (2007). *La valoración racional de la prueba*. España: Marcial Pons.
- _____ (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª edición). España: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, derecho* (2ª edición). España: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2013a). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara.
- _____ (2013b). *Las paradojas de la acción derecho* (2ª edición). España: Marcial Pons.
- _____ (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. España: Marcial Pons.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. España: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 1, pp. 1-23.
- Prakken, H., *Et. al.*, (2007). Sense-Making Software for Crime Investigations. How to Combine Stories and Arguments, *Law, probability, and risk*, vol. 6, núm. 1-4, pp. 145-168.
- Simon, D. (2012). *In doubt. The Psychology of the criminal justice system*. Estados Unidos de América: Harvard University Press.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (4ª edición). España: Trotta.
- _____ (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hecho*. España: Marcial Pons.
- _____ (2008). *La prueba*. España: Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. España: Marcial Pons, pp. 21-40.
- Young, T. (2006). *Profiling pros and cons: An evaluation of contemporary criminal profiling methodologies*, Recuperado https://repository.library.northeastern.edu/downloads/neu:376921?datastream_id=content

DE LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA A LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA ...A TRAVÉS DE LA MITOLOGÍA PENAL... ENSAYO OBSERVACIONAL, EXPERIMENTAL, SITUACIONAL Y PROSPECTIVO

Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de
Porres
griosp@usmp.pe
Perú

RESUMEN

El ensayista presenta su visión personal sobre el pasado, presente y porvenir de la criminología y el derecho penal, valiéndose de las metáforas de la leyenda, el mito y la quimera, como sistema de creencias populares sobre fenómenos reales que tienen por finalidad ocultar el verdadero propósito con el que se construyen y mantienen, explicando y justificando el statu quo a través de la historia de los pueblos.

PALABRAS CLAVES: Crimen, Derecho Penal, Estructuras económicas y sociales, Leyenda, Teoría económico política de la desviación.

PALABRAS PREVIAS

En la cultura griega de la antigüedad el mito era un relato usual referido a hechos portentosos, realizado por seres asombrosos, tales como dioses, semidioses, titanes, ídolos, colosos, monstruos o personajes fantásticos. Hoy es considerado, en gran parte del mundo, un cuento.

Los mitos constituyen, en una cultura o comunidad, un régimen de dogmas que son considerados historias auténticas y que en conjunto se le denomina mitología, la cual guarda una relación directamente proporcional con las creencias comunales: A mayor número de mitos y mayor complejidad de una mitología, mayor es el desarrollo de las creencias de una comunidad que sustenta su cosmovisión.

Como vocablo y concepto, el mito comenzó a perder crédito y desvalorizarse hasta adquirir un significado despectivo, llegando a utilizarse de forma laxa como sinónimo de patraña, de creencia extendida pero falsa, en el momento que las disquisiciones filosóficas y elucidaciones científicas aparecieron y fueron de conocimiento de la comunidad.

Es conocida la posición del antropólogo estructuralista Lévi-Strauss (1955 pp. 229-252), según el cual, todo mito está constituido por antípodas irreconciliables, tales como, creación contra destrucción, vida frente a muerte, o bien contra mal; y proporciona la reconciliación de esos extremos a fin de exorcizar nuestra conciencia.

Asimismo, Parker (1973 p.118) refiere que el antropólogo funcionalista Bronislaw Malinowski sostenía que cada uno de los componentes e instituciones sociales se relacionan entre sí, dentro de un sistema en el que cada uno tiene una función.

Como ejemplo, destacó las características de creencias, costumbres, instituciones, religiones y rituales, entre otros.

De lo anterior es posible deducir que no hay aspecto sustancial de la vida que sea ajeno al mito, pues este responde a las interrogantes elementales de la existencia humana, esto es, razón para existir y razón de lo que lo rodea, entre otras. Lo malo es que no es una explicación racional.

A nivel popular, el mito cumple una función explicativa porque explica, justifica o desarrolla la causa de algún aspecto de la vida social o individual; una función de significado por cuanto concede un consuelo que alivia a los individuos; y una función pragmática desde que es la base de ciertas estructuras y acciones estatales. Es posible que estas tres funciones combinadas se reproduzcan contemporáneamente en el ámbito socio político, como veremos ocurre con el derecho penal.

Si bien el mito, el cuento, la leyenda y la quimera tienen acepciones parecidas, existen entre estos conceptos algunas diferencias. El cuento, por ejemplo, es una ficción etiológica llana, mientras que el mito se plantea como una historia verosímil aunque de trama complicada. Por otra parte, la leyenda, a diferencia del mito, acontece en un tiempo real, histórico, en lugares ciertos y con protagonistas reales. A su vez, la quimera se plantea a la imaginación como algo posible siendo irrealizable.

Existe la costumbre de leer el mito textualmente, por ser un objeto de creencia social, con lo cual el significado no puede ser otro que uno imaginario y simbólico; sin embargo, debe ser materia de interpretación para identificar en la realidad para qué se utiliza en la vida cotidiana, como refuerzo de conductas, argumento de autoridad, entre otros aspectos; analizar y delimitar en la realidad los elementos contrarios o complementarios que aparecen en él y la manera en que aparecen relacionados; y razonar su simbolismo notorio, colmado de una repercusión que remite a contenidos arquetípicos de la psique humana.

En el presente ensayo, pretendo examinar el carácter mítico del derecho penal, los inicios de leyenda de la criminología y la naturaleza quimérica de la criminología radical, a partir de la realidad peruana, que guarda similitud con la realidad criminológica y penal latinoamericana.

LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA TRADICIONAL Y LA MITOLOGÍA PENAL

Es conocida la teoría de Cesare Lombroso en 1876 acerca del delincuente nato, según la cual, el delincuente nace y exhibe marcados rasgos físicos, tales como, ojos pequeños, cejas tupidas, nariz torcida, frente pequeña, labios gruesos, párpados hinchados, mandíbulas robustas, encorvados, entre otros rasgos, en función del tipo de delito.

Semejante pensamiento tuvo, sin embargo, acogida y debido a ello tuvo efectos anestésicos en el padre de familia y el ama de casa, pues se sentían tranquilizados porque ningún miembro de su familia ni el vecino tenían esos rasgos y, por ende, no podían ser capaces de hacerles daño. Igual sensación beneficiaba entonces al ministro, el empresario, el industrial, el militar, el médico, el juez, el abogado, entre otros.

Así, el clasicismo criminológico representado por la criminología positivista, obtuvo sus réditos en la emotividad de la población y el control social formal, por cuanto el Estado necesitaba de una racionalización parajurídica útil para justificar una mayor represión selectiva y dirigida ex profeso. Entonces, comenzó a construirse a través del tiempo una leyenda criminológica que hasta hoy nos acompaña, aunque ya no en la teoría criminológica, sino que continúa en la realidad penal como un mito, según el cual, el delincuente sigue teniendo mayormente las características de horrible, pobre, grotesco, perteneciente a las más ínfimas clases sociales, con problemas de salud mental, carente de educación y con fallas hereditarias o aberraciones genéticas.

Como en el mito, esta leyenda cumplía una función explicativa, justificativa, significativa

y pragmática, porque pretendía determinar la causa natural del delito; conceder un alivio a los individuos que escapaban a los rasgos físicos descritos; y ser la base de la estructura y el sistema penal. Obviamente, a diferencia del mito, esta leyenda acontecía (y acontece) en un tiempo real, histórico, en lugares ciertos y con protagonistas reales.

Y es que siempre se ha requerido mitos para explicar y representar lo perverso o lo oscuramente riesgoso; para enfocar, por contraste, la franja venerable de lo bueno y lo positivamente seguro. Así, la leyenda criminológica tradicional continuó alimentando este mito del Derecho Penal.

Por otro lado, como correlato del anterior, un segundo mito se erguía...consistente en que los criminales están en las cárceles como los orates en el manicomio, lo cual supone dos aspectos de un solo dispositivo institucionalizado de control, caracterizado por la represión, la proscripción y el confinamiento, para pretender teóricamente una receta científica del problema, curándolos, reinsertándolos, rehabilitándolos, pero fundamentalmente ocultando la represión y violencia estatal, lo que vino en denominarse la corriente político criminológica de defensa social, que hasta hoy persiste en nuestra realidad latinoamericana, aunque claro, resulta obvio que únicamente para las clases sociales más vulnerables y menos socorridas económicamente.

Nuestra realidad carcelaria es precisamente abominable por este segundo mito penal antes descrito, producto de la tendencia de nuestros jueces penales de preferir la privación de la libertad como regla general y la comparecencia como excepción, exactamente al revés de lo que debe ser, para no afectar la dignidad del ser humano. La elevada tasa de internos en la condición de prisión preventiva¹, acredita que las consideraciones jurisdiccionales sobre el peligro de fuga y

1 De acuerdo con el Informe Penitenciario a diciembre de 2013, la población intramuros con mandato de prisión preventiva es de 36,670 personas, mientras que la población de internos sentenciados es de 30, 927 personas. Fuente: Unidades de Registro Penitenciario. Elaboración: INPE/Unidad de Estadística. Recuperado de: <http://www.inpe.gob.pe/pdf/Diciembre2013.pdf>

de obstaculización de la averiguación de la verdad, basadas en la amplia discrecionalidad que le confieren los artículos 268 y 269 del Código Procesal Penal a los magistrados penales, para justificar un mandato de prisión preventiva, no siguen la mayoría de las veces un criterio razonable jurídicamente.

Por otra parte, el sistema penal en general y la ley penal en particular, son direccionados no necesariamente por el parecer de la mayoría o por un consenso social, que ciertamente en ocasiones se da, producto de la manipulación que ejercen los *mass media* de la opinión pública, sino por quien tiene en la sociedad el poder de aplicar su criterio, con lo cual constituyen un verdadero arsenal de dicho grupo o clase social contra quienes circunstancialmente enarbolan un interés diferente al de ellos.

Entonces, para el sistema y la ley penales, el infractor es presentado como un elemento patógeno mórbido que debe ser sanado, restablecido, con lo que van formando un consenso dirigido a legitimar su poder, situación que es una forma de sutil violencia subliminal, con lo cual estamos frente a un tercer mito penal.

A decir de Gramsci (Rodríguez & Seco, 2007), esa violencia tenue de la clase dominante que construye un artificial consenso se convierte en hegemonía, dando como resultado la promoción de la ideología de dicha clase.

Por eso, Rodríguez y Seco (2007) sostienen con acierto que Gramsci es un referente básico para pensar en la construcción de posibilidades democráticas en el siglo XXI, en términos de una comprensión abierta del concepto que trasciende al concepto formal y recusa su exhibición abstracta o metafísica de proyecto político terminado, cuando vemos que está en plena construcción.

Es esta visión mítica del sistema y la ley penales la que nos invade y obstina en defender una institución penal ineficaz, perversa, alucinante y falsa, sin posibilidades de abrirnos a nuevas posibilidades capaces de introducir la idea de respeto a las singularidades que conforman el colectivo.

Cotidianamente nos nutrimos de la visión mítica de entrega democrática a la visión de la ideología dominante de una estructura de gobierno que no gobierna, pues el sistema penal no detiene el índice de violencia y de criminalidad, de ahí que el mito político de la representación popular sirva de sustento al mito penal.

Una vez más, como dice Gramsci, citado por Rodríguez y Seco (2007), democracia es también reflexionar desde las prácticas cotidianas, en nuestro caso, desde la lacerante praxis penal.

El pensamiento de Gramsci, según Fernández (2003, p. 14), es entonces útil para el análisis y diagnóstico crítico de nuestra democracia de cara a la formulación de propuestas, por tanto, está vigente y permite redescubrir que el grupo o la clase dominante incorpora a la clase media ((intelectuales, científicos) con habilidad para que no se desvíe el proyecto original, convirtiéndolos en los administradores de la ideología de la clase hegemónica. Esto hace orgánica la articulación entre la superestructura (ideología) y la estructura económica.

De acuerdo con Castro (1979, pp. 77-78), por el sentido de su funcionamiento, el sistema y aparato jurídico penales es de la clase política y del grupo dominante, pues constituye su modo coercitivo de imponer los valores cuando el consenso que trata de crearse con la sociedad civil no tiene eficacia. La doctrina y dogmática penal cumple el rol de compromiso. El papel mediador de las instancias culturales (escuela, iglesia, prensa, ciencia, sociedad civil) queda ratificado por un análisis de valores y creencias de las clases subalternas. Es, pues, un consenso manipulado el que existe sobre el sistema penal.

En ese sentido, los poderes de definición de conductas penales, rotulación y asignación de sospechas y culpas y ejecución de sanciones penales, pertenecen a la clase dominante, sin posibilidad de que exista igualdad en el sistema penal, porque se ha reconstruido socialmente de manera deliberada la realidad.

Precisamente, esta situación da lugar a un último mito penal, que se nos presenta como que todos tienen las mismas posibilidades de ser señalados como delincuentes, ser apresados y sancionados, lo cual es obviamente falso. La realidad nos muestra, no solo a través de procesos sociales que se dan en los hechos, sino a través de la legislación y el sistema penales, por un lado, que aquel que tiene dinero, contactos con intereses comunes y poderosos o poder, no es denunciado, procesado o acusado; y por otro lado, que aquel que viola intereses que no afectan prevalentemente el sistema, tiene salidas jurídicas para impedir, retrasar o paralizar un proceso penal.

Según este mito, nuestra sociedad está dividida, conforme con la ley y los estereotipos, en infractores y ciudadanos buenos, en una concepción maniquea y falsa de la conducta humana. Es que la productividad, el consumo y el enriquecimiento individual, están siempre garantizados por códigos, tribunales y fuerza pública al servicio de la clase poderosa.

Hemos querido mostrar panorámicamente algunos mitos penales de larga data, surgidos coetáneamente con la criminología tradicional que subsisten hasta hoy y que, conforme a su naturaleza fabulesca, pretenden justificar el sistema penal; acreditar su hipotética eficacia; y desarrollar una función simbólica de tranquilidad a los ciudadanos frente a la criminalidad.

LA NUEVA CRIMINOLOGÍA

En 1949, Edwin Sutherland, sociólogo norteamericano, dio el primer cachiporrazo a la mitología penal ante la Asociación de Sociología Americana, al sostener su teoría del Delito de Cuello Blanco, no previsto en los códigos, cometido por infractores respetables y de alto estatus en el ejercicio de su actividad empresarial, lo que originó que comenzaran a estudiarse los delitos no codificados de la clase hegemónica y los delitos no denunciados o "cifra negra" que desvirtúa la estadística criminal.

Como es fácil imaginar, este primer bastonazo a la leyenda criminológica de la Criminología positivista, sumió en el desconcierto y la duda a los estudiosos del fenómeno criminal de entonces, pues el único punto de referencia que tenían, esto es, la ley penal inmutable, cuyo presupuesto normativo preveía "todas" las conductas lesivas ilícitas, se derrumbó y trajo por tierra el mito penal.

A partir de entonces, ya no era de utilidad sostener que los delincuentes no tenían hogar o provenían de hogares conflictivos; carecían de recursos de todo tipo; y tenían determinadas características psicosomáticas y antropométricas. Más aún, recordemos con Aniyar (1979, p. 80) que el mismo Sutherland, con inocultable ironía, aseveraba que la escasa longitud de las piernas era una variable significativa para definir el tipo criminal, porque el ladrón de piernas largas corre más rápido y no es aprehendido por los agentes del orden.

Asimismo, como refiere Aniyar (1979, p. 81) Giora Shoham manifestó, más agudamente, a propósito de la repetición de una variable en delincuentes recluidos, que si en una ciudad hay muchos nidos de cigüeñas en los techos y coincidentemente más nacimientos, es razonable concluir que los bebés son traídos por las cigüeñas. Es decir, el mito penal y la leyenda criminológica exhibidos sin pudor frente a la realidad.

Ante semejante desnudez criminológica, fue fácil comprobar que el estereotipo tradicional del delincuente (en realidad cualquier estereotipo de delincuente) tuvo como finalidad permitir a la clase hegemónica realizar sus propios delitos impunemente y derivar la carga de agresividad del sistema penal a las clases más bajas como chivo expiatorio, que de otra manera dirigirían hacia aquella.

Hay pues una construcción social ad hoc de la realidad y de la delincuencia, que hace que unos hechos y no otros sean considerados delictivos; y que determinados delincuentes y no otros amplíen la estadística oficial de la criminalidad.

Entonces, surgió un nuevo objeto de la criminología, los mecanismos socio políticos y los intereses que promueven la creación de normas penales, es lo que ahora hace que ella salga de las cárceles y vaya a investigar las oficinas públicas, las grandes empresas, las leyes, los tribunales, la policía, todo lo que somete a las minorías. El Código Penal ya no puede reducir y contener a la Criminología.

En el extremo más crítico de la nueva Criminología, el Derecho es visto como una superestructura determinada por la organización social subyacente, que dividida en clases pasa a explicar las causas socio políticas del crimen, desde la perspectiva de la Criminología radical.

El meollo de la ideología capitalista es generar riqueza para sí a como de lugar, de lo que se desprende que la hipertrofia del Yo es criminógena y odiosa, lo que se revela aún más cuando pensamos que gramaticalmente el *yo* no tiene plural, pues el nosotros es *yo* y *tú*, es decir, una comunidad genuina. Por ello, el sistema capitalista de producción tiene en el delito un elemento funcional que genera valores egoístas y no altruistas o comunitarios.

Por tanto, la Criminología Crítica desmitifica la comprensión de las causas criminógenas del delito y el funcionamiento del sistema penal, denunciando la alienación que produce el sistema capitalista, quebrando la unidad del hombre consigo mismo y la naturaleza, porque vende su fuerza de trabajo y el producto de su trabajo no tiene para él una utilidad en sí misma sino un valor como mercadería, de la que se aprovecha y apodera quien tiene el poder, el cual se enriquece por despojo, lo que hace delincuente al sistema capitalista. Si bien Marx no quiso nunca hacer criminología, su pensamiento no puede considerarse *en este punto* como materialista, sino humanista.

Por ello, la criminología crítica contribuye a restaurar la dignidad del hombre, sin embargo el sistema capitalista la considera una oveja negra, para que se le tema solo por su color, la deja crecer y si comienza a hacer efectivas sus premisas e intenta cambiar la realidad, procede a aplastarla por los instrumentos del sistema.

En la National Deviance Conference, realizada en 1968 en Inglaterra, Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, exponentes de la nueva criminología, afirmaron que la desviación tiene origen mediato en la situación económica y política, la cual es muy dinámica.

Routledge and Kegan (1973), sostienen al efecto que la psicología social del delito puede reconocer que los hombres pueden elegir conscientemente el camino de la desviación como la única solución a los problemas que le plantea la realidad contradictoria.

Por otro lado, Baratta (1986) sostiene que la naturaleza y el contenido del delito no pueden captarse sin un análisis completo de su evolución histórica, lo cual involucra en el análisis una teoría económico política de la desviación, comportamientos socialmente negativos y criminalización, sobre bases conceptuales marxistas. Además, critica al sistema penal por la producción dirigida de las normas penales (criminalización primaria); la aplicación de las mismas y el proceso penal (criminalización secundaria); así como la ejecución de la pena o medida de seguridad, que es la etapa final de un proceso de selección que se inicia antes de la intervención del sistema penal con la discriminación social y escolar.

De lo anteriormente expuesto, se colige que para la criminología radical, el delito ya no es una cualidad ontológica de ciertas conductas humanas y determinados individuos, sino un status asignado a ciertas personas, por medio de la selección de los bienes protegidos legalmente y de los comportamientos ofensivos; y de la elección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones. La realidad peruana, por lo menos, muestra congruentemente con esta visión criminológica que el derecho penal no es igual para todos ni en la protección de los bienes ni en la aplicación de las sanciones.

Es un hecho que el Derecho penal es una respuesta a los síntomas y no a las verdaderas causas, es decir, una mitología. Por eso, Ginbernat afirmaba lo siguiente: “Entramos en una época en que la tarea fundamental va a

consistir en levantar el telón del derecho penal, para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido detrás de él” (Gross, 1980).

De ahí que, con mucha realidad, se reclame que la nueva criminología ofrezca posibilidades de resolver socialmente las cuestiones fundamentales, trascendiendo las teorías estructurales abstractas o idealistas y neutralizando las desigualdades de riqueza y poder y de bienes y posibilidades vitales, de lo contrario sería un mero correccionalismo.

LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA

Según Serrano (1983) la criminología siempre ha sido crítica; por ejemplo, a Lombroso solo se le conoce por su teoría sobre el delincuente nato, sin embargo en la quinta edición de su obra *Luomo delinquente*, hay un tercer libro que trata sobre una verdadera sociología criminal: corrupción de los poderosos, opresión sobre los humildes; justifica el bandolerismo como especie de salvaje justicia contra los opresores; la influencia de la riqueza sobre la criminalidad, el rico tiene más defensa que el pobre ante la justicia; y toma de Shakespeare que los harapos en seguida denuncian al crimen entre sus agujeros, pero el oro le oculta y defiende.

En el mismo sentido, Ferri (1907, p. 352) afirma que la justicia penal como instrumento de represión violenta y dominación de clase está destinada a desaparecer para no subsistir más, salvo como función clínica. Beccaria (1764), en “*Dei delitti e delle pene*” (Livorno, 1764) criticó el antiguo régimen del siglo XVIII.

Como se puede apreciar, el positivismo criminológico fue crítico y denunció la influencia política. Es que el criminólogo, como científico social, debe ser examinador y censor, políticamente independiente, para lo cual no se debe vivir de la criminología, lo que en sí mismo es una quimera. La realidad nos demuestra cotidianamente que quienes con más frecuencia violan el Derecho son aquellos que tienen el poder, sea cual fuere el sistema político; por ello, ningún partido político está interesado por la investigación criminológica.

Entonces, la nueva criminología, la criminología contemporánea, crítica o radical, postula una concepción posible para eliminar el crimen: la transformación de las estructuras socio económicas y políticas de la comunidad, para hacer la convivencia más igualitaria, justa y digna. Aunque necesaria, dicha demanda reivindicativa no pasa de ser una legítima aspiración, un ideal que convoca a la lucha a los hombres buenos y virtuosos; sin embargo, como la evolución histórica de los pueblos que han transitado por esa senda revolucionaria se ha encargado de demostrar, es irrealizable por la propia naturaleza humana dicotómica, ambigua e imperfecta; y como lo enseña la Cratología, por la naturaleza demoniaca del poder, como fenómeno biopsicoespiritual que necesita el estado para mantener el orden y evitar el caos; ya que el comportamiento desviado y la conducta infractora, por esa y muchas causas más, siempre estarán presentes en la sociedad.

Es axiomático que una investigación científica debe estar encaminada a buscar la verdad, por lo que, en ese sentido, una investigación criminológica no debe basarse en lo que se da a partir de la legislación penal y en quienes han infringido las normas penales, sino en el sistema jurídico, en el carácter problemático del ordenamiento legal, a fin de que la Criminología no tenga ese carácter ministerial o servicial respecto del Derecho Penal. Basta ya de tutelas penales que han evitado una visión autónoma de la Criminología, la que, bueno es reiterarlo, no pertenece a la ciencia penal.

En el Perú, por ejemplo, no hay una sola Facultad de Criminología ni un Programa de especialización a nivel de postgrado, lo mismo ocurre en otros países latinoamericanos. En Venezuela hay una facultad. En México hay ocho universidades públicas y más de 50 universidades e institutos superiores que ofrecen esta carrera; sin embargo, la criminalidad no cede y, periódicamente nos sobrecogemos de dolor moral con las noticias acerca de verdaderas masacres, como la que terminó con la vida de 43 jóvenes estudiantes. Asimismo, la inmensa mayoría de abogados, y por tanto, de magistrados, son meros aplicadores (muchas veces arbitrarios) de

las leyes, solo un grupo muy pequeño ejerce tratando de formar un nuevo Derecho.

Es palmario que todo problema encuentra solución en el análisis de sus causas sociales e individuales, de ahí que el derecho penal no sea la solución al problema de la criminalidad, que en el Perú y en Latinoamérica es grave, pues siempre llega tarde, cuando el crimen ya ha sido perpetrado y, además, solamente reprime simbólica y selectivamente, generando desde el poder una vana ilusión en la ciudadanía.

Por otro lado, es sabido que las pautas de comportamiento no son *per se* delictivas, sino en cuanto se les compara con otras que se (pre) consideran correctas. ¿Y quién (es) elabora (n) las normas sobre pautas de conducta social? Evidentemente, quienes están al servicio de los que tienen el poder político o económico, por lo que se inclinan a buscar el interés de éstos. Es innegable que en toda sociedad hay esferas sociales en donde penetra el Derecho, etiquetando y estigmatizando a los infractores; y otros ámbitos impermeables en los que no lo hace, que constituye la cifra dorada de la criminalidad.

De ahí que la mayoría de las verdaderas causas del delito tienen que ver necesariamente con la justa satisfacción de las necesidades básicas de la persona humana, la equitativa distribución social de la riqueza, la igualdad de oportunidades, ante la ley y ante quienes aplican la ley, y la injusticia social, entre otros resortes socio económicos estructurales.

Obviamente, hay otras causas individuales que por más que mejorara la estructura socio económica, no desaparecería la conducta desviada, sin embargo, son cuantitativamente minoritarias, por lo que la prevención y el control de la criminalidad sí tiene mucho que ver con las causas estructurales socio económicas, cuya mejora originaría una reducción de la criminalidad.

Por ello, lo único que quizás sea más efectivo para impedir drásticamente el desbordamiento de los crímenes, no su eliminación, podría ser la educación del

ser humano en valores éticos, que tienen más fuerza que el Código Penal y que es, sin lugar a dudas, la única herramienta capaz de transformar al ser humano, el único medio idóneo para humanizarlo y rescatarlo de la animalidad en la que actualmente se debate en medio del avance científico y tecnológico; y el único instrumento pertinente para recordarle su finitud, relatividad y levedad, a fin de que el poder terrenal que pueda llegar a poseer por poco tiempo, lo emplee en beneficio del prójimo y no en su perjuicio.

Frente a lo cual, surge la legítima hesitación acerca de si es verdaderamente posible superar, con carácter de cierta estabilidad, la dificultad, tan humana como odiosa, de desigualdad, selección y marginación; sin embargo, es preciso reafirmar, por un lado, que la estructura social que alimenta estos males puede y debe ser cambiada y, por otro lado, que los principios éticos y morales que debe recoger el Derecho, no deben ponerse en duda por la sencilla razón que están inspirados en las exigencias de la sociabilidad humana, sea cual fuere la situación social que exista.

Por eso, asumamos conscientemente lo que reclama el profesor alemán Gustav Radbruch, de que en vez de hacer un mejor derecho penal, hagamos algo mejor que el derecho penal.

CONCLUSIONES

1. La criminología positivista tradicional es leyenda porque aconteció en un tiempo real e histórico y apareció y desarrolló en lugares ciertos y con protagonistas reales; planteando creencias sociales de significado imaginario y simbólico sobre el crimen y el criminal; siendo utilizada en la vida cotidiana para refuerzo de conductas, argumento de autoridad, entre otros, que tenían repercusión que remitía a contenidos arquetípicos de la psique humana y alimentaban los diversos mitos del Derecho Penal;
2. El Derecho Penal tiene diversos mitos que desarrollan una función simbólica de tranquilidad a los ciudadanos frente a la criminalidad, justificando fabulescamente el sistema penal y pretendiendo acreditar su hipotética eficacia; cuando en realidad
- los poderes de definición de conductas penales, rotulación y asignación de sospechas y culpas y ejecución de sanciones penales, pertenecen a la clase política y el grupo dominante, que crean un consenso manipulado sobre el sistema penal, que alucina tutelar, pero que no garantiza porque es falso, perverso, desigual y ha reconstruido socialmente de manera deliberada la realidad;
3. El Código Penal ya no puede reducir y contener a la Criminología. No resulta ajeno que el Derecho es una superestructura determinada por la organización social subyacente, que dividida en clases pasa a explicar las causas socio políticas del crimen. La criminología crítica desmitifica la comprensión de las causas criminógenas del delito y el funcionamiento del sistema penal;
4. En la práctica cotidiana, el delito es más un status asignado a ciertas personas, por medio de la selección de los bienes protegidos legalmente, los comportamientos ofensivos, y de la elección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones; que una cualidad ontológica de ciertas conductas humanas y determinados individuos. En ese sentido, el Derecho Penal es una respuesta a los síntomas y no a las causas;
5. La transformación de las estructuras socio económicas y políticas de la comunidad, para hacer la convivencia más igualitaria, justa y digna, es una alternativa de respuesta para controlar y reducir la criminalidad; sin embargo, se trata nada más que de una legítima aspiración, un ideal que convoca a la lucha a los hombres buenos y virtuosos, pero en modo alguno sirve para enervar las expresiones de la propia naturaleza humana imperfecta y menos aún la fuerza incontenible del poder que define la política, que actúan como fuentes de comportamientos desviados, y
6. Se requiere entonces que el hombre evolucione y no involucione paradójicamente en medio del avance de la ciencia y la tecnología, para lo cual la educación en valores éticos tiene más

fuerza que el Código Penal, por lo que se debe considerar como el factor primordial para frenar el incremento de conductas socialmente desviadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aniyar, L. (1979). La Criminología Crítica o la realidad contra los mitos. *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, 2 (8), Ediciones Librería del Profesional: Colombia.
- Fernández, F. (2003). Prólogo. En Baratta, G., *Las rosas y los cuadernos. El pensamiento dialógico de Antonio Gramsci*, España, 13-14.
- Ferri, E. (1907). *Sociología criminal*. Traducción de Soto Hernández, España.
- Gross, M. (1980). Nueva criminología y dogmática jurídico penal. *Cuadernos de política criminal*, España, 10.
- Levy-Strauss, C. (1955). La estructura de los mitos en *Antropología estructural I*. Paidós: España.
- Marcelo, A. *Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta*. Recuperado de: www.uns.edu.ar/programa/ediciones/edicion2/02_edicion2.pdf
- Parker, F. (1973). *The McGrawHill Encyclopedia of World Biography*. The McGraw Hill Company Inc.: Estados Unidos de América, 7.
- Rodríguez, R. & Seco, J. "Hegemonía y Democracia en el siglo XXI: ¿Por qué Gramsci?" Recuperado de: ww.uv.es/cefd/15/rodriguez.pdf
- Routledge & Kegan (1973), *Economía política del delito. The new criminology*. London Henley Boston.
- Serrano, A. (1983). "La criminología crítica", *Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo XXXVI fascículo I* enero-abril, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Artes gráficas y ediciones, España.

LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA PSICOSIS EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL

Agustín Salgado García

ssiggmma12@gmail.com
Academia Mexicana de
Psicopedagogía Jurídica
México

RESUMEN

Los sujetos que padecen psicosis ven a alguien cuando no hay nadie y hasta perciben olores que nadie más huele. Tienen alucinaciones que son hechos falsos, no hablan con ninguna persona y aun así lo hacen, entablando conversaciones fuera de la realidad. La psicosis comprende un grave deterioro de las funciones ejecutivas la personalidad, en especial con relación a la realidad y que se manifiesta por el desajuste de interacción social. La comisión de conductas delictivas puede originarse en estados psicóticos, lo que deberá considerarse al determinarse la individualización de la sanción penal, lo que es de ingente importancia para la defensa el fiscal y el juzgador.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, Pena, Psicosis, Psicópata, Trastorno.

INTRODUCCIÓN

La psicosis es la pérdida de contacto con la realidad, es cuando una persona tiene dificultad para pensar y percibir. Escuchan que alguien les habla desde su interior, incluso llegan a tener la sensación de omnipotencia mediante delirios de grandeza, creyendo que Dios les ordena realizar determinadas acciones, incluso en algunos casos llegan a creer que son la personificación de Dios, contando con el poder de hacer todo lo que pretendan desde ese “estatus de deidad”.

En la psicosis ocurren fenómenos elementales que consisten en pequeñas vivencias psicóticas, de las que los psicóticos generalmente no hablan y que al ser detectados podrían permitir saber que se está ante una persona con características psicóticas, aunque todavía no se haya desencadenado un episodio grave de psicosis, por lo que su conocimiento implica una enorme importancia para el diagnóstico y su tratamiento.

Cuando una persona tiene una vivencia de esta índole, hay algunos aspectos que emergen de la persona como algo extraño, ajeno a él, que le produce una sensación de perplejidad porque no le representa significado alguno.

TRASTORNO PSICÓTICO

Para estar en condiciones de conocer el estado de un psicótico se requiere de conocer cuál es el detonante, que le angustia y preocupa produciéndole estrés, además de detectar lo que le representa tranquilidad (sin que sean aspectos nocivos).

Mediante la educación del psicótico y de sus familiares en el sentido de conocer los alcances y límites que implica tener una personalidad con tales características, es posible dar un tratamiento oportuno, que le llevará a sobreponerse y reaccionar ante los episodios críticos, pero en el mejor de los casos estar en condiciones de prevenirlos.

La psicosis generalmente se presenta durante la adolescencia y en la adultez temprana, de ahí la importancia de que se intervenga de inmediato en cuanto aparece el primer episodio psicótico. Ya que si la psicosis permanece en el cerebro durante mayor tiempo, su tratamiento y control se torna difícil por la fijación que ocurre por no tratarse a edades tempranas.

La psicosis es tratable, las personas que la padecen pueden recuperarse para llevar una vida social, laboral y emocional de manera funcional. Generalmente los sujetos que tienen un episodio de psicosis inicial se asustan y no lo cuentan a nadie para no ser estigmatizados y relegados, consideran que no serán entendidos, presentan demasiada ansiedad e insomnio, creen ver personas "malas" que buscan hacerles daño (delirio de persecución).

Cuando la psicosis aparece, lo hace sin características de predisposición, no advierte su surgimiento implantándose de pronto, lo que hace que no siempre sea identificada oportunamente por el sujeto que la padece. La psicosis en sí es un síntoma que indica la presencia de un trastorno cerebral. Se experimenta cuando hay drogas en el organismo, un problema orgánico material en el cerebro, cuando se presentan problemas funcionales como depresión, trastorno limítrofe de la personalidad o esquizofrenia.

TIPOLOGÍA DE LA PSICOSIS

Trastorno psicótico breve

Con relación al trastorno psicótico breve el DSM-5 (APA 2014, pp. 51 y 52), establece:

- a. Presencia de uno (o más) de los síntomas siguientes. Al menos uno de ellos:

1. Delirios.
2. Alucinaciones.
3. Discurso desorganizado (p. ej., disgregación o incoherencia frecuente).
4. Comportamiento muy desorganizado o catatónico.

- b. La duración de un episodio del trastorno es al menos de un día, pero menos de un mes, con retorno final total al grado de funcionamiento previo a la enfermedad.
- c. El trastorno no se explica mejor por un trastorno depresivo mayor o bipolar con características psicóticas u otro trastorno psicótico como esquizofrenia o catatonía, y no se puede atribuir a los efectos fisiológicos de una sustancia (p. ej., una droga o un medicamento) o a otra afección médica.

Trastorno psicótico inducido

En lo que respecta al trastorno psicótico inducido por sustancias/medicamentos el DSM-5 (APA 2014, p. 59), señala:

- a. Presencia de uno o los dos síntomas siguientes:
 1. Delirios.
 2. Alucinaciones.
- b. Existen pruebas a partir de la historia clínica, la exploración física o las pruebas de laboratorio de (1) y (2):
 1. Síntomas del Criterio A desarrollados durante o poco después de la intoxicación o abstinencia de la sustancia o después de la exposición a un medicamento.
 2. La sustancia/medicamento implicado puede producir los síntomas del Criterio A.
- c. El trastorno no se explica mejor por un trastorno psicótico no inducido por sustancias/medicamentos. Estas pruebas de un trastorno psicótico independiente pueden incluir lo siguiente:

Los síntomas fueron anteriores al inicio del uso de la sustancia/ medicamento; los síntomas persisten durante un período importante (p. ej., aproximadamente un mes) después del cese de la abstinencia aguda o intoxicación grave; o existen otras pruebas de un trastorno psicótico independiente no inducido por sustancias/ medicamentos (p. ej., antecedentes de episodios recurrentes no relacionados con sustancias/medicamentos).

- d. El trastorno no se produce exclusivamente durante el curso de un síndrome confusional.
- e. El trastorno causa malestar clínicamente significativo o deterioro en los ámbitos social, laboral u otros campos importantes del funcionamiento.

Trastorno psicótico debido a otra afección

El mismo DSM-5 (APA 2014, p. 64), señala el trastorno psicótico debido a otra afección médica:

- a. Alucinaciones o delirios destacados.
- b. Existen pruebas a partir de la historia clínica, la exploración física o las pruebas de laboratorio de que el trastorno es la consecuencia fisiopatológica directa de otra afección médica.
- c. El trastorno no se explica mejor por otro trastorno mental.
- d. El trastorno no se produce exclusivamente durante el curso de un síndrome confusional.
- e. El trastorno causa malestar clínicamente significativo o deterioro en los ámbitos social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.

Diagnóstico de la psicosis

El diagnóstico de la psicosis puede ser muy largo, por lo que se atacan primeramente los síntomas; esto se asemeja al hecho de bajar la temperatura de un enfermo antes de diagnosticar el padecimiento que le aqueja

a un paciente. Es decir, en la psicosis el tratamiento primeramente se concentra en eliminar las alucinaciones y delirios, ya que causan demasiado malestar al sujeto; para posteriormente buscar el diagnóstico que origina dicha psicosis.

En la actualidad no existe ninguna prueba que indique quien puede desarrollar la psicosis, es decir, no existen pruebas psicométricas, ni de laboratorio, ni de sangre y tampoco de resonancia magnética, que predigan quien padecerá de psicosis. “Ante la ausencia de marcadores biológicos para el diagnóstico y clasificación de la esquizofrenia, la psicopatología descriptiva continúa siendo la base para el diagnóstico.” (Asociación Española de Neuropsiquiatría, 2009, p. 252). Hasta el momento lo único que se puede hacer, es confiar en lo que dice el sujeto que la padece conforme a sus propias vivencias.

Actualmente los tratamientos están enfocados a que los sujetos que padecen psicosis vuelvan lo antes posible a sus labores cotidianas en la escuela, fuentes de trabajo, que convivan con sus familiares y amigos, para que en caso de los adolescentes, esas etapas del desarrollo no se “pierdan”.

La psicosis se establece de forma aguda y abrupta, lo cual permite un tratamiento temprano y oportuno. Por otro lado, cuando su aparición es más pausada, presentándose una lenta disminución de funciones, así como un lento aumento en los síntomas de alucinaciones y delirios, estos casos son complicados de detectar y los tratamientos también lo son.

Aunque la psicosis generalmente se presenta en la adolescencia, se han documentado casos en que los síntomas empiezan a presentarse desde la niñez, en ocasiones los niños pueden ser diagnosticados con trastorno de hiperactividad con déficit de atención; en algunos otros casos la depresión infantil es el origen de los síntomas psicóticos.

Algunas de los síntomas psicóticos pueden llevar a los sujetos a desplegar conductas violentas sobre las cosas y las personas, llegando incluso al suicidio en algunos

casos. La mayoría de los asesinos múltiples presentan rasgos psicopáticos (se requiere especial atención para evitar confundir a los asesinos múltiples (psicóticos), con los asesinos seriales (psicópatas), que son personalidades completamente diferentes), tal como ha ocurrido con algunas masacres en escuelas, en las que un alumno arriba con armas de fuego y priva de la vida a compañeros alumnos y profesores, finalizando todo con el suicidio. "...la conducta de matar de estos individuos es una reacción agresiva ante un estado extremo de ansiedad, es una crisis en la cual la conducta homicida es una defensa frente a la disgregación de su personalidad." (Marchiori, 2004, p. 19).

El régimen de medicación es difícil de establecer porque lo que funciona con algunos sujetos con otros no, encontrar el tratamiento adecuado puede tardar bastante tiempo. Además, el tratamiento debe complementarse de una parte psicosocial, entre las que se encuentra la terapia cognitivo-conductual, que consiste en "una intervención psicológica específica que estimula al paciente a establecer relaciones entre sus pensamientos, sentimientos o acciones en relación a síntomas actuales o pasados." (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2009, p. 80).

Se requiere anclar al sujeto al entorno de manera adaptada, mediante una sana convivencia con familiares y amigos, en el hogar, la escuela y fuentes laborales. "La carencia de afecto de control e interés por parte del núcleo familiar constituye uno de los factores más claros de la génesis delictiva del débil mental." (Marchiori, 2006, p. 149). Razón por la que debe dotarse al sujeto de las herramientas conductuales para enfrentar y sobreponerse a situaciones adversas de crisis ocasionadas por la psicosis, tal como ocurre con el estrés, que es un importante detonante de ésta.

Otra arista de intervención es el aspecto educativo con la finalidad de "ayudar a los pacientes a manejarse con sus problemas y síntomas más inmediatos, utilizando el consejo y las técnicas educativas. La información sobre la enfermedad, medicación

y habilidades sociales aplicadas a las relaciones interpersonales suelen ser los temas más tratados." (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2009, p. 79).

Por otro lado, cuando un gemelo sufre de psicosis, la posibilidad para que el otro la desarrolle oscila alrededor del cincuenta por ciento. Cuando existe predisposición genética para la psicosis, ésta surge por un detonante como el estrés, una lesión cerebral o el uso de drogas.

Las sustancias como la marihuana y el alcohol pueden liberar episodios psicóticos que antes no se habían manifestado, especialmente las drogas como las metanfetaminas, "el crack" y la cocaína son detonantes importantes para generar psicosis a corto plazo, pero una vez que se retira la droga, generalmente la psicosis desaparece. Sin embargo, en personas con predisposición genética las drogas pueden detonar una psicosis a largo plazo, aunque se use brevemente es alarmante el efecto detonante de dichas drogas.

De todo lo expuesto se puede partir para tratar de comprender la importancia que reviste el estudio de lo ya planteado en el ámbito jurídico penal. Los datos que se conocen del número de delincuentes con enfermedad mental en prisión no son confiables. En el caso de los delincuentes que padecen psicosis deberían ser diagnosticados desde su retención, pues como ya se expresó este diagnóstico puede ser largo y así como su consecuente tratamiento. Esto debe hacerse oportunamente "...para establecer si tiene o no la capacidad de comprender el carácter ilícito de un hecho y de conducirse o no de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental..." (Mendoza, 2006, p. 45). Y así estar en condiciones de que se aplique una pena individualizada conforme a la estructura psíquica del delincuente psicótico.

CONCLUSIONES

Todo tipo de alucinaciones son señales latentes de psicosis aguda: ver, escuchar, y hasta oler cosas que no están en el plano de la realidad. Además, también son comunes los delirios de persecución, las falsas concepciones de

fenómenos inexistentes, así como el delirio de grandeza y el delirio de deidad.

La detección temprana de la psicosis permite al sujeto una oportuna intervención, para evitar en la medida de lo posible, su internación en instituciones especializadas de tratamiento psiquiátrico. El tratamiento se aborda desde un colegiado multidisciplinario, con el propósito de abarcar todos los aspectos de recuperación del sujeto, para lograr su funcionalidad en las actividades cotidianas de éste.

Para que una persona se encuentre ante un episodio psicótico, se requiere de dos condiciones, la predisposición genética para ello y un detonante que le lleve a desencadenar tales circunstancias. Es decir, debe contar con una estructura psicótica que la detone una lesión cerebral o el uso de drogas, por ejemplo.

Atender la psicosis de inmediato, arroja mejores resultados que si se hace tardíamente. Ya que una persona que sufre de psicosis por un largo periodo desde la aparición del primer episodio psicótico sin intervención especializada produce una fijación que es difícil quebrantar.

En todos los programas de intervención temprana de la psicosis, la medicación es la base misma que debe complementarse con psicoterapia y educación, para el sujeto y para la familia.

El abogado al tener clara visión de las implicaciones de la psicosis puede actuar consecuentemente con apego a la ley como litigante, como ministerio público y como juez. Aquí es donde radica la importancia del estudio de la psicosis desde un enfoque eminentemente jurídico en materia penal. Para que el jurista se allegue del conocimiento suficiente que le permita valorar las pruebas periciales que emitan profesionales en estos temas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Española de Neuropsiquiatría *et al.* (2009). *Manual del residente en psiquiatría*. España: Ene Life Publicidad.

Marchiori, Hilda. (2004). *Psicología criminal*. México: Porrúa.

Marchiori, Hilda. (2006). *El estudio del delincuente*. México: Porrúa.

Mendoza Bevide, Ada Patricia. (2006). *Psiquiatría para criminólogos y criminología para psiquiatras*. México: Trillas.

Ministerio de Sanidad y Consumo. (2009). *Guía de práctica clínica sobre la esquizofrenia y el trastorno psicótico incipiente*. España: Agència d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques.

Asociación Americana de Psiquiatría. (2014). *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*. Washington: American Psychiatric Publishing.

LA CÁRCEL PUNITIVA, NATURALEZA HISTÓRICA, CRISIS Y PERSPECTIVA

**Gabriel Modesto
Rodríguez Pérez de Agreda**

Universidad de La Habana
gabort2007@yahoo.es
Cuba

RESUMEN

Afianzada en el marco del Derecho penal decimonónico, se tiene a la cárcel punitiva como “*el sello, la insignia, la imagen...*” por excelencia de este Derecho penal (ella es la “pena reina”, en la casi totalidad de los sistema de penas) razones, entre otras, por las cuales en ocasiones es tomada, equivocadamente, como *la pena* y no como un *tipo de pena*, extrapolándose elementos propios y únicos de ella a la pena, generalización metafísica que ha llevado, entre otros tanto errores prácticos, por ejemplo: A confundir movimientos que se etiquetan “abolicionistas del Derecho penal” que en realidad sólo promueven la “abolición de la cárcel” con movimiento reaccionarios abolicionistas “aparentemente de la pena”, que, encubiertos tras el equívoco, en realidad lo que pretenden es suprimir las garantías conquistadas en la ciencia del Derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Pena, Naturaleza social de la privación de libertad, Crisis, Derecho penal mínimo.

INTRODUCCIÓN

Afianzada en el marco del Derecho penal decimonónico, se tiene a la cárcel punitiva como “*el sello, la insignia, la imagen...*” por excelencia de este Derecho penal (ella es la “pena reina”, en la casi totalidad de los sistema de penas) razones, entre otras, por las cuales en ocasiones es tomada, equivocadamente, como *la pena* y no como un *tipo de pena*, extrapolándose elementos propios y únicos de ella a la pena, generalización metafísica que ha llevado, entre otros tanto errores prácticos, por ejemplo: a confundir movimientos que se etiquetan “abolicionistas del Derecho penal” que en realidad sólo promueven la “abolición de la cárcel” con movimiento reaccionarios abolicionistas “aparentemente de la pena”, que, encubiertos tras el equívoco, en realidad lo que pretenden es suprimir las garantías conquistadas en la ciencia del Derecho penal.

No se puede confundir la *pena*, con un *tipo de pena*; la primera es una *parte* esencial del *todo* en que el Derecho penal consiste, necesario a toda sociedad dividida en clases, la segunda es absolutamente consustancial a un período histórico en que el Derecho se desarrolla, a una etapa concreta del desarrollo de las sociedades divididas en clases. La cárcel punitiva nació en una fase del desarrollo de las sociedades clasista: específicamente en la formación económico social capitalista a la cual se corresponde; en la actualidad, las condiciones que le dieron origen han cambiado; en esta nueva realidad han aparecido otros tipos de penas que cumplen perfectamente

con la noción de pena, sin embargo, no traen o no producen los efectos negativos que genera el medio interno de la cárcel, por otra parte, no necesitan (como equivocadamente se piensa) *como* garantía de su cumplimiento a la cárcel; con lo cual, el uso de la prisión podría reducirse al indispensable, hasta que, llegado el momento desaparezca definitivamente.

En orden lógico del conocimiento, partimos de una visión somera a la pena como concepto; luego veremos el origen histórico de esta forma de castigo, las condiciones que le convirtieron, de simple medida cautelar, a pena por excelencia con que conmina y castiga el Estado moderno; seguidamente veremos el estado actual de crisis, para terminar en las posibles soluciones en el terreno práctico de este tipo de pena.

EL CONCEPTO DE PENA

Ya Hegel en su momento dejó delimitado que una cosa es el concepto de Derecho y otra cosa distinta el objeto o fenómeno que este contiene y refleja; en consecuencia, debemos analizar y dar por sentado que una cosa es la *pena* como concepto y, otra cosa distinta, la forma en que ella toma cuerpo en la realidad como *tipo de pena* (pena de muerte, privación de libertad, multa, etc.).

En la actualidad, la gran mayoría de los autores en la doctrina penal definen a la pena en el sentido que lo hace Hans-Heinrich Jescheck: "Pena es la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad..."; sin ánimo de profundizar en este aspecto, al menos debemos precisar algunos aciertos y desaciertos de esta definición.

Primero: sobre la errónea denominación de *mal* ya advertía Hegel en su momento: "En las distintas teorías sobre el castigo, ese carácter superficial de mal se lo presupone como elemento principal". Entiendo que al denominar a la pena como *un mal* se incurre en un equívoco. Queda claro que la pena es una restricción de bienes al sancionado, pero no necesariamente un mal. Es un error gnoseológico incluir dentro de la definición del objeto o fenómeno, la valoración de su

contenido. La pena objetivamente restringe determinados bienes -eso es una cuestión objetiva- otra cosa distinta -y ya estamos en un plano subjetivo-, es que, además, la *valoremos* como un *mal* o un *bien*. No se puede confundir la *valoración* con el *objeto de la valoración*, como que no se puede confundir *el valor* con la *valoración*. El que un fenómeno concreto sea un bien o un mal, depende de las necesidades sociales a que da solución, no de su naturaleza ni de la valoración; de hecho, un mismo objeto o fenómeno puede ser en un momento histórico determinado, un *bien*, luego, al cambiar el momento histórico -y con él las necesidades sociales-, pasar a ser *insignificante* y, al cambiar nuevamente el marco histórico-social, convertirse en un *mal*, todo ello sin cambiar su composición, su naturaleza.

La pena ha de ser una restricción de bienes al sancionado, a consecuencia de lo cual puede *valorarla*, el que la sufre, como un mal; esa es *su valoración*, que es *subjetiva*; mientras que, otra cosa, es la *significación* que tal pena tenga para el desarrollo de la humanidad, lo cual le da *la cualidad* de ser *un valor*, o su contrario *un antivalor*; algo que es *objetivo*. Por la valoración del sancionado no se puede, sin más, definir la pena como un mal, sino, a partir del hecho que dé o no solución a la necesidad social a que está destinada; si da solución adecuada a una necesidad del desarrollo social es un *bien*, si no da solución a una necesidad del desarrollo puede ser o un *mal* o simplemente *insignificante*.

Segundo: aun cuando la definición de la pena antes citada es generalmente acogida por la doctrina, para aseverar si es o no un concepto válido, ha de comprobarse en la realidad práctica de la sociedad, fuera de ello no pasa de ser una mera suposición, una hipótesis, pero no un concepto pues carece aún de una condición fundamental: *ser el reflejo subjetivo del mundo objetivo comprobado en la práctica*. Con lo cual para contrastar o demostrar si es realmente un reflejo de esa realidad debemos llevarlo a la mencionada práctica social.

Para poder alcanzar este propósito, tenemos que regresar a lo que advirtió siglos atrás Beccaria y han confirmado las vivencias *prácticas* del Derecho penal: *la prevención del*

delito no depende de la severidad de la pena sino de la certeza e inmediatez con que actúe o se imponga ella.

Exactamente estamos ante la *experiencia social*, pero no ante la *explicación teórica* del fenómeno; resulta una *verdad probada* por la *experiencia*, (no por un experimento como erróneamente clama el Positivismo), veamos si el concepto de pena *generalmente aceptado* responde o explica esta *experiencia práctica*. Evidentemente cuando afirmamos “Pena es la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad...” no explicamos nada de esta experiencia, ni podemos responder a las interrogantes que emergen desde esa realidad práctica: ¿por qué la pena preventiva es la pena certera, pronta y proporcional? ¿Por qué resulta así?, ¿qué esencia del Derecho se revela en esa experiencia acumulada aquí? ¿Qué le lleva a ser así y no de otra manera?

Tenemos entonces que lo que se define como pena por la generalidad de la doctrina, evidentemente, no vence o no alcanza su comprobación práctica; no explica o traduce lo que corrobora la experiencia, en consecuencia: o es un concepto equivocado o es un concepto incompleto, quedando en pie las interrogantes realizadas.

En esencia, las respuestas a estas preguntas sobre la experiencia antes descrita podemos encontrarla en la obra de un pensador contemporáneo a Beccaria; alguien que, igual que el marqués, vivió la crisis del viejo régimen y de ella extrajo sus enseñanzas, pero que, dado el contexto en que se desarrolló (la filosofía clásica alemana) pudo ir más allá de la descripción de los nexos del fenómeno y avanzó hacia su explicación, este genial pensador fue: G. W. F. Hegel, el problema está en no haberlo comprendido adecuadamente.

Debe quedar claro que el ilustre alemán no tenía como propósito lograr una definición de la pena, su objetivo fue el concepto *del Derecho*, del cual se desprendió una mirada a la pena, únicamente, como *parte* necesaria de ese *todo* que él estudiaba. Su visión, su análisis y sus

definiciones son del Derecho y no de la pena en específico, como en ocasiones se interpreta, y tal vez es esta la mayor importancia de su análisis: *no mirar la pena sino llegar a ella en, y, a través del Derecho.* Esa mirada podríamos apreciarla, muy resumidamente, o encontrar un nudo teórico importante de su esencia en la repetida frase:

Para sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, en este respecto, inviolable. La vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; *es el restablecimiento del Derecho.*

Con independencia a que esta proposición es absolutamente ininteligible si no se parte, si no se aprecia en el contexto de toda la obra hegeliana, de todo su sistema filosófico, de sus conceptos de: *Derecho, libertad, existencia, violencia* entre tantos otros; en ella podemos apreciar, al menos, detalles cruciales que incluimos en nuestro análisis.

Primero, la voluntad o lo que es lo mismo, *los fines, los objetivos* o los propósitos (para Hegel voluntad es capacidad de autodeterminación) es algo imposible de aprehender con la simple valoración o apreciación fenoménica o empírica, (...*es, más bien, lo exteriormente no existente...*) ellos son esenciales, en consecuencia, únicamente pueden ser captados a través del pensamiento abstracto.

Segundo, esa *voluntad*, esos *fines* son parte y expresión del Derecho nunca de la pena en sí, ella carece de voluntad o fines propios, pero, al estar ocultos en ella la apariencia nos hace verlos como *fines de la pena*. Tal voluntad tiene como propiedad singular que resulta inviolable, en otras palabras, es una voluntad coactiva, impositiva sin la cual pierde su esencia, por ello, al ser transgredida, el castigo, la violencia, meramente es la expresión o revelación de su esencia coactiva, impositiva *inviolable*. Esa *voluntad oculta que es en sí Derecho, ley* (en otras palabras, esa voluntad del Derecho: el **todo**) oculta (en la pena: la **parte**), al transgredirse con el delito, tiene que inexorablemente imponerse (habida

cuenta es **coactiva**), no como fin de la pena sino como expresión de ella, como esencia.

Tercero para Hegel, la violencia no puede modificar la voluntad (como autodeterminación humana) solo someterla, por esa razón advierte que la pena aislada, separada del Derecho, vista singularmente es únicamente violencia, por ello, al imponerse, únicamente alcanza ser restricción de la voluntad del transgresor, pero, ni expresa una voluntad propia, ni puede modificar la voluntad individual ni social, por ello, cuando ante una infracción determinada se impone el castigo no se procuran fines propios de este, sino, esa imposición es simplemente realización práctica de la prescripción que, de otra manera, sería un simple juicio valorativo carente de capacidad para disciplinar el actuar social e individual propio del derecho.

En otras palabras, esa voluntad oculta en la pena -que es voluntad del derecho-, resulta inviolable pues es esencial a la existencia misma del derecho como fenómeno clasista. El derecho es imposición, coacción y tal carácter se expresa, entre otras, en la pena, con lo cual la imposición del castigo no es más que la realización práctica de esa voluntad inviolable, de ese carácter impositivo, por ello, justamente, al imponerla logra su propio restablecimiento. Si el artículo 261 de Código Penal cubano advierte “El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años” cuando un sujeto comete el delito de homicidio y se le imponen siete años de privación de libertad, justamente, lo que se está haciendo es cumpliendo, entre otras cosas, lo que advierte el derecho, esa es una parte de su voluntad.

El pensamiento hegeliano ha sido totalmente tergiversado particularmente en su frase “es el restablecimiento del derecho” pues se interpreta metafísicamente como: la pena tiene como propósito *restablece* al derecho. Se aprecia el derecho y la pena como entes aislados, algo así como que existe, por un lado, el derecho y, por otro, la pena, teniendo esta última *el fin, el objetivo o la tarea propia*, aislada del primero, de validar al mismo. Es una apreciación absolutamente equivocada de lo que él quiso decir. El análisis metafísico

(cualidad esencial del pensamiento positivista) no logra pasar de la *determinación abstracta de las partes* que conforman el Derecho y llegar a la **totalidad concreta pensada** a la cual llegó y expresó Hegel en esa afirmación.

La pena para Hegel -como antes expresamos- es únicamente violencia, coacción, como revelación del carácter restrictivo, impositivo que tiene el derecho, cuya imposición es manifestación de ese propio carácter sin el cual carece de validez práctica. A diferencia de la moral, el derecho “tiene que imponerse” y ese carácter impositivo se da, entre otros, al aplicarse la pena cuando se transgrede su prescripción. La pena no valida el derecho, es el propio derecho quien se realiza, se cumple, se valida a sí mismo cuando, entre otras cosas, impone su pena.

Por esa razón, justamente, sólo es o sólo puede ser preventiva la pena certera y pronta que es la única forma (tal como afirma la experiencia práctica) en que el Derecho penal, como medio coactivo, se impone, se realiza, se ratifica en la práctica social. Dicho de otra manera: es el sistema penal certero y rápido el único que se valida a sí mismo, fuera de lo cual (cuando hay impunidad o retardo en el actuar, aun cuando se pueda imponer un castigo) no se valida, en consecuencia no regula el actuar de la sociedad, ni del individuo; no puede, así, ser preventivo. El castigo podrá tener el contenido que quiera (el patrimonio, la libertad, la vida, etc.) la magnitud que entienda (todo el patrimonio, prisión perpetua, la muerte, etc.), pero si con su imposición, por falta de certeza o por retardo, **no se valida el derecho mismo**, carece, entonces, del rasgo esencial que le define como **pena** que le viene dado por el derecho del cual es parte y no por él de manera aislada: *la capacidad de expresar el carácter coactivo del Derecho y con su imposición su validación* que a su vez es capacidad del derecho mismo.

Queda clara la traducción de la experiencia en el análisis que del derecho había hecho ese magnífico pesador alemán que fue G.W.F Hegel.

Antes de continuar debemos señalar que una cualidad esencial de todos los *objetos* o

fenómenos compuesto por *partes* es revelarse y expresar su esencia en, y, a través, de cada una de sus *partes*, y, a su vez, todas y cada una de sus *partes* adquirir y expresar su esencia en, y a través, del *todo* a que pertenecen, no en ellas aisladamente. No cabe duda que el derecho es un fenómeno social compuesto de o por partes, en consecuencia responderá de igual manera: su carácter coactivo se expresa, entre otras, en la pena, sin la cual es incapaz de regular la manifestación externa de la conducta humana, pero, a su vez, la pena, como una *parte* de ese *todo* adquiere y revela su esencia, únicamente, en ese *todo* que resulta el derecho; si separamos a la *pena* del derecho y la observemos como ente aislado (privación de la vida, privación de la libertad, privación del patrimonio), tal y como advirtió Hegel, es, únicamente, restricción de bienes, violencia, represión..., carece así de sentido. Cuando decimos que pena es *una restricción de bienes al sancionado...* aludimos, precisamente, a esos rasgos únicos y aislados de ella pero no definimos lo que le vincula con el todo a que pertenece, en consecuencia no estamos dando el rasgo esencial que le su carácter concreto.

Lleguemos entonces a través del *todo* (*el Derecho*) a la esencia de su *parte* (*la pena*). Vista desde el **todo**: ella es la *sanción* en la estructura de la norma penal; podría parecer una verdad de perogrullo, o una redundancia, sin embargo, no lo creemos así, pues, aún cuando la mayoría de los autores reconoce como estructura de la norma penal *la disposición y la sanción* se quedan únicamente en esa **determinación abstracta** sin llegar a la **totalidad concreta pensada** y mucho menos de ella a la **realidad conocida**; no logran traducir tal conformación o estructura abstracta a la existencia real del fenómeno, en otras palabras, no logran pasar de lo *abstracto* a lo *concreto* y se afirma, por ejemplo, como sigue: "... hemos señalado, sin embargo, que el derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos" de esta afirmación se puede entender que el derecho penal tiene penas, medidas de seguridad y prohibiciones como un catálogo de cosas aisladas, sin atender a algo esencial: cada una

de esas parte resulta ser ella en sí misma no a partir de su contenido aislado sino como consecuencias de su relación dialéctica con los otras partes.

Para entender, veamos: primero que todo, un castigo o restricción de bienes (matar, privar de libertad o del patrimonio) resulta una pena (pena de muerte, privación de libertad, multa), no por tal constitución violencia, es decir, porque prive de libertad, de la vida o el patrimonio, sino justamente porque acompaña, como par dialéctico, a una prohibición; porque convierte a una advertencia que acompaña en una prohibición. Una restricción de bienes tal -de la forma que advirtió Hegel- fuera de la norma es simplemente "violencia" y nada más; en ella aislada, separa de la prohibición no existe absolutamente ningún elemento, rasgo, propiedad intrínseca que le otorgue la condición o calidad de pena; requiere como elemento esencial, **ser el castigo** que, a un juicio de valoración dado (justamente por su compañía) le otorga la condición de prohibición. Su condición de castigo le viene de su par dialéctico. La pena en sí aislada únicamente existe en el *determinación abstracta*, en la *realidad concreta* no puede existir, de separarse en la práctica se convierte en simple acto de violencia al serle extirpada su esencia que adquiere en su relación con el *todo*.

Igual suerte que la pena corre la *prohibición penal*; ella adquiere tal condición no por ella en sí o por un elemento propio e independiente; ella es prohibición penal, porque se acompaña de un castigo o restricción de bienes que expresa o advierte el carácter, la naturaleza coactiva o impositiva de esa advertencia; de lo contrario no pasaría de ser, únicamente, una mera valoración; un juicio sin carácter vinculante alguno; algo que se podría cumplir o no pero nada más. Prohibición y pena no pueden existir uno sin el otro y, a su vez, no pueden existir fuera del **todo: el derecho**

Pero esta explicación dialéctica, si bien expresa o nos revela un aspecto importante de la pena vista a través del todo, debe aún analizarse y comprobarse en y a través de la práctica social, debe llegar a lo **concreto** a la **realidad**.

Analicemos una afirmación que nos ayudará en nuestra propuesta, por ejemplo, advierte Mercedes Pérez Manzano: "...la norma penal, al conminar con pena determinadas conductas, está actuado en las conciencias individuales junto con los otros mecanismos de control social" esta afirmación salta o sublima *un momento necesario imprescindible* de la relación entre el pensar y el ser: un objeto o fenómeno por el mero hecho de existir *no es reflejado desde ya en la conciencia social e individual*. La conciencia es un reflejo subjetivo del mundo objetivo, empero no es un reflejo mimético como el de un espejo, sino mediato, pues entre la realidad reflejada y la conciencia existe un mediador, un "lente" que condiciona, modifica, conforma "la imagen" que le atraviesa y es: **la práctica social**.

Un aporte trascendental de Marx y Engels a la concepción general de la relación entre el *pensar* y el *ser* fue explicar el papel de la "práctica social" es en esta relación, a través de la cual el hombre transforma la realidad, y ésta, a su vez, determina su conciencia; consecuentemente, es trascendente a la "conciencia social y a la conciencia individual" lo que *se da* y de *la forma que se da* en, y a través, de la *práctica social*, fuera de ello, no es posible.

Para que la afirmación de la autora citada sea totalmente válida debía decir de la manera siguiente: *la norma penal al realizarse o imponerse en la actividad práctica social y de la forma en que se realice estará actuando en las conciencias individuales junto con los otros (...)*.

En razón a esta condición objetiva de la relación entre el *pensar* y el *ser*, el castigo que acompaña y conforma a una prohibición en una ley dada (por ese sólo acto) no podemos concebirlo desde ese primer momento ya como *la sanción*, únicamente, por la conminación en la norma abstracta; frente la ley penal escrita simplemente estamos *formalmente* antes la *sanción*. Es una *condición necesaria*, para que un restricción de bienes determinado llegue a ser una **sanción penal**, que aparezca en una ley, pero, no la única y suficiente, necesita ineludiblemente "pasar a través del **lente**" que da paso al reflejo en la

conciencia, ese lente es: **la actividad práctica del sistema penal**.

Una restricción de bienes fijado en una ley penal trascenderá o se traducirá a la conciencia social e individual como *sanción* únicamente cuando en su "actividad práctica social el sistema penal" lo impone *pronta y certeramente*; por el contrario, si hay impunidad o retardo en su imposición tal castigo no pasará de ser un acto de violencia, una restricción de bienes, pero en modo alguno lograra traducirse como *una sanción*. Cuando hay impunidad o retardo el castigo previsto en la ley penal puede que se traduzca como lo advierte Zaffaroni, simplemente: "un acto de poder".

Definir el rasgo esencial de la pena tiene serias implicaciones prácticas, (todo conceptos científico ha de tener implicación práctica, no pueden ser una mera contemplación de la realidad) si pena es la **sanción** en el derecho penal, rasgo que le viene dado fundamentalmente por la *actividad practica del sistema penal*, del derecho como **el todo y no de ella aislada**, todo cuanto se ha conjeturado sobre sus fines y los errores en su empleo, son consecuencia de no tomar en cuenta esta cualidad, pues, si el rasgo esencial es *ser la sanción*, lo único que debe preocupar al sistema penal es lograr que esa *propiedad* no se pierda en la actividad práctica y no tratar de alcanzar fines con ella modificando su contenido y medida en dependencia de la altas y bajas en la actividad delictiva, deformando, entonces, un elemento esencial que advirtió tempranamente Beccaria: *la pena debe ser proporcionalidad al injusto y la culpabilidad*

Hasta el momento la doctrina ha incurrido en el error de definir o conceptualizar la pena a partir de *su contenido* (es el castigo, es el mal, es una restricción de bienes...) y no a partir de *su esencia*, por esa razón entendemos que pena es: *la sanción* en la estructura de la norma jurídico penal, rasgo que le viene dado no sólo por su establecimiento en una ley sino, además, cuando tal disposición se cumple o impone en la realidad de manera pronta y certera y su contenido es una restricción de bienes al sancionado, determinado o proporcional en

su medida al bien jurídico, la culpabilidad y la prevención. Resulta así una síntesis categorial (...bien jurídico, culpabilidad, prevención...), consecuentemente del futuro de estos conceptos dependerá, en parte, el desarrollo futuro del concepto de pena.

Queda claro que una cosa es la **pena**, una *parte* del Derecho penal *el todo*, consustancial a la sociedad dividida, cuya esencia le viene dada justamente en esa relación dialéctica entre *el todo y la parte* y otra cosa es el contenido (es decir el bien que concretamente restringe: la vida, la libertad, el patrimonio) la forma (pena de muerte, privación de libertad, multa, confiscación...) en que toma cuerpo esa pena en cada momento histórico. La privación de libertad que es un **tipo de pena** que tiene como *bien a restringir: la libertad del sujeto*; si nos detenemos frente a ella tenemos, además, que es el tipo de pena que restringe en su contenido **el bien máspreciado del hombre después de su vida**, sobre esta advertencia regresaremos más adelante.

NATURALEZA SOCIAL DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Los alemanes Rusche y Kirchheimer, quienes hicieron historia con su obra *Penas y estructura social*, al dar una mirada al contexto histórico que dio origen a la privación de libertad como pena refieren: “El vínculo, transparente o no, que supuestamente existe entre el delito y la pena debe ser destruido en tanto que impide toda investigación acerca del significado autónomo de la historia de los sistemas punitivos. La pena no es una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo”; esto es cierto, han existido y existen escuelas, teorías, tendencias, sobre los fines de la pena, sobre los vínculos de éstos y la teoría del delito, sin embargo el cuestionamiento en cuanto a un *tipo de pena*, entender por qué un castigo es más utilizado que otro, o por qué un tipo de castigo aparece, desaparece o es sustituido, no se ha desarrollado, o al menos, no desde una perspectiva material, objetiva.

Se debe partir del hecho que, a través del derecho, la clase en el poder expresa su

valoración sobre la realidad social que le rodea. La prohibición penal, antes que norma misma, es la expresión de valores; es la exteriorización de una escala de valores dados. A través de la prohibición se desvaloran conductas humanas que le resultan contrarias a los “bienes” que satisfacen “necesidades”, esencialmente, de ese grupo social en el poder. Por otra parte, el castigo es el par dialéctico sin el cual no existe la prohibición; el es la expresión del carácter coactivo del Derecho, pero, en la “forma” que se castiga, en la “forma definida” que se castiga (matar, torturar, privar de libertad o multar), en la elección de uno u otro castigo hay también una expresión concreta de los valores de esa clase dueña de la maquinaria del poder, que es el Estado, determinado, en última instancia, por el desarrollo económico-social alcanzado.

En el viejo orden feudal, por ejemplo, existía un régimen dual de penas: *corporales* y *pecuniarias*, estas últimas estaban reservadas a los ricos, por dos razones esenciales, primero, porque era una forma de obtener ganancias, y, segundo, porque podían pagarla; las *corporales*, por su parte, estaban destinadas, generalmente, a los pobres pues les resultaba imposible pagar. En ninguno de los dos casos, -ricos o pobres- se empleaba la cárcel como penas, pues la libertad no era *estimada* como un *bien* con cuya restricción se podía y debía castigar al transgresor.

Sin embargo en nuestros días, tal vez por la existencia de la cárcel en el inicio mismo de la civilización, se piensa que es el complemento “natural” del sistema penal, en consecuencia, de emplearse éste para la solución de un determinado conflicto, lleva a utilizar obligadamente, como signo propio de tal sistema, la privación de libertad a modo de castigo; en tal sentido afirma Massimo Pavarini: “Es oportuno a esta altura dedicar algunas palabras a la génesis de esta institución que todavía hoy la opinión pública considera que ha existido siempre, como si fuese un dato obvio que quien comete un crimen sea castigado con la privación de libertad”. No se entiende que es una pena relativamente joven; la historia ubica su aparición en el siglo XVI y su afianzamiento en los finales del XVIII, pues, es cierto que

antes del régimen capitalista existía la cárcel, pero era mero lugar de custodia, una medida cautelar que aseguraba el proceso al final del cual era castigado con la pena de muerte, la tortura u otro castigo reconocido como tal.

Para poder entender este tránsito de simple *medida cautelar* a principal *tipo de pena*, hay que buscar, primero, qué convirtió a la **libertad** en un **bien** para la clase políticamente dominante; qué necesidad material, resuelta desde ella, le dio **valor**, en razón del cual podría ser objeto de restricción como castigo ante una transgresión, pues, anteriormente no era considerada un **bien**. Como antes dijimos, en el régimen feudal, incluso a los hombres libres no se les privaba de la libertad para castigarlo; la libertad del hombre no era *significativa*.

Para tal empresa se debe ir a la base material de la sociedad, a la forma de producir los bienes materiales, la única que nos puede brindar el hilo conductor de su origen.

En las dos formaciones económico sociales anteriores al capitalismo, el modo de explotación era de manera abierta o directa; el esclavo y el siervo eran sometidos a trabajar de manera descubierta. En esos dos modos de producción la libertad del individuo era absolutamente insignificante; sin embargo, con el advenimiento del capitalismo la forma de explotación cambia y pasa a ser encubierta, solapada, se basa en el hombre "libre". El capitalista necesita al hombre libre, incluso de medios de trabajo, esa es la base, el cimiento, el punto de partida de todo su sistema. Para el capitalista "la libertad" si es un "bien", por ello la forma de castigar, al pasar de un régimen a otro, cambiará y ello no se puede explicar a partir del derecho mismo, de la norma penal concreta, hay que entender, primero, el contexto material desde el cual se funda. En otras palabras el *Modo de producción capitalista* convirtió a la libertad en un *bien para la sociedad* en razón a la *necesidad material* que dio solución.

Esta es la primer condición objetiva para que la libertad pase a ser el bien objeto de restricción en el castigo, pero no el único, eso sí, sin este primer paso no hay posibilidad

de que emerja como pena, es necesario que la libertad del hombre sea un *bien*, para que luego pueda ser *objeto de restricción* en el castigo.

No termina aquí la explicación del fenómeno, sólo se ha visto una parte; debemos dejar claro que para que algo le signifique al individuo, a una clase o a la humanidad en sentido general, es menester que dé solución o satisfacción a una necesidad dada, las cosas no significan por el mero hecho de existir, sino por la capacidad de dar satisfacción a una necesidad concreta; resulta significativo, únicamente, lo que es necesario. Por ello no es suficiente, para la instauración de la cárcel como pena, que la libertad devenga en valor para la clase capitalista, por su significación en ese modo de producción. La libertad es, hasta aquí, un *bien* por lo que significa a la producción material; de esta forma la libertad adquiere **valor**, pero aún no se revela, no se explica, que necesidad de **orden**, o que necesidad para el **orden** satisface que llevan a su empleo, entonces, como castigo.

Nuevamente la clave se encuentra a través de la observación o valoración de un problema material histórico-concreto. El paso de campesino a obrero no fue un paso simple en el cual, el primero, llegó a la ciudad y por obra y gracia de la nada se convirtió, ya, en obrero, este fue un cruento proceso; al respecto refiere Pavarini: "...cuando los niveles cuantitativos de la fuerza de trabajo expulsada del campo fueron superiores a las posibilidades efectivas de su empleo como mano de obra de la manufactura reciente, la única posibilidad de resolver la cuestión del orden público fue la eliminación física para muchos y la política del terror para los demás. La consideración política respecto de las clases marginales cambió a su vez gradualmente con el desarrollo, en los inicios del siglo XVII y más aún en el siglo XVIII, de la manufactura, después de la fábrica, y por lo tanto con la siempre creciente posibilidad de transformar aquellas masas en proletarios ... a la brutal legislación penal de los siglos XVI y XVII le sigue progresivamente un complejo de medidas dirigidas a disciplinar a la población fluctuante y excedente a través de una variada organización de la beneficencia pública

por un lado, y a través del internamiento institucional por otro..”

Es decir, el régimen capitalista comienza a gestarse desde finales del siglo XV, a consecuencia del cual la libertad se convierte en un bien, sin embargo, aún cuando se sitúa el origen de la privación de libertad como tipo de pena en el siglo XVI, como antes refiere Pavarini, entre este siglo y finales del XVIII imperó una represión feroz, la idea esencial era la *eliminación* de las masas campesinas excedentes, no obreras aún e innecesarias, en tal magnitud, al capital emergente; o sea que, no es suficiente que la libertad se convierta en un bien para la sociedad, en razón de la necesidad *material* que da solución *en un modo de producción* determinado, sino es necesario, además, que surja, que emerja, una necesidad de *orden social* para la clase dueña del poder político, que lleve a su transformación en el bien objeto de restricción en el castigo.

La situación cambia con el advenimiento del siglo XVIII donde sí hacen falta más mano de obra a la cual hay que disciplinar, y allí sí da solución la cárcel a una *necesidad* concreta de *orden social*, o mejor del orden que necesita el capitalista: disciplinar esas grandes masas no obreras, indisciplinadas, sí, pero ahora necesarias también; por una parte, no querían tenerlas como un peligro a su orden social, pero, por otra parte, matarlas, eliminarlas, no daba tampoco solución a sus necesidades; y allí mismo, en ese instante, aparece la cárcel como la institución que dará solución a este sistema de necesidades, pues se emplea en la imposición del orden por un lado y por otro conserva intacta la necesaria fuerza de trabajo y la transforma, la prepara, la somete a la nueva función, a la nueva forma de explotación. Se explica así su paso de, insignificante bien para el castigo, de una institución sin “valor” como castigo en sí, a una institución con “valor” como castigo, como medio de imposición del orden.

Son dos necesidades relacionadas, interconectadas, pero que no se pueden confundir; la libertad emerge, primero, como *bien*, por la necesidad del modo concreto de explotación: el hombre libre y luego se convierte

su privación en un castigo por la necesidad de disciplinar (convertir en obreros) a grandes masas indisciplinadas pero imprescindibles al capital. Ahora, debe quedar claro que ese orden en que emerge la libertad como objeto de restricción es inalterable, debe primero ser un bien para las necesidades materiales de la sociedad, para que luego se convierta en un bien objeto de restricción en el castigo.

Paralelo a este hecho material, en el ámbito social se había gestado una fuerte corriente humanista que catalizó el proceso, acelerando el tránsito evolutivo de tal medida cautelar a pena, pero, cabe una salvedad, se les atribuye o se relaciona a Beccaria, Howard, Marat o Bentham la propuesta de sustituir las penas crueles del momento por la privación de libertad, cuando en realidad ellos criticaron el sistema imperante en su época pero no propusieron fuera en particular la privación de libertad la solución del conflicto

Por otra parte -también como un catalizador-, en la primera mitad del Siglo XIX se instaura, a contrapelo de las críticas de los filósofos clásicos alemanes y en abierta oposición al marxismo, el Positivismo filosófico, corriente del pensamiento que pretende (amen de su esencia ideológica) la conformación de un paradigma de ciencia social similar a las ciencias naturales. Hija de esta tendencia, dentro de la ciencia del Derecho penal, nace la Criminología con la cual la prisión punitiva adquiere su “fundamento científico” su “aval teórico”. De hecho, el pensamiento positivista cambió las pretensiones con que originalmente nace la cárcel punitiva que era, entre los siglos XVIII y XIX, la expiación y la realización de trabajos forzados en beneficio del Estado, mientras que con la nueva concepción criminológica se propone la *resocialización* del condenado

Con el devenir del tiempo, el desarrollo de la sociedad y su complejidad, la sustitución de las necesidades que hicieron emerger la cárcel punitiva, entre otras, han cambiado el paradigma de: pena que “alivia”, por el de la pena que “destruye” “aliena” y, lejos de prevenir, reproduce el delito.

LA CRISIS ACTUAL

En la llamada “crisis” no existe consenso, primero: en cuanto a: ¿qué es en sí la crisis? pues se identifica en ocasiones con las condiciones de *hacinamiento* de las cárceles, en otras con una *contradicción* entre, los fines que se pretende con la privación de libertad o la pena en general, y los que realmente se producen. Y segundo: ¿qué está realmente en crisis?: ¿la privación de libertad?, ¿la pena como institución del derecho penal?, o ¿el sistema penal?

Creo que no resulta discutible el estado de hacinamiento en las prisiones, pero si la crisis fuera simplemente ese estado de congestión carcelaria, la solución sería relativamente fácil, se construyen más cárceles y la solución está dada; precisamente, por ese error de apreciación, en la citada Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Caracas del 4 al 6 de marzo de 1998, en su Sexta Sesión Plenaria sobre Mecanismos para la Solución de la Crisis Penitenciaria, el recurso que presentaron algunos presidentes de corte fue, justamente, abogar por la construcción de nuevos establecimientos penitenciarios, con lo cual tal equívoco no resulta ingenuo y podría profundizar aún más el referido estado de crisis, pues queda la interrogante: ¿qué genera esa congestión?, por ello, otros pensadores conscientes del error hablan de una “moratoria en la construcción de nuevas prisiones” para evitar que, ante el relativo y muy temporal vaciado de las instituciones carcelarias, continúe el uso indiscriminado de la privación de libertad y la prisión preventiva. Es evidente que el hacinamiento genera crisis, pero no es en sí la crisis.

Hay que dejar sentado que *la crisis* es un *fenómeno social objetivo, necesario*; propio de la *realidad social*; es la forma en que se produce el desarrollo en esta esfera del *ser*, a diferencia de la realidad natural; al respecto, afirma González Arencibia: “La definición del concepto crisis exige su vinculación con el concepto de contradicción y especialmente, con las contradicciones internas como fuente del desarrollo y más si se tiene presente que la exterioridad está en la propia interioridad”

La *contradicción* es la forma en que se produce el desarrollo tanto en el *ser* como en el *pensar*, es una *ley* del desarrollo; ahora, la crisis es la forma específica en que tal ley se produce en el *ser social* (en la naturaleza hay contradicciones pero no hay crisis), ella es la expresión de un *estado o fase* en el desarrollo de las contradicciones, precisamente el final, pero no es la expresión de cualquier contradicción; es la manifestación de la maduración de la o las contradicciones esenciales, y refleja la necesidad del cambio.

La importancia, el valor, de la crisis está en que en ella se muestran las contradicciones fundamentales y se expresa así de manera más clara cuál es la esencial del fenómeno, de la que depende su desarrollo. Permite al estudioso de un fenómeno social dado, conocer los jalones fundamentales del desarrollo del mismo. En un período de crisis se determina cuáles son los elementos esenciales de ese sistema de relaciones, ella muestra qué es lo *esencial* y qué es lo simplemente *pasajero*, tal y como advierte Lenin: “Porque la gran importancia de toda crisis consiste en que pone al descubierto lo oculto, deja a un lado lo convencional, lo superficial y mezquino, barre la escoria política y revela los verdaderos resortes de la lucha de clases que se libra en la realidad.”

La crisis muestra, además, que ese fenómeno ya no se ajusta al desarrollo social, no se aviene a la necesidad social del desarrollo con el cual debía corresponderse y que debe cambiar o desaparecer. Por ello la crisis es, primero, una manifestación de contradicciones –la congestión de la cárcel es un estado de cosas, no una contradicción–, segundo, es inevitable, pues se desprende del nexo interno del ser social, es la manifestación de las leyes de su desarrollo propio; consecuente con ello, no es una fatalidad como en ocasiones se confunde, sino por el contrario, su conocimiento, la conciencia que se tenga de ella –precisamente por mostrar de manera más simple cuales son los nexos esenciales y cuales los secundarios– le permitirá al estudioso ser “libre” ante el fenómeno que examina, dominar y conducir conscientemente el desarrollo social.

La crisis, vista desde el derecho penal, es una *contradicción* que se expresa concretamente: *en un no cumplimiento de los objetivos de prevención de la actividad delictiva*. Ciertamente es que esta *contradicción* se muestra mucho más aguda en la privación de libertad, pues en ella no sólo no se cumple con el objetivo de prevenir, sino se ha convertido -en el mejor de los casos- en un **reproductor** de antivalores (cultura carcelaria, prisonización) y -en el peor- la prisión se transforma en **reproductor** o **promotor** del crimen (perfeccionando los medios y los modos de cometer delitos) y así en fuente generadora de las propias conductas que trata de evitar el derecho.

Pero recordemos, como antes dijimos, que lo esencial no es la manifestación externa de la contradicción sino lo interior que la hace manifestarse, con lo cual se trata de llegar hasta lo esencial que da solución a esa contradicción. Se impone ahora la respuesta a, *qué es lo que está en crisis*, pues de la respuesta a ello nos podremos acercar a lo que es *esencial* de lo cual depende en mayor medida la solución de la contradicción.

En el capítulo anterior se dejó sentado que la pena es una *parte* de un *todo*: *el derecho*, fuera o separada del cual pierde su esencia, consecuentemente, no puede ser una crisis situada en un sólo elemento, en este caso la pena. Por otra parte, vimos que el fin preventivo es un objetivo del *todo* en el cual contribuye la pena, pero se alcanza con la *acción pronta y certera* del sistema o del todo del cual depende que, siendo **proporcional** dicho castigo, trascienda a la práctica social de manera preventiva; si la crisis es una contradicción con el fin preventivo, que es un objetivo del derecho, hay entonces que ver al derecho (el todo) y no, únicamente, a la pena (la parte).

En otro orden de cosas, la práctica social una vez más nos revela otra experiencia: ante la crisis de la privación de libertad se accedió a las penas alternativas o sustitutivas de la cárcel punitiva como solución a la contradicción, sin embargo, lejos de traer tal reparación se convirtieron en *complementos* suyos trayendo, en muchos casos, un nuevo problema que hace más complejo y agudo el

anterior estado de crisis: la extensión de las redes de la cárcel a la sociedad, de ello se infiere que si lo esencial de la crisis estuviera en la pena, en su modo de empleo, de su concepción en sí, tal contradicción se habría solucionado o al menos apuntara a una posible solución, pero fue al contrario, la crisis se extendió de la cárcel a sus alternativa y se hizo más compleja. Esta experiencia práctica nos revela, o mejor, nos demuestra que no es la pena la que está en crisis en sí, y que, consecuentemente, no está en ella su solución. Por su parte el hacinamiento, es una condición que agrava la crisis al generar las propias conductas que se pretenden evitar, pero ella no es resultado exclusivo del empleo de la privación de libertad ni de la pena en general, sino además de la prisión preventiva y esto atañe a otro orden del sistema penal, o a un momento distinto, anterior, a la pena pero resultado de la actuación del sistema penal.

Hay que mirar entonces hacia el derecho en busca de lo esencial. Los cambios ocurridos en este terreno han llevado a varios autores a definir la existencia en la actualidad de un: "derecho penal moderno" producto señero de los procesos de globalización económica, el desarrollo de las nuevas tecnologías, el avance de la industria en sentido general, que han hecho a nuestras sociedades muchos más complejas, con el consecuente corolario de nuevos y mas difíciles conflictos como son, el deterioro agudo del medio ambiente, la criminalidad relacionada con la informática, el impacto demoledor de los delitos económicos, el galopante desarrollo del terrorismo, el tráfico de drogas y personas, el avance del crimen organizado, sobredimensionados todos por el efecto multiplicador de los medios masivos de comunicación, asociados en muchos casos al patológico derecho penal simbólico, todo lo cual condujo al Derecho penal, del último, al primero de los recursos empleado por el Estado en el tratamiento de los citados conflictos, con la consecuente hipertrofia de la parte especial de los códigos penales, la depauperación, o mejor, destrucción de las garantías sustantivas y procesales -llevando a la reaparición del argumento Hobbiano del "derecho penal del enemigo"-, y, paradójicamente, en medio de la promoción por el uso de las alternativas, se aumentó el empleo de la privación de

libertad en sus límites máximos junto a las cárceles de alta seguridad.

Se puede resumir: existe un Derecho Penal "máximo", que tiene como consecuencia necesaria su propia saturación como sistema convirtiéndolo en *poco certero* y a su vez *lento*; las dos condiciones indispensables para que pueda cumplir el fin preventivo están ausentes. La contradicción que se expresa en la pena es el reflejo de este problema esencial, ella sólo es la manifestación externa de este problema interno.

La crisis no es, pues, de la privación de libertad o del sistema de penas sino del sistema penal, del *todo*, que cada día se satura más y agudiza el estado de crisis, consecuentemente la solución *esencial*, –es la esencial pues de ella depende que las restantes acciones pueden paliar la crisis, sin ella imposible–, es la implementación del "derecho penal mínimo", sin su empleo cualquier acción parcial no sólo no dará solución a la crisis sino puede, como el caso de las alternativas, complejizarla, profundizarla aún más.

PRINCIPIO DE DERECHO PENAL MÍNIMO

Este principio esencial del derecho penal, nace, en el liberalismo decimonónico, de la mano intelectual de Beccaria -aun cuando él no tuviera conciencia de su creación ni de la magnitud de ella-; como referimos al analizar este autor, la trascendencia de su obra es, precisamente, no tratar de crear un concepto sino exponer e interpretar la experiencia social, que es la materia prima del concepto; se necesitó el cursar de muchos años para que esa experiencia expuesta se tradujera en un concepto terminado.

Este principio se puede resumir en que: el Derecho penal no protege todos los bienes sino, únicamente, a los más importante, no los protege de todas las agresiones sino de las más graves, y sólo cuando otras esferas no le brinden protección adecuada. Para la mejor comprensión de este referido concepto limitador, se puede seccionar, y quiere decir:

Primero; que el derecho penal no debe proteger todos los **bienes**, sino sólo los más

importantes, dada su posición en la escala de valores en una sociedad. Aquí se encuentra un nudo teórico trascendental del derecho penal, imprescindible para su eficacia. El derecho penal como regulador de la conducta es en extremo limitado, se centra, esencialmente, en la certeza y prontitud de su actuar como antes expusimos, por esa razón su esfera de acción debe ser muy estrecha, limitada, definida; comprendiendo únicamente los bienes que resultan imprescindibles para la vida social o aquellos que sólo él puede proteger –en este último caso, por ejemplo: la vida humana–, si no se cumple este parámetro y se da tutela a bienes de menor valor, el resultado real es la devaluación de los bienes jurídicos más importantes verdaderamente necesitados de tal protección y todo por una razón lógica muy simple: si los órganos del "sistema penal" (policía, fiscalía, tribunales y prisiones) se les satura con conductas de intrascendente peligrosidad o con aquellas en que él no puede regular, poco podrán hacer para proteger los bienes que sí necesitan de su atención y cuidado, pues estarán perdidos entre menudencias que bien podrían encontrar solución eficaz en otra vía no penal. Un sistema penal saturado de triviales procesos penales, por más que se esfuerce, siempre será un sistema penal ineficaz e ineficiente, como advierte Luigi Ferrajoli: "Derecho penal mínimo significa la reducción al mínimo de las circunstancias penales y su codificación general mediante la despenalización de todas aquellas conducta que no ofendan bienes fundamentales y que saturan el trabajo judicial con un dispendio inútil e inocuo de aquel recurso escaso y costoso que es la pena y tienen el triple efecto del debilitamiento general de las garantías, de la ineficacia de la maquinaria judicial y de la devaluación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal."

Segundo: no debe proteger a los bienes más importantes de todas las agresiones contra ellos, sino, únicamente de las más graves. Se trata así de una restricción sobre una restricción anterior, cimentada en razones de *proporcionalidad* entre, la lesión ocasionada al bien jurídico protegido por el derecho penal con el delito por el transgresor y la lesión ocasionada a los bienes del delincuente con la pena por el Estado. En estos dos apartados se

resume el carácter *fragmentario* del derecho penal, y se soporta sobre el principio de bien jurídico, concepto, este último, vaciado por las tendencias funcionalistas. Con lo cual, el rescate de tal principio como objeto de protección guarda una estrecha relación con la propia concepción y materialización del principio de derecho penal mínimo.

Tercero: debe intervenir sólo cuando otras vías resulten ineficaces en la prevención de tales conductas. Es una práctica viciosa dejar en manos del aparato represivo estatal determinadas conductas por el sólo hecho de ser moralmente reprochable o en la búsqueda de una supuesta eficacia cuando pueden encontrar solución en otras ramas del ordenamiento como el derecho civil o el administrativo; aquí la *subsidiariedad* del derecho penal. En este último caso es imprescindible no sólo que el bien jurídico esté necesitado de protección sino, en igual medida, que el derecho penal pueda darle salvaguardia con sus rústicas herramientas; cuando se tutela un bien necesitado de protección, pero que el derecho penal es incapaz de proteger, entonces estamos, aún cuando no lo queramos, convirtiendo el derecho penal en *simbólico*, únicamente *competente para representar el valor del bien* pero *incapaz de brindarle una protección efectiva*, eficaz. Se trata de emplear el derecho penal como última instancia y en los casos que puede ser eficaz, en los que no pueda serlo hay que encontrar otra vía no penal que de solución a esa necesidad de protección. Hasta aquí hemos visto la crisis (una contradicción entre la necesidad de prevención y su no cumplimiento) y su naturaleza (la falta de respuesta pronta y certera del derecho penal), pero en modo alguno quiere ello decir que todo estará solucionado únicamente allí, pues la pena con su contenido y medida determina, en su momento, la eficacia preventiva. Por otra parte, el mismo principio de derecho penal mínimo no interesa únicamente al *todo* pues él se verifica, precisamente, en y a través de las *parte* que integran el derecho penal, en la prohibición, en la pena, en el proceso, en los órganos a cargo del proceso, en fin en ese *todo* a través de las *partes* y sus relaciones, por ello en el terreno de la pena, y particular

en la privación de libertad existen necesarias intervenciones a realizar.

SOLUCIÓN DESDE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En el primer capítulo se plantea que el fundamento que legitima un tipo de pena, y así su permanencia, es, primero, que sea proporcional (al bien jurídico, a la culpabilidad y a la prevención) y en razón a ello, segundo, garantice o sea apta para la prevención. No cabe duda que la privación de libertad, en razón a que reproduce el delito más que prevenirlo, carece de legitimidad, reduciéndose a lo que Zaffaroni define como un “acto de poder”; en consecuencia se abren dos posibilidades: o se le *suprime*, o se le *modifica*.

A pesar de todo lo anterior, en el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se advierte que la privación de libertad es aún una sanción en tal razón debe seguirse utilizando. Por otra parte, entendemos que suprimir totalmente esta pena de los códigos penales -en medio de las difíciles condiciones actuales-, podría acarrear más problemas que soluciones a la situación de desequilibrio en que está sumido el derecho penal, por lo tanto se impone, debido al momento histórico la segunda variante: una *necesaria modificación*, lo cual no impide pensar en una futura eliminación tal y como sugiere Ferrajoli.

La cárcel, como advertimos en epígrafes anteriores de este propio capítulo, ha sido la pena *más criticada* pero a la vez -paradójicamente- *la más empleada*, primando, además, *la severidad* en su imposición, evento que multiplica el efecto de acumulación carcelaria, el hacinamiento. Estas condiciones de saturación, puramente objetivas, impiden cualquier intento de resocialización en el medio interno, pues el estado de congestión obliga a las administraciones penitenciarias a situar, en primer orden de su subsistencia, a la seguridad y estabilidad del centro, permanentemente amenazada en esas condiciones extremas. Por esta razón, antes de analizar, *el si es posible* y *el cómo* de la resocialización, es menester encargarse

de esta dimensión objetiva: la saturación carcelaria hace imposible, irrealizable la resocialización.

Las Naciones Unidas, instada por otros cónclaves internacionales, destinó su Segundo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente al análisis de las que denominó “penas cortas” de privación de libertad para disminuir su uso, a cuyos efectos se realizaron varios estudios en distintas naciones del planeta, los cuales revelaron, primero, que el propio término “penas cortas” no es unívoco, coincidiendo bajo este término, penas privativas de libertad que oscilan desde días hasta un año de privación de libertad y segundo, que existe un consenso mayoritario en cuanto a que las “penas cortas” de privación de libertad impedían, en tan corto período de tiempo, desarrollar una labor de resocialización, no intimidaban y además contaminaban al sancionado –que casi siempre era sometido a ese castigo por delitos de menor peligrosidad– al ponerlo en contacto con personas más peligrosas en razón a ello, sugería a los Estados miembros la limitación del uso de este tipo de penas carcelarias, al redundar ellas en más pérdidas que beneficios y en su lugar imponer sanciones sustitutivas al internamiento.

El análisis y las sugerencias son absolutamente válidas; privar de libertad a una persona por un “corto” período de tiempo y someterlo a una contaminación innecesaria que puede, lejos de prevenir el delito, convertir a ese delincuente menor en uno de mayor peligrosidad, es realmente contraproducente, sin contar la contribución a la saturación carcelaria que ello genera, pero, una contradicción llama nuestra atención mucho más que el racional análisis y es que el referido informe plantea que: estas penas privativas de libertad se emplean en delitos de *poca peligrosidad*, parece una relativa proporcionalidad entre delito y pena –incluso el término de “pena corta” coopera en la ilusión– pero en ese propio informe se dejó entrever lo cuestionable de ser, en realidad, penas poco severas.

Antes de examinar si las “penas cortas” intimidan o no, si resocializan o no, se impone valorar un problema puramente objetivo: en

la privación de libertad estamos ante la pena más severa con que cuentan muchos sistemas penales –después de la pena de muerte–, pues, al imponerse, se restringe o instrumentalizan de una sola vez, prácticamente, todos los bienes fundamentales a la existencia del individuo después de la vida, –incluso en ocasiones, en razón del tratamiento penitenciario, ante una indisciplina del recluso, se le restringe de otros bienes que el propio órgano jurisdiccional no dispuso– consecuentemente, se está empleando la pena más grave en los delitos menos graves, una desproporcionalidad material. La privación de libertad no puede medirse, únicamente, por su duración, sino además, y muy especialmente, por su intensidad; no podemos tomar sólo la *cantidad* de tiempo de libertad suprimida, sino además la *calidad* y a la vez *cantidad* bienes inherentes al individuo que, de una vez, se suprimen al sancionado al encarcelarse, por ejemplo, resulta absolutamente desigual un año de privación de libertad y un año de trabajo correccional con internamiento en razón a la referida intensidad de la restricción de los bienes inherentes al sancionado en el medio carcelario.

En otro orden lógico y puramente práctico, si lo que se pretende es disminuir el uso de la privación de libertad, subsidiando las penas cortas impuestas a delitos de menor peligrosidad, es preferible, simplemente, suprimir totalmente la privación de libertad para estos delitos menores, pues dejar la alternativa de emplear o no la cárcel en manos del juzgador, coloca la solución en un terreno un tanto subjetivo o indeterminado que haría muy relativa o incierta esa pretendida disminución; como justamente se advirtió en el citado Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Por otra parte, al subsidiarse la privación de libertad, ella aún queda como *medio de garantía* para el cumplimiento de esas penas subsidiarias, una suerte de “espada de Damocles” que pesa sobre el sancionado y que en caso de incumplimiento –incluso, no necesariamente por la comisión de un delito sino por la simple comisión de una indisciplina– va a parar a la cárcel.

En razón a la disparidad de criterios definimos como “pena corta de privación de libertad”, aquella que no rebasa el año, y en cuanto a ella, en realidad no se trata de eliminarlas sino de no emplearlas en delitos de escasa peligrosidad por ser absolutamente desproporcionadas a ellos. Las que tiene problemas no son las “penas cortas de prisión” sino su empleo en delitos de escasa peligrosidad; la solución es suprimir la privación de libertad en los delitos menos graves y utilizar en ellos otro tipo de pena, reservándola, únicamente, para los delitos más graves en los cuales se podría, entonces, reducir su duración en vista a evitar la desocialización que provoca lo períodos prolongados de internamiento, ganando racionalidad y legitimidad esta pena al quedar –como debería ser– como la última de las acciones posible en justa proporción a los eventos más graves; en su condición de pena máxima debe pasar a la última de las opciones (principio de derecho penal mínimo) ocupado su espacio actual las hoy llamadas “alternativas”, como refiere Ferrajoli –al tratar el tema de la reducción del uso de la privación de libertad–: “Esta reducción cuantitativa –no indirecta, a través de los actuales mecanismos discrecionales de indulgencia previstos en la fase de ejecución, sino directa mediante sus sustitución por tipos de penas más leves para los delitos menos graves y la reducción de la legalmente prevista para los más graves– puede representar por tanto, a corto y mediano plazo, un objetivo creíble de reforma penal.”

Se reduce así la entrada a prisión de un grupo considerable de personas; pero esta no es la única ni la principal razón de su saturación –mirándola desde la pena, pues quedaría reducir su uso como medida cautelar– ya plateamos que una de las paradojas de la cárcel punitiva es que, junto a sus críticas, aumentó su uso y su *severidad*, consecuentemente, otra razón que agudiza el hacinamiento es la permanencia de los sancionados por prolongados períodos de tiempo como consecuencia del empleo de penas de prisión excesivamente largas, calificadas por Elena Larrauri como: penas feudales

Como referimos en el capítulo anterior, cuando la cárcel punitiva se extiende por períodos superiores a quince años resulta ser

un castigo *desocializador* para el sancionado pues, como refieren la investigaciones empíricas alegadas por los distintos autores allí citados, el individuo sometido a este régimen, una vez que cumple, resulta poco probable o imposible de reincorporarlo a la sociedad. Se trata entonces de una restricción de la libertad que, en tal medida, se renuncia tácitamente a un objetivo que la legitima como *tipo de pena*: la *resocialización*. La privación de libertad como *tipo de pena* resulta, en esos caso, únicamente *retribución*, en razón a que, por el *mal* realizado en el delito se paga o retribuye con otro *mal*, incluso mucho peor, pues no sólo es un mal para el sancionado que la padece de manera inmediata, sino un mal mediato para toda la sociedad a la cual trae, el ya repetido hacinamiento y sus nefastas consecuencias y un individuo que, al regresar a ella, resulta un “antisocial irrecuperable”. La cárcel punitiva por esa “desproporcionada” medida puede producir un mal mayor que el que produjo el propio delito por el cual se impone.

Las investigaciones empíricas alegada por los distintos autores citados, revelan que la privación de libertad superior a quince años resulta desocializadora, pero no explica ni podrán explicar el *por qué*. La respuesta a esa interrogante no podemos buscarla en la *experimentación* sino en el análisis de la *experiencia*, en comprender la esencia del hombre como “ser social” a partir de la cual se explica cómo el hombre en su “actividad práctica” transforma la realidad (contenido de su conciencia) y a su vez su propia conciencia, con lo cual, una vez que el hombre es “segregado” por un período tan prolongado de la “sociedad” y de la “actividad práctica en, y, a través, de esa sociedad” en la cual conforma su conciencia, el resultado no puede ser otro que un hombre que *no es parte*, en razón a ello *no se ajusta*, y resulta así *contrario* a esa “sociedad” a la que se pretende “reinsertar”. No es necesario experimentar en un hombre o en un grupo de hombres, si a los quince o a los diecisiete años de internamiento en prisión se transformó en un individuo irrecuperable para el medio social, es suficiente conocer la *esencial social del hombre* (cualidad que brinda la experiencia y no un experimento) para saber que una supresión tan prolongada

del medio social produce tal resultado. Una pena superior a quince años de privación de libertad resultará entonces una “pena larga”, en razón a que rebasa la medida posible de resocialización.

La pena no puede funcionar con un alto costo al delincuente en la medida de la pena, ello la hace ilegítima, como plantea Sergio García Ramírez, mirado el derecho penal desde fuera, es el medio que protege los bienes más importantes de una sociedad determinada, pero a la vez, con su pena restringe esos que antes defiende; resulta pues que no deben desbalancearse unos y otros, suprimir un bien de mayor valor y en una magnitud o intensidad absolutamente desproporcional al bien protegido con la pena, como puede ser imponer una prisión perpetua que significa una muerte en vida del sancionado, por un delito contra el patrimonio de valor muy inferior a la vida humana y la libertad. La llamada “alarma social” nunca ha de ser en sí un bien a proteger, la respuesta a ese problema la experiencia social la ha dado, es la inevitabilidad de la sanción no su severidad.

Es pues la proporcionalidad de la pena el primer objeto de reparación en el uso de la privación de libertad, primero: relegándola a la última de las penas a imponer, debe ser “destronada” de su reinado y en su lugar colocar las que hoy le subsidian, quedando reservada, únicamente y especialmente, para proteger aquellos bienes jurídicos más importantes de la agresiones más graves, lo cual reduciría la entrada de personas a la cárcel y, segundo, acortando su medida por debajo de los quince años, límite máximo donde la experiencia práctica afirma que se convierte en una pena “desocializadora”, ajuste que le hará ganar en racionalidad y con ello legitimidad; tal precisión impediría, por una parte, la objetiva desocialización del interno –estaría así apta a la prevención–, y, por otra, la congestión por la prolonga estancia de los sancionados.

Una vez descongestionadas las cárceles es que puede pensarse en, qué hacer con el interno, en el estado actual de hacinamiento se puede tener como único objetivo: evitar las peleas internas, los delitos frecuentes en el ámbito

enrarecido o las fugas, entre otras conductas antisociales, con la consecuente reproducción del delito en forma más desarrollada, preparada, óptima para burlar cualquier intento de los órganos de investigación. Es la impunidad una de las fuente principales del estímulo al delito, es la cárcel enrarecida una indiscutible fuente de generación de hombres, medios y recursos para perpetuar esa impunidad.

Desde el punto de vista preventivo, entre otras, lo que legitima la privación de libertad es la resocialización del sancionado, al respecto refiere Sergio García Ramírez lo siguiente: “De hecho, la readaptación ha sido proyecto y legitimación de la cárcel, que de lo contrario sólo operaría como hecho mecánico de castigo, contención o apaciguamiento”, evidentemente hablar de readaptación, en el estado actual de hacinamiento es pura utopía, pero prescindir de ella o aceptar pasivamente su crisis lleva a legitimar el discurso hegemónico preconizado por el funcionalismo, para el cual: si el individuo es irrecuperable, para qué preocuparse por él, no importa lo que le ocurra, lo que importa es la estabilidad de la sociedad, como seguidamente argumenta el antes mencionado autor tomando como referencia a Zaffaroni al señalar: “Sin embargo, éste reconoce también la utilidad quizás residual del discurso readaptador: si no lo mantuviésemos vigente caeríamos en el vacío, o puesto en sus propios términos, sobrevendría «una práctica genocida que se cubriría ideológicamente con el fracaso de (la readaptación)»” de hecho, hay autores que plantean que, frente a la crisis de la resocialización, se produjo un incremento de sanciones de privación de libertad en los países anglosajones, o, en otros, la crisis, el estado de deshumanización de la cárcel, es empleado como medio disuasivo del delito a través de la cárcel

Antes de continuar con el análisis de la *resocialización* debe enfatizarse que ella legítima a la cárcel, pero no todo tipo de pena, pues de hecho las hay que no presuponen ésta, como es el caso de la multa, lo que justamente afirma Elena Larrauri cuando refiere “Fue Bottoms quien en mi opinión tempranamente señaló el desaguado que

suponía calificar a todas las alternativas a la cárcel como de incrementar el poder disciplinario. De acuerdo a este autor existían medidas que o bien no conllevaban una transformación técnica del individuo o que ni siquiera prevenían una supervisión penal –por ejemplo las multas”.

La resocialización no fue siempre el fin de la cárcel punitiva, tal propósito lo adquiere en su desarrollo. Inicialmente su objetivo fue esencialmente expiatorio o vindicativo y económico es con el advenimiento del Positivismo que, trasladada a las ciencias sociales el paradigma de las ciencias naturales, el delito asume el papel de la enfermedad y la cárcel el del tratamiento e aquí el inicio del “fin resocializador de la cárcel punitiva”.

El eje central sobre el que gira este fin resocializador es el denominado: “sistema progresivo”, al respecto refiere Iñaki Rivera “Así, ya avanzado el siglo XIX, se puso en funcionamiento un nuevo sistema penitenciario: el «progresivo» consistente en la posibilidad del recluso de mejorar su situación penitenciaria (e incluso) obtener anticipadamente su libertad (condicional) si su conducta era juzgada favorablemente por las autoridades penitenciarias. Es precisamente en este momento, cuando nace otra función que se atribuirá a la cárcel: la resocialización.”

La esencia del sistema progresivo –aún cuando ha estado asociado a distintos métodos terapéuticos– está dada en que ofrece al sancionado la posibilidad de que extinga su pena antes de lo establecido por sentencia, para lo cual debe alcanzar determinados méritos que llevan a estímulos y a su vez acortan la estancia en prisión o en caso de oponerse a la disciplina se le imponen castigos que restringen aún más su estado de *no libertad* y a su vez extienden su tiempo en prisión. Este sistema progresivo parte de una clasificación del individuo sobre su personalidad y/o peligrosidad social en razón de la cual es encasillado en distintos regímenes que determinan el curso de su estancia en la cárcel.

En cuanto a las bondades o defectos del sistema no existe consenso por ejemplo, a favor de él, plantea Juan Manuel Ramírez Delgado.

El régimen progresivo deja al olvido la idea común de la cárcel como sinónimo de casa de depósito y podredumbre humana superando totalmente aquél sistema implantado por los cuáqueros y conocido como «sistema celular», sistema antisocializador e inhumano (...) Ahora la reclusión se transforma en un período gradual y eficaz de reintegración del hombre a la sociedad que primero lo aisló y ahora reclama su regreso a la misma.

Es cierto convertir a la cárcel en un almacén de hombres es prácticamente someterlos a un suplicio, deteriorante que envilece su personalidad.

Si embargo, en su contra, otros autores plantean que el resultado real del método progresivo actual no es la resocialización del sancionado sino:

1. El sometimiento, la domesticación carcelaria, la imposición de una disciplina que permita funcionar la institución sin interesar la reinserción social, pues de hecho no prepara al interno para sociedad sino para la cárcel;
2. Destruye los valores de la sociedad, desarrollando en su lugar antivalores, que en realidad pueden promover más la comisión de delitos que su prevención, y
3. Conforman la llamada doble moral al obligar a una llamada “representación teatral”.

Antes de tomar partido creo que debemos recordar algo que Hegel planteó en cuanto a la voluntad del individuo: “Como ser viviente, el hombre puede ser sojuzgado; es decir, que su lado físico, por lo tanto exterior, puede estar reducido al poder de otros. Pero la voluntad no puede, en sí y para sí, ser violentada, sino solamente en tanto no se retrae de la exterioridad en la cual está unida estrechamente, o de su representación. Sólo

quien se quiere dejar violentar, puede de algún modo ser violentado.”

Desarrollando esta línea hegeliana Marx y Engels definieron que lo que determina la conducta del individuo son sus necesidades que se conforman en su propia actividad práctica, con lo cual, para modificar la determinación interna del actuar humano no vale la violencia, la coerción, la imposición sino la modificación de su actividad práctica; modificar por la fuerza el actuar en el individuo genera precisamente lo contrario lo que se ha dado en llamar *dobles moral*. En consecuencia, la cárcel no ha de ser, ni un “almacén” de individuos en el cual se reproducen los medios y condiciones que le llevaron al crimen, ni tampoco un laboratorio para la “transformación” de su personalidad.

En tal sentido hoy se argumenta, y este es el criterio que asumimos, que el tratamiento penitenciario no debe ser una imposición de un cambio sino una “facilitación” de: medios, conocimientos, y otras posibilidades para que el sancionado “libremente” decida cambiar sin imponérselo. No se trata, pues, de “disciplinar” para hacer fácil el gobierno de la prisión, sino de “facilitar” el cambio para la vida en sociedad, al respecto refiere Sergio García Ramírez:

Primero, la readaptación o reeducación o rehabilitación –o lo que se quiera, sinónimo de aquello–, acerca de la cual persiste una gran diversidad de conceptos, con sus correspondientes implicaciones sobre el régimen penitenciario, no es “conversión”, “manipulación”, “alteración” –en el sentido preciso, orteguiano, de la palabra: hacer de uno, otro–, sino dotación de medios para el ejercicio responsable de la libertad.

Por su parte M. Cobo del Rosal afirma: “En consecuencia, los objetivos resocializadores solamente podrán perseguirse en el marco del más exquisito respeto a la libre voluntad del sujeto y al libre desarrollo de su personalidad” por último queremos citar a Cesar Manzano Bilbao quien se vale en su argumentación de las Reglas Europeas y afirma:

Las Reglas Europeas formulan los principios que han de regir el tratamiento a los

reclusos. En este sentido se manifiesta el Consejo de Europa cuando afirma que «los objetivos del tratamiento de los internos deben ser su salud y salvaguardar su dignidad y, en la medida que la duración de la pena lo permita, desarrollar su sentido de responsabilidad y dotarles de competencias que les ayudaran a reintegrarse en la sociedad, vivir en la legalidad y subvertir a sus propias necesidades después de su salida de la prisión».

Se debe entonces concluir que el objetivo de la resocialización, primero, no debe ser un *objetivo* a cubrir con la *medida* de la *pena* privativa de libertad como lo establecía la concepción de la “defensa social”, es decir “una pena más larga” para aquel que “en razón de su peligrosidad social necesita una pena de mayor duración” la *medida* de la pena lo otorga la *proporcionalidad* al *bien jurídico* y la *culpabilidad* y la prevención especial funciona como un límite que no debe vencerse, es decir la pena en su medida no puede comprometer “la posibilidad de resocialización”, segundo, *la finalidad* de las penas de cárcel, *no debe ser el tratamiento de la personalidad* del delincuente, esto es, el cambio o modificación obligatoria (como objetivo directo de la pena), con el empleo de la fuerza o la coerción, la imposición de una nueva conciencia, de un nuevo sistema de valores, al sancionado, *sino garantizar y promocionar las condiciones objetivas* (de superación, de salud, de trabajo, de cultura entre otras) que le permitan una “práctica social” donde “forme valores” consecuentes con la sociedad a la que regresará para su posterior reintegración. En palabras del propio Manzano Bilbao “A nuestro juicio, se trata de resocializar las estructuras carcelarias”

Por otra parte, para emplear el denominado método “progresivo” el órgano jurisdiccional viene obligado a fijar solamente una pena máxima o un límite máximo de tiempo el cual es “adecuado” o realmente “individualizado” por la administración. El empleo de este “método” ha llevado a algunos autores a denominar a la privación de libertad como una “pena en blanco”, o sea, una pena donde se fijan por el órgano jurisdiccional, únicamente, parámetros generales, pero la

verdadera restricción de bienes (contenido) y la magnitud (medida) en que ellos se limitan, queda en manos de quien hace cumplir o ejecutar la pena, con lo cual queda en dudas el principio de legalidad.

Como se explicó en el primer capítulo, la pena está determinada en su medida por la proporcionalidad: a la culpabilidad, al bien jurídico y a la lesión a este ocasionada y por último a la prevención; al situarse la culpabilidad en la participación subjetiva del individuo en el hecho aislado, separando en su valoración todo lo que tenga que ver con los “antecedentes de la personalidad” del transgresor, nos estamos apartando del tenebroso *derecho penal de autor*, versión moralizante, donde se sanciona a la persona por lo que “es” y no por lo que “hizo”, pero de igual forma al colocarse en el hecho aislado pasado, rompe también con la “indeterminada y subjetiva *peligrosidad*” propia de las medidas de seguridad, es así un baremo indiscutible de un Derecho penal garantista, sin embargo en razón del “método progresivo” al ejecutarse la privación de libertad todo esto se pierde, se destruye, pues, como justamente advierte Iñaki Rivera: “...quien verdaderamente individualiza la pena, no es la Jurisdicción sino la Administración, basándose para ello en esos juicios sobre la personalidad y/o peligrosidad de los reclusos”. Entonces la sanción real, la que cumple verdaderamente el sancionado, está, ahora, determinada o medida por su personalidad, que es *derecho penal de autor*, y por la *posible peligrosidad* que para la sociedad represente, una suerte de medida de seguridad. Se produce así una especie de “desnaturalización” de la pena.

Una es la privación de libertad que impone el órgano jurisdiccional y en muchas ocasiones, otras los bienes que –en razón de la clasificación y comportamiento– realmente se les restrinja en la cárcel, una suerte de dos tipos de sanción, como refiere Cesar Manzano Bilbao “La indeterminación del tiempo, dentro de la cuota máxima establecida por la autoridad judicial, es el fundamento de las estrategias de control carcelario que consiguen establecer cuánto tiempo, y en qué condiciones, ha de permanecer el reo en la cárcel...” o sea que la duración real y las

verdaderas limitaciones están determinadas por la administración, como más adelante ejemplifica este autor “Un comportamiento adaptado a la disciplina penitenciaria, genera modos de vida más blandos, más llevaderos y el tiempo transcurrirá menos penosamente mediante la aplicación de recompensas como acceso al trabajo o «destino» en la cárcel, a actividades educativas, recreativas (...) beneficios penitenciarios, como permisos de salida, reducción de condena (...) En cambio el comportamiento inadecuado trae consigo mayores dosis de exclusión si cabe –la cárcel dentro de la cárcel– mediante la aplicación de sanciones disciplinarias, la privación de ciertos tipos de comunicación (...) departamentos especiales de aislamiento...” de igual forma ejemplifica Iñaki Rivera “...supone añadir «otras penas» a las impuestas por el tribunal sentenciador. En efecto, este sólo ha privado de la «libertad» al recluso, no lo ha privado de su comida o de su cama. Es la cárcel quien le privara de ellas en función de su conducta: el tribunal le condenará a «una pena» y los funcionarios le condenarán a «otras».”

La solución en este caso no puede ser otra que el “sometimiento” de la cárcel a la “ley” como atinadamente refiere Sergio García Ramírez.

En fin de cuentas, la prisión transformada debe instalarse sobre tres conceptos, que concilian la privación de libertad, sus fines admisibles y el imperio de la legitimidad, que se cifra en la preservación de los derechos humanos (...)el ámbito de las prisiones, constituido para el ejercicio de una autoridad tan irresistible como minuciosa, tan providencial como caprichosa, debe plegarse a la legalidad que campea en el conjunto del sistema penal. La legalidad ha llegado tarde al claroscuro de las prisiones, pero ha llegado al fin.

Se tiene que, la resocialización es y debe continuar siendo, entre otras, la fuente de legitimación de la privación de libertad, olvidarla, perderla o negarla, como antes hemos comentado, ha traído en la práctica más problemas que soluciones, entre los peores está la legitimación de concepciones funcionalistas de derecho penal máximo; pero debe entenderse que resocialización

no es sinónimo de sometimiento carcelario, de domesticación o institucionalización del individuo, sino, todo lo contrario, es “facilitación” de la condiciones para una “práctica” que permita la “formación de valores” y así el cambio. La privación de libertad debe estar “apta” en su proporción para la resocialización, debe facilitar en la ejecución esa resocialización, pero no puede ser su “objetivo” modificar o mejorar al sancionado, pues esa no es una labor propia de la coerción o imposición sino de la “práctica social”.

En aras de la eficacia de un “método de tratamiento” no puede comprometerse la naturaleza de la pena, en tal sentido si resocialización es facilitación para el cambio no puede llevar a una “pena en blanco” cuyo verdadero contenido y medida de la restricción quede en manos de la administración; el principio de legalidad rige tanto en la imposición como en la ejecución de la pena, así como el contenido y medida de la pena están determinado por el bien jurídico y la culpabilidad en el hecho aislado no pueden ser desnaturalizado o sustituidos en la ejecución, esta debe estar sometida a una ley donde se mantenga inalterados el contenido y medida de la pena en razón de la *proporción*.

CONCLUSIONES

1. Pena es la *sanción* en la norma penal, lo cual es consecuencia, no sólo de su disposición legal, sino además y fundamentalmente, de su imposición certera y pronta por el sistema penal. Su contenido es una restricción de bienes al sancionado, proporcional, en tal contenido y en la medida que estos se restringen: al bien jurídico, a la culpabilidad y a la prevención. Por lo antes expuesto la pena, en su contenido y medida, no puede variar por el incremento que pueda tener una conducta prohibida en un momento histórico determinado, en razón a que la inhibición a ella es propio del derecho como sistema, como el *todo* y no de las *partes* independientemente.
2. Si bien la pena es un fenómeno necesario para la sociedad dividida en clases, sus diversas manifestaciones fenoménicas como: *tipos de penas*, por el contrario, se corresponden con los distintos momentos particulares del desarrollo de esa sociedad clasista, los que, al cambiar, llevan a su modificación o sustitución por otro tipo de pena. La cárcel punitiva es, precisamente, *un tipo de pena* que data de un período histórico situado entre los siglos XVI y XVIII, fruto de las condiciones propias de esa época que hoy han cambiado, suscitando así nuevos *tipos de penas* más consecuente con el momento histórico que se vive hoy. Por otra parte, la crisis, propia del sistema penal, se manifiesta en ella con una singular agudeza, acarreado más que la prevención del delito su reproducción; en esas condiciones resulta un tipo de pena *injustificada* o *ilegítima* en razón a ello se debe modificar o sustituir por otras.
3. La solución a la crisis actual es un problema *fundamentalmente* del derecho como *el todo* al que compete el fin preventivo, la cual debe buscarse teniendo como punto de partida el principio de derecho penal mínimo; no obstante, desde la pena debe abordarse el fenómeno en la propia concepción del sistema de penas, primero, trasladando a la privación de libertad, de la primera, a la última las opciones posibles, en razón a que, después de la pena de muerte es el medio coactivo más severo con que cuentan la mayoría de los sistemas penales, reservándola, únicamente, para aquellos delitos más graves a los que resulte proporcionalmente adecuada, dejando en su lugar aquellos *tipos de penas* que limitan la libertad del individuo y no acarrear el efecto del medio carcelario, segundo, reduciendo el tiempo de internamiento para evitar los efectos desocializadores de las penas de larga duración (aquellas que rebasan los quince años), más el consecuente efecto de hacinamiento, y tercero, la resocialización es la forma en que se expresa el fin preventivo en la pena privativa de libertad, es así un elemento esencial en su *legitimación*, pero ella no es

un objetivo a alcanzar sino un límite a no rebasar, es decir la pena en su medida no puede impedir la socialización que consiste en una *facilitación* del cambio, propio de la *actividad práctica* en el medio interno, y no una imposición por la coacción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adelantado Gimeno, J. "De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña". *Anuario de Derecho penal y Ciencia penales*, Tomo XLVI Fascículo I enero-abril Madrid Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.
- Álvarez Licona, N.E. "Las Islas Marías y la Subcultura Carcelaria". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXI Número 91 Enero-Abril 1998*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>
- Alvira Martín, F. "El efecto disuasor de la pena". *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. - VII: 11-24, 1984.
- Arteaga Sánchez, A. (1984). *Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Venezuela: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas.
- Bailone, M. "Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo". Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Octubre de 2003, Córdoba, Argentina <http://www.carlosparma.com.ar/abolicionismo.htm>
- Baquero Vernier, U. (1985). *Derecho Penal General*. Cuba: Enspes.
- Baratta, A. "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal". *Revista de sociología*. (3) Universidad Autónoma de Barcelona, 1980,
- Bellatti, C.A. "Acción y resultado en el injusto en la Dogmática Penal Alemana". <http://noticias.juridicas.com/areas/55Derecho%20Penal/10Art%EDculos/2003102855157910322791.html>
- Bergalli, R. (1996). *Control Social Punitivo*. España: María Jesús Bosch.
- _____. "La caída de los mitos". En: *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*. España: Bosch.
- Beristain, A. (1982). *La pena - retribución y las actuales concepciones criminológicas*. Argentina: Depalma.
- Bombini, G. "Balance y perspectivas de la ejecución de la pena privativa de la libertad en la Provincia de Buenos Aires" <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/bombini.htm>
- Bonesana, C. (1991). *De los delitos y las penas*. S.P: El Sol.
- Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de Derecho Penal Parte General*. España: PPU.
- Cañizares Fernando D. (1979). *Teoría del Estado*. S.P: Poligráfico Juan Marinello,
- Carrara, F. (1889). *Programa del Curso de Derecho Criminal Tomo I y II*. Puerto Rico: Tipografía Nacional.
- Cesano, J.D. "De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas". En: *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* No 03-05 (2001) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html
- Cid Moliné, J. (1997). *Penas alternativas a la prisión*. España: Bosch.
- Cobo del Rosal, M.I. (1984). *Derecho Penal Parte General*. España: Universidad de Valencia.
- De Quirós y Pérez, C.B. *Lecciones de derecho penitenciario*. [s. l.: s.n., s.a. -s. p.].
- Del Pont, M. (1982). *Penología y sistemas carcelarios*. Argetina: Depalma.

- Delgado Rosales, F.J. (1996). "Corrupción Administrativa en Venezuela: Criminalización simbólica e impunidad". En: *Revista Pena y Estado* año 1 número 1: 99-111. 1996.
- Díaz Aranda, E. "Penas sustitutivas, opción para combatir la sobre población en las cárceles". En: *Boletín UNAM-DGCS-903*, 2001.
- Díez Ripollés, J.L. "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXV Número 103 Enero - Abril 2002* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>
- _____. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- _____. La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>
- Döllin D. "El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el Derecho Alemán". http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/dol97-98.htm
- Educación en valores en España, acta de seminario de la comisión española de la UNESCO, Cádiz 1991.
- El Sistema Penitenciario Guatemalteco <http://www.iccpg.org.gt/paginas/sistemapen.htm>
- Engels F. Anti Dühring / Federico Engels – La Habana: Editorial Pueblo y Educación 1977.
- _____. (1974). *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana Obras escogidas en tres tomos*. Rusia: Progreso.
- _____. (1974). *El origen de la familia la propiedad privada y el Estado. Obras escogidas en tres tomos*. Rusia: Progreso.
- Escalona Reguera, J. (1988). *Una política consecuente en la prevención del delito y la justicia penal*. Cuba: Poligráfico del MININT.
- Fabelo Corso, J.R. (1989). *Práctica conocimiento y valoración*. Cuba: Ciencias Sociales.
- _____. (1996). "Las crisis de valores: conocimiento, causas y estrategia de superación". En: *La formación de valores en las nuevas generaciones*. Cuba: Ciencias Sociales.
- Fernández Buzzi, J.M. y Lorat Martín, D. "La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena, ¿o la crueldad estatal en su "justa" medida?" <http://www.carlosparma.com.ar/juanmanuel.htm>
- Ferrajoli L. "Crisis del sistema político y jurisdicción: La naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura". En: *Revista Pena y Estado* año 1 número 1: 113-128, 1996
- _____. (1995). *Derecho y razón. Teorías del garantismo penal*. España: Trotta.
- Fronzizi, R. (1962). ¿Que son los valores? Introducción a la axiología. [s.n.].
- García Arán, M. (1997). *Fundamento y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. España: Aranzadi.
- García Ramírez, S. "El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXII Número 95 Mayo - Agosto 1999* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>
- _____. Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXVI Número 107 Mayo-Agosto 2003* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>

- _____. Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/110/art/art5.htm>
- Gómez Cervantes, R. "Educar es mejor que reprimir". *Legalidad Socialista*, 6 (38): 109-125, febrero, 1988.
- González Arencibia, M. (2000). *La Crisis como concreción conceptual en los umbrales del siglo XXI*. Cuba: Felix Varela.
- González Rey, F. "los valores y su significación en el desarrollo de la persona". En: *Revista Temas* No 15: 4 - 10, 1998.
- González, Ramón L. *El Concepto Material de Pena en la Dogmática y en la Política Criminal* [s. l.: s. n., s. a. - s. p.].
- Grishaviev, P. I. "Concepto y fines de la sanción". En: *Revista Divulgación Jurídica*. 6 (38): 107- 125, 1988.
- Groizard y Gómez de la Serna, A. (1872). *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado T II*. S.P: D. Timoteo Arnaiz.
- Hegel, G.W.F. (1985). *Filosofía del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 1985.
- Hernández Guijarro, J.J. (1986). *Derecho Penal II*. España: Akal.
- Jakobs G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas ¿.
- _____. El lado subjetivo del hecho <http://www.carlosparma.com.ar/jakobs.htm>
- Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. España: Comares.
- Jiménez Salinas y Calomer, E. *Penas privativas de libertad y alternativas*. [s. l.]: [s. n.], [s. a.]. - [s. p.].
- Rodríguez Sáez, J. "El proyecto de Código penal. La plasmación de una política criminal del liberalismo y de un incremento punitivo carcelario". En: *Revista Panóptico* Primer número invierno de 1996
- Kant, I. *La Metafísica de las Costumbres*. / Immanuel Kant. - Madrid: Editorial Tecnos, 1994.
- Karpets, I. I. (1973). *La sanción. Problemas sociales, jurídicos y criminológicos. El problema de la delincuencia*. Rusia: S.E.
- Kopnin, P. V. *Lógica Dialéctica*. Cuba: Imprenta Universitaria Andre Voisin [s.a.]
- Larrauri, E. *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo* <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm>
- _____. Las Paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo XLIV, Fascículo 1, 45 - 63, enero-abril 1991.
- Lascano, C.J. La Cruzada de Ricardo Núñez Contra el Derecho Penal Autoritario <http://www.carlosparma.com.ar/nunez2003.htm>
- Lemgrumber, J. Síntesis regional para América Latina de la Reforma Penal. Fecha de publicación 13 de julio de 1999. <http://www.penal.reform.org/francais/frsettheme.fr.htm>
- Lenin V. I. (1960). *El estado y la revolución. Obras escogidas en tres tomos*. Rusia: Progreso.
- _____. (1961). *Enseñanzas de la crisis. Obras escogidas en tres tomos* Rusia: Progreso.
- Lenin V. I. *Golpea duro, pero no mates. Obras completas*. Rusia: Progreso.
- Manzanares, J.L. "El vaciado de las penas". <http://www.estrelladigital.es/021030/articulos/opi/manzanares.asp>
- Manzano Bilbao, C. (1994). "Reproducción de lo carcelario: El caso de las ideologías resocializadoras". En: *Tratamiento Penitenciario y Derechos fundamentales*. España: Bosch.

- Martínez Aguilar, V. "El cumplimiento de la legalidad en los establecimientos penitenciarios". Ponencia presentada en el Seminario sobre Control de la Legalidad, La Habana, 3 a 6 de Noviembre de 1987.
- Marx C. (1974). *Contribución a la crítica de la Economía política. Obras escogidas en tres tomos*. T I. Rusia: Progreso.
- _____. (1973). *La fuerza de trabajo. Obras escogidas en tres tomos*. Rusia: Progreso.
- _____. (1974). *Tesis sobre Feuerbach. Obras escogidas en tres tomos*. Rusia: Progreso.
- _____. (1974). *Trabajo asalariado y capital. Obras escogidas en tres tomos*. Rusia: Progreso.
- Mecanismos para la Solución de la Crisis Penitenciaria. II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. Sexta Sesión Plenaria, Caracas, 4 al 6 de marzo de 1998 www.tsj.gov.ve/informacion/eventos/not0503.html
- Medidas Alternativas a la Pena de Reclusión. Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración Carpeta Nº 849 de 2000 Repartido Nº 457 Diciembre de 2000 <http://www.parlamento.gub.uy/Repartidos/Camara/D2000120457-00.htm>
- Mercedes Peláez F. "La pena privativa de libertad en el Código Penal Español de 1995". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Nueva Serie Año XXXII Número 96 Septiembre - Diciembre 1999 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>
- Mezger, E. (1933). *Tratado de Derecho Penal Tomo II*. España: Revista de Derecho Privado.
- Milanese P. "El Moderno Derecho Penal y la Quiebra del Principio de Intervención Mínima" <http://www.derechopenalonline.com/febrero2004/milaneseintervencion.htm>
- Mir Puig, S. (1994). *Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. España: Ariel.
- _____. *Derecho Penal Parte General* / Mir Puig, Santiago. - Barcelona: [s. n.], 4ta. Edición 1996.
- Molina Blázquez, M.C. (1998). *La aplicación de la pena*. España: Casa Editorial.
- Montiel, J.P. "¿Hacia las postrimerías de un Derecho penal subsidiario?". Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Octubre de 2003, Córdoba, Argentina. <http://www.carlosparma.com.ar/montiel.htm>
- Morillas Cueva, L. "Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Artículos RECPC 04-06 (2002) http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf
- Morselli, E. Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. / Elio Morselli, Elio Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales Tomo XLVIII fascículo I, enero-abril, 1995.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. España: Bosch.
- _____. (1984). *Derecho Penal y Control Social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- _____. (1993). *Derecho Penal. Parte General* España: Tirant lo Blanch.
- Namontche, A. (1994). Ponencia: Las sanciones alternativas en el contexto del desarrollo del pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Consideraciones, Reflexiones y Recomendaciones. Congreso de Ciencias Penales, Palacio de las Convenciones. La Habana.
- Neuman, E. (1971). "Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios". Argentina: Pannedille.

- Oliveira, E. "Un sistema en entredicho". En: Revista El Correo de la UNESCO: 4 - 6, junio de 1998.
- Ortiz Ortiz, S. (1993). *Los fines de la pena*. México: Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República.
- Paino, S.G. (1995). "Cárcel hoy. Alternativa mañana: Un análisis para la comunidad de inserción". En: *Cuadernos de política criminal*. No 55, 1995.
- Pavarini, M. (1983). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI.
- Peláez Ferrusca, M. "La pena privativa de libertad en el Código Penal Español de 1995". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXII Número 96 Septiembre - Diciembre 1999* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=88>
- _____. Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. / Mercedes Pérez Manzano. - Madrid: Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- Pinzon, M.L. El sistema carcelario de América Latina: una bomba de tiempo. <http://www.ilanud.org/cr/>
- Polaino Navarrete, M. (1988). *Estudios Penitenciarios*. Argentina: Universidad de Córdoba.
- Portilla Contreras, G. La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado de 11 de septiembre de 2001. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>
- Publicaciones de las N.U. Resolución sobre reducción de la población penitenciaria medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social capítulo I E-16 pág. 89.
- Quirós Pérez, R. "Despenalización". *Revista cubana de Derecho* Número 27 Año XV: 23-37, abril-diciembre, 1986.
- _____. El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica. / Renén Quirós Pérez - Revista Jurídica, número 8 año III: 5 - 257 julio-septiembre, 1985.
- _____. (1984). *La política penal en la etapa contemporánea de nuestro desarrollo social*. En: Primer Simposio Científico acerca de la política y la ideología en sus relaciones con el Derecho. Cuba: Minjus.
- _____. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Cuba: Félix Varela.
- Ramírez Delgado, J.M. (1995). *Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. México: Porrúa.
- Ramos Otero, F. ¿A quién importa? Fecha de publicación 27 de abril de 1997 sitio webmaster@nación.co.cr
- ReyesTayabas, J. (1995). *El nuevo régimen sobre la privación de libertad en procedimientos penales*. México: Procuraduría General de la República.
- Rivera Beiras, I. (1996). "Secuestros institucionales y sistemas punitivos". En: *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*. España: Bosch.
- Robledo Ramírez, J. (1996). *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales* España: EDERSA.
- Rodríguez Alonso, A. (1997). *Lecciones de Derecho Penitenciario*. España: Comares.
- Rodríguez Sáez, J. "El proyecto de Código penal. La plasmación de una política criminal del liberalismo y de un incremento punitivo carcelario". En: *Revista PANÓPTICO* Primer número: 18-24, 1996
- Rodríguez, P. "Dimensiones Penológicas". En: *Cuaderno de Legalidad Socialista* 16. V (2): 46- 70, 1987.

- Rosal Blasco, B. "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XLIII: 557- 580, enero- abril 1990.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. España: Civitas.
- Rusche, G. Pena y estructura social. / Georg Rusche y Otto Kirchheimer - Bogotá: Editorial TEMIS. 1984
- Sadovski, V. "La metodología de la ciencia y el enfoque sistémico". En: *Revista Ciencias Sociales* No. 1 (35): 99 - 117,1979.
- Scheerer S. "El delincuente como una marchita categoría de conocimiento". En: *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*. España: Bosch.
- Schumann, K.F. "Una sociedad sin prisiones". En: *Revista Doctrina Penal Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Año 14: 109-128, 1991.
- Shishkin, A. F. *Ética Marxista*. México: Grijalbo.
- Silva Sánchez, J.-M. "¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español". <http://www.carlosparma.com.ar/silvasanchez.htm>
- Sistema Carcelario Argentino (Primera parte) http://members.fortunecity.es/robertexto/archivo/sist_carcelario_2.htm
- Vacani Pablo. A. "Resocialización: Una mirada desde el "ser" Aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial" <http://www.derechopenalonline.com/junio2004/vacani.htm>
- Von Henting, H. (1988). *La pena*. España: Espasa-Calpe.
- Von Lisz, F. (1929). *Tratado de Derecho Penal*. España: Reus.
- Welzel, H. *Derecho Penal Alemán*. / Hans Welzel - Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Zaffaroni, E.R. "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión" <http://www.carlosparma.com.ar/penazaffa.htm>
- _____. (1999). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídica - Penal Argentina*: EDIAR.
- _____. "Perspectivas de las investigaciones comparadas sobre la delincuencia". *Revista EGUZKILORE* No 8, 1994.
- _____. (1997). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Argentina: EDIAR.
- Zugaldia Espinar, J.M. (1993). *Fundamentos de Derecho Pena*. España: Tirant Lo Blanch.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN VERACRUZ

Jorge Alberto Pérez Tolentino

Universidad del Golfo de México
ja_tolen@hotmail.com
México

RESUMEN

El estudio y comprensión del nuevo Código de Procedimientos Penales de Veracruz resulta ineludible, en virtud de las nítidas diferencias existentes entre las figuras jurídicas que contiene el actual ordenamiento, en comparación con el anterior. Es preciso sistematizar, describir y analizar la estructura del sistema penal acusatorio, a efecto de estar en condiciones de evaluar y, en su caso, proponer las mejoras al sistema en cuestión. El contenido esquemático y sustancial del Código, la visión y recepción que del mismo tienen los operadores jurídicos y la sociedad en general, son aspectos que cubre el presente documento.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal penal, Abogados, Jueces, Sociedad.

INTRODUCCIÓN

El pasado 11 de mayo del presente año entró en vigor, para los distritos judiciales de Xalapa y Córdoba, el nuevo *Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*; en el territorio restante de la entidad veracruzana, su vigencia iniciará de manera gradual.

La nueva legislación procesal penal de Veracruz instaura el denominado sistema penal acusatorio, acorde a lo ordenado por la reforma a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, la cual establece a las entidades federativas la obligación de implementar el proceso acusatorio en un plazo no mayor a ocho años, contados a partir de la citada publicación.

¿Qué contiene el nuevo código procesal penal veracruzano?, ¿cuál es la perspectiva de los operadores jurídicos en relación con dicho ordenamiento?, ¿tiene conocimiento la sociedad veracruzana del significado y finalidad del nuevo sistema penal?, mediante el presente documento, se expresan ciertas consideraciones respecto a las interrogantes anteriores.

CREACIÓN DEL ORDEN NORMATIVO PROCESAL PENAL VERACRUZANO

La concatenación de los artículos 17, primer párrafo, y 20 de la *Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, permite expresar que una de las funciones del gobierno veracruzano es la legislativa, función que se encuentra

depositada en una asamblea denominada Congreso del Estado. La fracción I del artículo 33, correspondiente al mismo ordenamiento, señala como atribución del congreso, la posibilidad de aprobar, reformar y abolir las leyes o decretos que regulan la vida social en la entidad.

El procedimiento legislativo veracruzano se encuentra comprendido en los arábigos 34 al 39, 41, fracción III, y 49, fracción II de la propia Constitución veracruzana. Muy someramente, la creación legislativa se pone en marcha con la iniciativa que presenta uno de los órganos autorizados, entre ellos los diputados del congreso veracruzano, ante el Congreso del Estado o ante la Diputación Permanente; posteriormente, la iniciativa se envía a la comisión que corresponda, para que sea dictaminada y, en su caso, pueda presentarse al pleno, donde será discutida y, si procede, aprobada; una vez que esto acontece, se envía al gobernador del Estado para que, si no tiene observaciones, la promulgue y ordene su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*.

En el caso del código número 574 de procedimientos penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, el procedimiento legislativo se realizó de la manera siguiente:

1. El 29 de marzo del 2012, el Diputado Eduardo Andrade Sánchez, presidente de la LXII legislatura veracruzana, presentó la iniciativa correspondiente ante la Diputación Permanente. Es conveniente mencionar que, en dicha fecha, no había celebración de período ordinario de sesiones, puesto que conforme a lo dispuesto por el numeral 25 de la constitución veracruzana, tales períodos son dos: El primero inicia el 5 de noviembre y culmina el 31 de enero del año siguiente; el segundo período comprende del 2 de mayo al 31 de julio.
2. La Diputación Permanente, en sesión ordinaria del 12 de abril del 2012, turnó la iniciativa a la Comisión Permanente de Justicia y Puntos Constitucionales, para el efecto de su estudio y dictamen correspondiente, dicha iniciativa se publicó en la *Gaceta Legislativa* del mismo día.
3. La Comisión Permanente de Justicia y Puntos Constitucionales presentó su dictamen el 3 de septiembre del 2012, el cual se publicó en la *Gaceta Legislativa* del día 6 perteneciente al mismo mes y año.
4. En sesión extraordinaria celebrada el día 6 de septiembre del 2012, fue aprobado por unanimidad de los diputados presentes, el código de proceder penal veracruzano; en el Estado son 50 diputados y asistieron a la sesión 43 de ellos. La aprobación se produjo, con brevísimas modificaciones al dictamen presentado y, con relación a la discusión parlamentaria, ningún diputado tomó el uso de la palabra, de esta forma se turnó al ejecutivo del Estado para los efectos constitucionales locales.
5. El gobernador de la entidad ordenó su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*, hecho que se produjo el 7 de septiembre del 2012.
6. El inicio de su vigencia se regula por lo dispuesto en el primer artículo transitorio del ordenamiento en comento; dicho numeral, reformado en fecha 21 de marzo del presente año, ordena lo siguiente:

Primero. El presente Código entrará en vigor el día once de mayo del año dos mil trece en los Distritos Judiciales siguientes: Decimoprimeros y Decimocuartos, con cabeceras en los municipios de Xalapa y Córdoba, respectivamente, y en forma gradual en los demás Distritos Judiciales del Estado, conforme al orden siguiente: el día once de noviembre del año dos mil trece, en los Distritos Décimo y Décimo Segundo, con cabeceras en los municipios de Jalacingo y Coatepec, respectivamente; el día once de mayo del año dos mil catorce, en los Distritos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno, con cabeceras en los municipios de Pánuco, Ozuluama, Tantoyuca, Huayacocotla, Chicontepec, Tuxpan, Poza Rica de Hidalgo, Papanthla y Misantla, respectivamente; y el día once de mayo del año dos mil quince, en los Distritos Decimotercero, Decimoquinto, Decimosexto, Decimoséptimo, Decimoctavo, Decimonoveno, Vigésimo y Vigésimo Primero, con cabeceras en

los municipios de Huatusco, Orizaba, Zongolica, Veracruz, Cosamaloapan, San Andrés Tuxtla, Acayucan y Coatzacoalcos, respectivamente.

7. Finalmente, la declaratoria del sistema procesal penal acusatorio, adversarial y oral fue publicada en la *Gaceta Oficial del Estado* de fecha 10 de mayo del presente año. Es conveniente anotar, que el artículo segundo transitorio del decreto constitucional del 2008 obliga a las entidades federativas a realizar tal declaratoria.

En suma, estas fueron las etapas que llevó la creación del nuevo *Código de Procedimientos Penales de Veracruz*, la iniciativa del diputado presidente de la legislatura, la recepción de la misma por parte de la Diputación Permanente, el envío a la comisión correspondiente, el dictamen de la comisión, la presentación y recepción del dictamen por la asamblea legislativa, la discusión y aprobación del dictamen, el envío de la minuta al ejecutivo estatal, la sanción del gobernador del Estado y la publicación en la *Gaceta Oficial del Estado* del ordenamiento y de la declaratoria correspondiente.

CONTENIDO ESQUEMÁTICO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE VERACRUZ

La sistematización del código de proceder penal veracruzano, la presento atendiendo a los aspectos de número y fondo, para estar en posibilidades de describir su contenido.

Con relación a la parte numérica, son 578 artículos que contiene el nuevo *Código de Procedimientos Penales de Veracruz*, además de cuatro artículos transitorios; el ordenamiento se integra de dos libros, divididos a su vez en títulos, capítulos, secciones y artículos.

El libro primero contiene las disposiciones generales y el libro segundo lo relativo al procedimiento penal. En los siguientes párrafos, describo brevemente el contenido numérico de cada uno de los libros mencionados.

Libro primero

En este libro, denominado “Disposiciones generales”, comprende cuestiones, que como su denominación lo indica, son referentes a las reglas aplicables a todas las figuras jurídicas implementadas en el código. Se divide en cuatro títulos.

El título primero se refiere a las disposiciones preliminares, conteniendo un solo capítulo y dos artículos; indica el ámbito de validez y el objeto del ordenamiento procesal penal.

El título segundo está referido a los principios y derechos procedimentales, contiene dos capítulos, en los cuáles realiza precisamente la división citada, es decir, el capítulo primero refiere los principios del procedimiento y el capítulo segundo los derechos procedimentales; el primero de los capítulos contiene 18 artículos y el segundo está integrado por seis numerales. Este título es de vital importancia para las partes procesales y procedimentales, en virtud de su alto contenido en derechos fundamentales.

El título tercero es relativo a los sujetos procedimentales y sus auxiliares, conteniendo ocho capítulos. En este título, se describe a las partes y a los sujetos procedimentales, así, se especifican las denominaciones, derechos y obligaciones de la víctima o el ofendido, el imputado, acusado o sentenciado, el defensor, el Ministerio Público, la policía, el juzgador y los auxiliares de los sujetos procedimentales.

El primer capítulo del título tercero se denomina “Disposiciones comunes” y solamente contiene un artículo, en el cual se especifican las clases de personas que son consideradas como sujetos y partes procedimentales.

Los capítulos segundo y tercero del título tercero están destinados a la víctima u ofendido y al imputado o acusado, respectivamente; el capítulo segundo contiene ocho numerales y el tercero está integrado por 17 arábigos. El contenido de estas partes del código en análisis es de suma importancia, en razón de que regulan la denominación, características, derechos y obligaciones de las partes contendientes en la conflictiva penal.

El capítulo cuarto del título tercero está dirigido al defensor, una figura de suma importancia en el sistema procesal penal acusatorio. En quince artículos especifica el código de proceder penal veracruzano, los derechos y obligaciones del sujeto que representa al imputado, acusado o sentenciado.

En el capítulo quinto del título tercero, están contenidas las reglas generales de actuación del Ministerio Público; en siete numerales se expresan las facultades del representante social.

El capítulo sexto del título tercero está dirigido a la policía ministerial; sus funciones y obligaciones se establecen en los cuatro artículos que contiene dicho acápite.

El capítulo séptimo del título tercero comprende lo relativo a la autoridad de los juzgadores; contiene 37 artículos divididos en cinco secciones. Las divisiones están referidas al juzgador, así son relativas a las disposiciones generales, la competencia jurisdiccional, la acumulación y separación de procesos y los impedimentos, excusas y recusaciones, así como los deberes comunes de las autoridades jurisdiccionales.

Por último, el capítulo octavo del título tercero está destinado a los consultores técnicos como auxiliares de las partes en conflicto, conteniendo solamente un artículo.

El título cuarto, denominado “Actos procedimentales”, comprende nueve capítulos, los cuales son referidos, precisamente a cuestiones de importancia general en las diligencias que se desarrollan en un proceso penal de tipo acusatorio.

El capítulo primero del título cuarto contiene ocho arábigos, en los cuales se especifican cuestiones como el idioma a utilizar, el lugar y tiempo de las actuaciones, así como los registros de actuación y resguardo de estas.

El contenido del capítulo segundo del título cuarto, a pesar de contener solamente dos numerales, es de suma importancia y novedad,

puesto que hace referencia a las actuaciones a través de medios informáticos, situación que coloca a la materia procesal penal a la vanguardia en materia tecnológica.

De no menos importancia es lo que contiene el tercer capítulo del título cuarto, puesto que en 14 arábigos establece las reglas generales a seguir en las audiencias.

Los capítulos cuarto y quinto del título cuarto están referidos a los plazos y a las resoluciones judiciales, respectivamente. El acápite de los plazos contiene tres artículos, mientras que el capítulo de las resoluciones tiene nueve numerales.

La comunicación entre autoridades es la materia que comprende el capítulo sexto del título cuarto; en 21 artículos, contenidos en una parte general y dos secciones, se regulan temas como los exhortos, las requisitorias, las notificaciones y las citaciones. La parte general expresa reglas sobre la forma en que las autoridades se auxilian para el mejor cumplimiento de sus funciones; la primera sección reglamenta las notificaciones y la segunda las citaciones.

Los capítulos séptimo, octavo y noveno del título tercero regulan lo relativo a las nulidades, los medios de apremio y el acceso a la información, respectivamente. El capítulo de las nulidades contiene siete artículos, el de los medios de apremio dos y, el relativo a la información solamente un arábigo.

En suma, el libro primero del código procesal penal de Veracruz contiene 182 artículos, divididos en cuatro títulos: disposiciones preliminares, principios y derechos procedimentales, sujetos procedimentales y sus auxiliares, así como los actos procedimentales.

A efecto de hacer más nítida la descripción del contenido correspondiente al libro primero del Código de Procedimientos Penales veracruzano, la figura 1 contiene el esquema general del libro en comento.

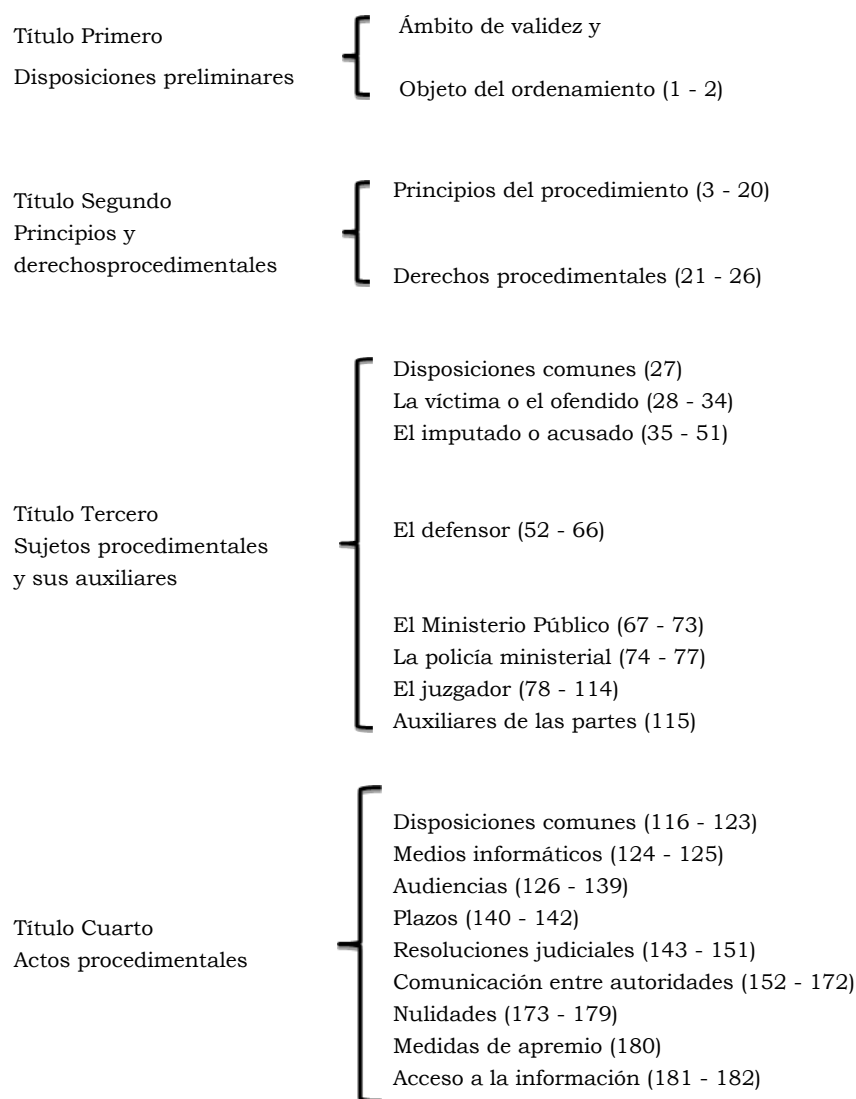


Figura 1. Esquema del Libro Primero. Los números entre paréntesis indican los artículos, del código en estudio, que comprende el capítulo correspondiente.

Libro segundo

Este libro, denominado “El procedimiento penal”, establece las reglas específicas a seguir en cada una de las etapas procedimentales y procesales; se divide en diez títulos.

El título primero contiene solamente un artículo, siendo el título más corto del código, empero, su relevancia es ingente, puesto que estipula las etapas que comprende el procedimiento penal.

El título segundo está referido a la investigación del Ministerio Público; contiene 75 artículos y está dividido en nueve capítulos. El primer capítulo comprende las disposiciones comunes a la investigación inicial y judicializada; por su parte, el capítulo segundo expresa las formas mediante las cuales se inicia la investigación y, a las actuaciones que se derivan del conocimiento de un hecho delictuoso está dedicado el capítulo tercero.

El capítulo cuarto del título segundo tiene un contenido crucial para el desarrollo del procedimiento y del proceso penal, puesto que se refiere al objetivo, generalidades y diligencias relativas a la cadena de custodia.

Los capítulos quinto y sexto del título segundo están destinados a las figuras tendientes al aseguramiento y protección de bienes y personas; el primero de los acápite mencionados regula el aseguramiento de bienes, mientras que el segundo se destina a las providencias precautorias y medidas de protección.

El capítulo séptimo del título segundo comprende situaciones bastante delicadas en la materia penal, puesto que está referido a las formas de detener válidamente a una persona, así como a los delitos graves. En el mismo sentido, está indicado el capítulo octavo, al establecer las reglas para registrar la detención de un sujeto; el último capítulo del título que se comenta regula la manera de proceder por parte de las autoridades cuando un sujeto es detenido, puesto a disposición o ha comparecido voluntariamente.

El título tercero contiene las facultades y obligaciones del Ministerio Público en relación con el ejercicio de la acción penal; en diez artículos, divididos en cinco capítulos regula cuestiones relativas a la temática mencionada. Los primeros dos están destinados al a consignación ante el juzgador y los últimos tres a la decisión de no consignar al sujeto.

Las disposiciones generales sobre la acción penal es el contenido del capítulo primero, el ejercicio de esta es correspondiente al segundo capítulo; el tercero indica los impedimentos que tiene el Ministerio público para ejercitar la acción penal y, el cuarto capítulo explica las formas de terminar anticipadamente el procedimiento penal.

De gran importancia es el contenido del capítulo quinto correspondiente al título tercero, puesto que se refiere a los criterios de oportunidad, facultad exclusiva y delicada que le corresponde al Ministerio Público.

El título cuarto establece reglas sobre las medidas cautelares; en dos capítulos divididos

en 43 artículos se integra su contenido. El capítulo primero contiene las disposiciones generales; en el capítulo segundo, refiere las cuestiones relativas a las medidas de carácter personal y las medidas de carácter real.

El título quinto contiene las disposiciones sobre las probanzas a utilizar en la materia procesal penal; se integra por 104 artículos, repartidos en cinco capítulos. Es el título más extenso del código.

El capítulo primero del título quinto se refiere a las disposiciones generales; el capítulo segundo contiene las técnicas de investigación, tanto las que requieren control judicial como las que no lo requieren. El tercer capítulo establece las reglas a seguir para el desahogo de la prueba anticipada, mientras que el cuarto de sus capítulos expresa la forma de ofrecer los medios de prueba.

Es de suma importancia el contenido del capítulo quinto correspondiente al título quinto, debido a que comprende las reglas que deben seguirse para el desahogo de las pruebas.

El título sexto se refiere a las etapas del proceso, contiene 79 artículos y siete capítulos. El primer capítulo contiene lo relativo al inicio y duración del proceso; los capítulos segundo, tercero, cuarto y quinto reglan las fases de control previo, investigación judicializada, intermedia y de juicio oral, respectivamente.

El capítulo sexto del título sexto está destinado específicamente al desarrollo del debate en la audiencia de juicio oral; por último, el capítulo séptimo indica la forma de emitir las sentencias y la audiencia de individualización de sanciones.

El título séptimo se denomina “procedimientos especiales” y, por ende, contiene los procedimientos para inimputables, el procedimiento para la aplicación de sanciones a personas morales, así como el procedimiento abreviado, que corresponden en su orden a cada uno de los tres capítulos que integran el título en mención. El total de numerales que incluye es de 17.

El título octavo agrupa las disposiciones relativas a las formas anticipadas de terminación del procedimiento. Lo integran 27 arábigos, divididos en seis capítulos, aunque en realidad, no existen en el código de proceder penal veracruzano, los capítulos tres y cinco de este título; existe un error en la numeración, que no fue advertido por los integrantes de las funciones ejecutiva y legislativa veracruzana.

El capítulo primero del título octavo se refiere a las disposiciones comunes, el segundo de sus capítulos establece los acuerdos reparatorios; el capítulo cuarto, en realidad el tercero, indica lo correspondiente a la suspensión condicional del proceso; por su parte, el capítulo sexto, en realidad el cuarto, regla todo lo relacionado con la acción penal por particulares.

El título noveno regula los medios de impugnación, en cuatro capítulos y 37 artículos en total, establece lo correspondiente a esta temática. El primero de sus capítulos está destinado a las disposiciones comunes y los recursos, como son revocación, apelación y queja, están contenidos en los capítulos segundo, tercero y cuarto, respectivamente.

Para finalizar, el título décimo refiere la ejecución de sanciones y los medios alternativos de solución de controversias penales; contiene tres artículos, divididos en dos capítulos. En el primero, relativo a la ejecución de las sanciones, remite a la ley de la materia y, en el segundo, referido a los medios alternos, reenvía también a la legislación correspondiente. A efecto de visualizar el contenido del libro segundo, consulte las figuras 2, 3 y 4.

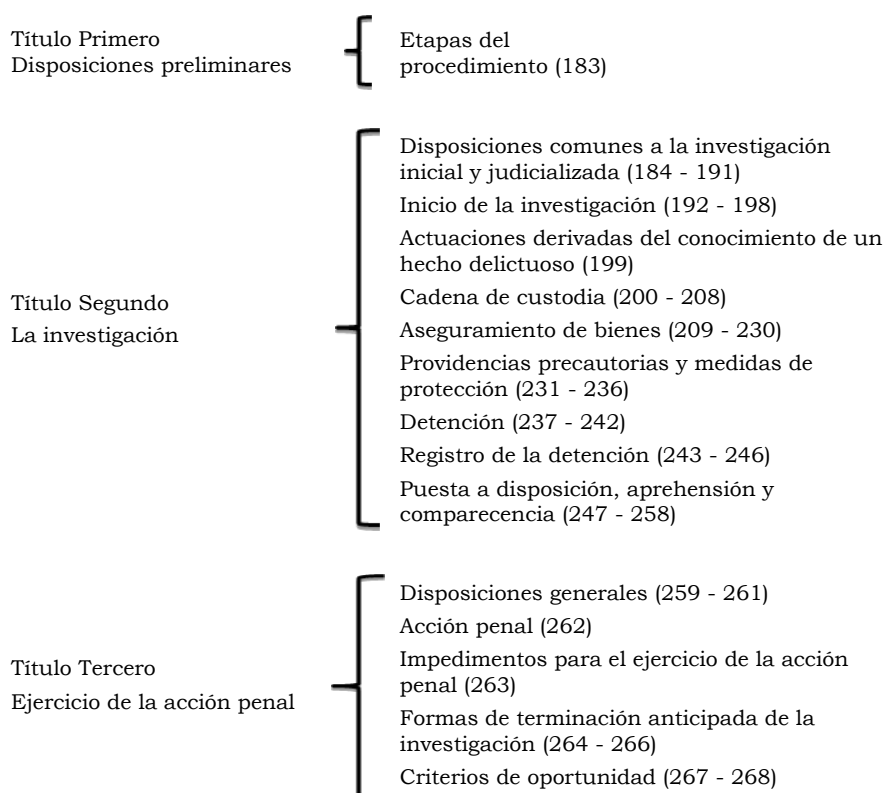


Figura 2. Esquema del Libro Segundo. Títulos primero a tercero. Los números entre paréntesis indican los artículos, del código en estudio, que comprende el capítulo correspondiente.

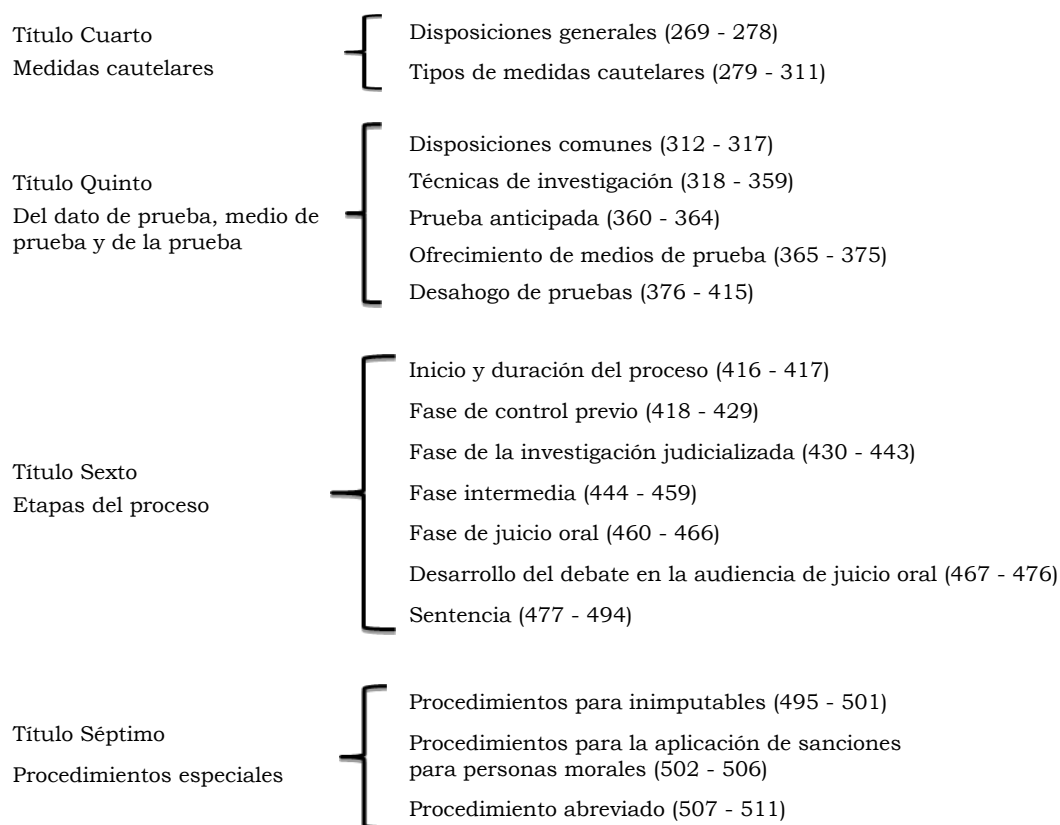


Figura 3. Esquema del Libro Segundo. Títulos cuarto a séptimo. Los números entre paréntesis indican los artículos, del código en estudio, que comprende el capítulo correspondiente.

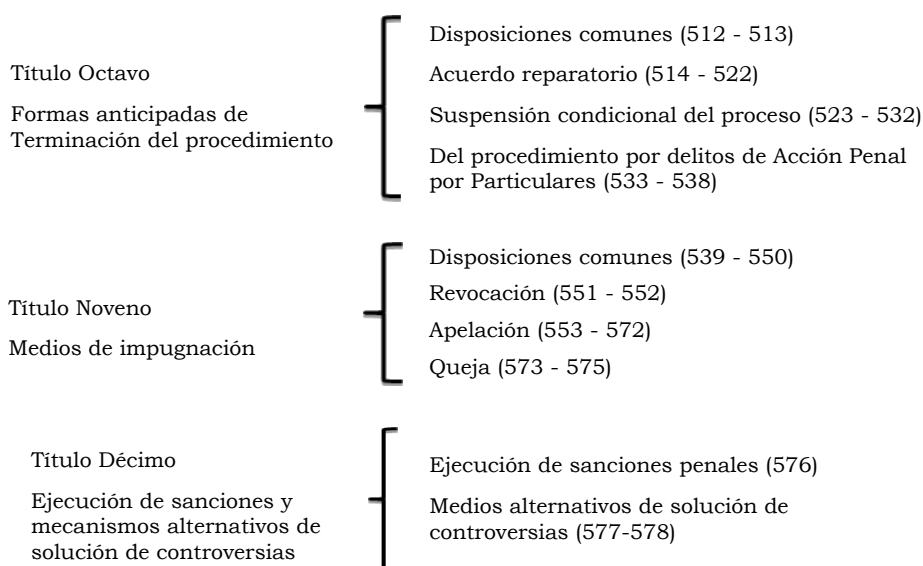


Figura 4. Esquema del Libro Segundo. Títulos octavo a décimo. Los números entre paréntesis indican los artículos, del código en estudio, que comprende el capítulo correspondiente.

CONTENIDO SUSTANCIAL DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE VERACRUZ

Un análisis detallado de todas las situaciones de fondo que contiene el nuevo código de proceder penal veracruzano excedería el objetivo del presente documento, por ende, siguiendo un criterio de selección personal, basado en la novedad e importancia de la figura jurídica contenida en el ordenamiento en estudio, presento a continuación una descripción de sus principales innovaciones.

Objeto del ordenamiento

El artículo 2 del *Código de Procedimientos Penales de Veracruz* establece como finalidades del ordenamiento, el esclarecimiento de los hechos, la protección al inocente, el procurar que el culpable no quede impune y que la víctima o el ofendido tengan acceso real a la reparación del daño. Estos principios están derivados de lo que establece la fracción I del apartado A, correspondiente al numeral 20 de la Constitución federal.

La enumeración de los objetivos señalados tiene una gran importancia, ya que determinan la finalidad de todas las figuras e instituciones jurídicas que integran el orden normativo procesal penal veracruzano. No puede entenderse plenamente el sistema penal acusatorio si no se comprende su objetivo.

El esclarecer los hechos y la protección al inocente determina la actuación de las autoridades, en relación con el trato que se les debe dar a los presuntos sujetos activos del delito; así, toman sentido, la presunción de inocencia, la carga de la prueba correspondiente al acusador, la intermediación procesal, las medidas cautelares, la reducción de la prisión preventiva, entre otras figuras jurídicas.

El procurar que el culpable no quede impune, deriva de la necesidad de hacer valer la norma penal; si bien es cierto, que se busca punir al culpable, no menos lo es, que la finalidad última es hacerlo responsable y que, en consecuencia, continúe siendo útil a la sociedad.

La reparación del daño está relacionada con el renacer de la víctima o del ofendido; el Estado le había quitado a los sujetos pasivos del delito, la posibilidad de intervención real en el procedimiento y en el proceso penal, haciéndolos depender indebidamente del Ministerio Público.

Con la inclusión de la víctima o del ofendido en las partes procedimentales y procesales, se avanza en su protección, ya que puede pedir la restauración del daño causado de manera directa, esto es, sin recurrir al denominado representante social; puede ahora, incluso, ejercitar la acción penal directamente ante el juzgador.

Respeto a los derechos humanos

El artículo 4 del código de proceder penal contiene un principio sumamente relevante, al establecer que el procedimiento se seguirá con un respeto irrestricto a los derechos humanos; esta situación parece muy simple, empero, no debe quedar simplemente como una enumeración, sino que los abogados postulantes tienen aquí ***dardos letales contra el actuar de la autoridad***.

Explico la aseveración presentada, la ampliación de derechos que otorga el arábigo en comento es ingente, puesto que a través de ella, puede el defensor o el asesor jurídico hacer uso no solamente de la normatividad penal veracruzana, sino también de las convenciones internacionales y la jurisprudencia derivada de ella.

A pesar de lo reciente que es la reforma constitucional en materia de derechos humanos, han entrado en vigor y cobrado plena vigencia los principios de interpretación conforme, propersona y del control de convencionalidad, cuestiones a las que remite directamente el numeral que describo; también lo contempla el numeral 13 del ordenamiento en estudio.

No es una afirmación ilusoria, ni tampoco aventurada, que merced a estos principios entramos a una nueva comprensión del derecho.

Presunción de inocencia

Esta figura de importancia sin igual, representa el ideal de los países de avanzada, en virtud de que es la defensa máxima de la libertad, merced a esto, artículos de la ley procesal penal veracruzana, como el cinco, el seis, el ocho, el 22, el 23, el 25 y el 42 serán bastante recurridos para defenderla. Además, la participación de los medios de comunicación y de la sociedad será vital en el resguardo de la presunción de inocencia.

En la misma tesitura, el imputado o acusado acudirá a las audiencias en plena libertad, salvo cuando se requiera alguna medida especial de seguridad, cuestiones previstas en los numerales 49 y 137 del ordenamiento en cita.

Carga de la prueba

Aunque este principio tiene relación intrínseca con la presunción de inocencia, considero conveniente comentarlo en apartado diferente, en virtud de ser parte del cambio paradigmático que contiene el nuevo sistema penal acusatorio.

El arábigo 10 del *Código de Procedimientos Penales de Veracruz*, establece que la parte acusadora debe probar sus afirmaciones y demostrar fehacientemente la culpabilidad del acusado. Esto es de una relevancia sin par, puesto que se acostumbra en el sistema inquisitivo lo contrario, es decir, que la parte acusada pruebe su inocencia.

Protección de la víctima

El artículo 11 del código de proceder penal veracruzano establece que los operadores jurídicos estatales, están obligado a proteger a la víctima en todas las etapas del procedimiento y del proceso penal.

No solamente se conforma el legislador penal de Veracruz con la protección, sino que también en el numeral 27 le otorga la calidad de parte en el procedimiento y en el proceso penal.

Como parte procedimental y procesal, tiene derecho a comparecer en las audiencias que se realicen y a nombrar un asesor jurídico, así

lo establecen los arábigos 31 y 32 del código en estudio, respectivamente.

Oralidad, inmediación, concentración, continuidad, contradicción, publicidad

El proceso penal acusatorio es un sistema a base de audiencias; la primera de sus características es la relativa a la oralidad, situación que conlleva una gran responsabilidad para los operadores jurídicos, sobre todo si se toma en cuenta que se está acostumbrado a un sistema a base de escritos. La argumentación jurídica tendrá un papel preponderante en el correcto desempeño de las partes procesales, defensores y asesores jurídicos.

La segunda característica, no menos importante, es la referente a la presencia obligada del juzgador en las audiencias, es decir, el principio de inmediación. Si una de las finalidades del sistema acusatorio es esclarecer los hechos, es obligación del órgano jurisdiccional estar presente en las diligencias, dirigirlas y apreciarlas, incluso, las sentencias que pronuncie deben ser emitidas oralmente.

La justicia pronta y expedita es el fundamento de las características de concentración y continuidad; en este sentido, debe procurarse realizar el debate de juicio oral en una sola audiencia y, además, tratar de concluir la el mismo día en que se celebre.

La característica de contradicción implica que las partes tienen la facultad de intervenir para controvertir o confrontar las aseveraciones de la parte contraria, por ello, todos los planteamientos de las partes deben resolverse en audiencia.

Por último, la publicidad de las audiencias es para fortalecer la confianza en el sistema penal acusatorio, puesto que las personas pueden asistir al desahogo de las audiencias correspondientes y, presenciar lo que ahí acontece.

Los artículos 14 al 20, el 24, 126, 127, 129 al 131, 133 al 135, 138, 143 y 145 del código de proceder penal son el fundamento de las características del sistema acusatorio.

Defensa adecuada

El derecho fundamental a la defensa adecuada está contemplado en el artículo 26 del ordenamiento penal veracruzano, y se refiere a la necesidad de que el imputado o acusado cuente con abogado que lo represente en el procedimiento y en el proceso.

La intervención del abogado es de insigne importancia, lo cual implica que debe tener conocimientos profundos del sistema acusatorio, so pena de perjudicar en lugar de beneficiar a su defendido. Es conveniente apuntar que, de acuerdo a los arábigos 53, 54 y 139, el legislador veracruzano se conforma con la tenencia de título y la exhibición de la cédula profesional, empero, en la práctica forense no basta con ello para representar adecuadamente a una persona.

Ministerio Público

El Ministerio Público sufre una disminución de sus facultades, en comparación con las que tiene en un sistema inquisitivo. Por principio de cuentas, al tener el particular afectado la posibilidad de ejercitar acción penal, pierde el monopolio que hasta ahora ostentaba.

En relación al desahogo de pruebas, el hecho de tener que solicitar autorización al "juez de control" para la celebración de diligencias, aunado a la situación de que solamente son válidas las pruebas desahogadas en la audiencia de juicio, lo colocan en una situación de verdadera parte procesal; esta situación es benéfica para los probables sujetos activos del delito, puesto que hasta ahora con las mismas pruebas recabadas ante el Ministerio Público, se emite la consignación, el auto de radicación, el auto de formal prisión e, inclusive, la sentencia.

A pesar de ello, tiene facultades de concluir anticipadamente el proceso, mediante la aplicación de criterios de oportunidad o la solicitud del juicio abreviado o la suspensión condicional del proceso.

Reglan las afirmaciones anteriores lo dispuesto por los artículos 67, 69, 199, 209 al 236, 264 al 268, 318 al 359, 441, 507

al 511 y 523 al 538, todos del Código de Procedimientos Penales de Veracruz.

Entrevista policial

Una situación bastante interesante y sumamente delicada es la contenida en el arábigo 77 del código de proceder penal veracruzano, la cual está referida a la facultad policial de entrevistar a cualquier persona que les pueda proporcionar información relativa al hecho delictivo. Habrá que estar muy pendiente, en la práctica, del ejercicio de esta facultad.

Conviene anotar que solamente puede entrevistarse a personas que no estén detenidas y que la entrevista puede ser videograbada.

Juzgador

Una cuestión novedosa e importante es la relativa a las funciones de los diversos órganos jurisdiccionales; de acuerdo al numeral 80 del *Código de Procedimientos Penales de Veracruz*, la competencia territorial se divide en: Juez auxiliar, juez de control, juez de juicio oral, tribunal de alzada y juez de ejecución.

El juez auxiliar conoce de asuntos en flagrancia o por caso urgente, además de desahogar las diligencias que le encomiende el juez de control.

El juez de control se encarga de dirigir el proceso desde la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura al juicio oral.

El juez de juicio oral dirige el debate en la audiencia respectiva y dicta la sentencia correspondiente.

El tribunal de alzada conoce de los medios de impugnación.

El juez de ejecución es competente para vigilar el cumplimiento adecuado de las penas.

La diversidad de juzgadores persigue la finalidad de especializarlos, lo que debe repercutir en beneficio del proceso penal y de la sociedad.

Consultores técnicos

El numeral 115 del código de proceder penal veracruzano contiene la figura del consultor técnico; este sujeto puede auxiliar a las partes procesales en el desahogo de las audiencias.

Su intervención es relevante, puesto que sus conocimientos científicos o técnicos auxiliarán a las partes procesales, sobre todo, si se recuerda que el proceso penal acusatorio es un sistema a base de audiencias, en las cuales se manifiesta la pericia de los intervinientes.

Medios informáticos

En dos artículos, el 124 y el 125, la legislación procesal penal veracruzana regla lo relativo a los medios tecnológicos que se pueden utilizar en el procedimiento y el proceso penal.

La novedad de esta situación es plausible, con ello se intenta ingresar a la modernidad, al igual que acontece en materias como la fiscal o la de amparo, más recientemente.

Es optativo para el particular, continuar el procedimiento y el proceso mediante el uso de los medios tecnológicos, empero, seguramente, en el futuro será lo cotidiano.

Registro de las audiencias

El uso de la tecnología también se manifiesta por el registro de las audiencias; de acuerdo con el numeral 136 del código de proceder penal veracruzano, puede utilizarse la estenografía, el audio o el video.

El medio utilizado se considera como parte de las actuaciones jurisdiccionales, por ende, pueden las partes pedir copia certificada de los mismos.

Etapas del sistema penal acusatorio

En cuatro fases divide el legislador procesal penal veracruzano el sistema penal que ha implementado, la de investigación inicial, la del proceso, la de segunda instancia y la de ejecución de sanciones.

Reitero, el explicar detalladamente una a una de las etapas rebasaría la capacidad del

presente escrito, por ello solamente realizo unas breves consideraciones.

El procedimiento penal comprende la actuación del Ministerio Público, es decir, la etapa de investigación inicial: incluye la denuncia o querrela y todas las diligencias tendientes a determinar, si se ejerce, o no, la acción penal.

El proceso penal contiene la actuación de los órganos jurisdiccionales, esto es, las etapas de control previo, investigación judicializada, intermedia, de juicio oral y la de impugnación, que considero conveniente incluir también.

La ejecución de sanciones está reglamentada por su legislación específica.

La fase de control previo está dirigida a determinar si se vincula, o no, a proceso al imputado, esto es, comprende el plazo constitucional de las 72 horas o 144 horas, si lo solicita el imputado.

La etapa de investigación judicializada tiene por finalidad que el Ministerio Público determine si acusa, o no, al imputado, en el plazo que le conceda el juez de control.

La fase intermedia o de preparación al juicio oral, sirve para determinar las pruebas que se desahogarán y los hechos que se controvertirán en la audiencia de juicio, comprende desde la acusación hasta el auto de apertura al juicio oral.

La fase de juicio oral es la fase culminante de la primera instancia, puesto que en ella se desahogan las pruebas y se controvierten los hechos, culminando con la sentencia que se pronuncie e individualizando las sanciones.

La etapa impugnativa, está destinada a revisar si las resoluciones recurridas fueron, o no, bien dictadas. Los medios de impugnación que contempla el ordenamiento en cuestión son la revocación, la apelación y la queja.

Cadena de custodia

El manejo de los objetos que en su momento lleguen a convertirse en prueba, constituye

un gran reto para los operadores jurídicos, en virtud de que se requiere para ello, de personas que tengan la pericia suficiente para realizar la tarea indicada. Los numerales 200 al 208 del código procesal penal veracruzano regulan esta figura jurídica.

Medios de descongestión del proceso

De enorme importancia para el buen funcionamiento del sistema acusatorio, son los mecanismos destinados a desahogar la carga de trabajo para los órganos jurisdiccionales, así resulta indispensable estudiar los criterios de oportunidad, el juicio oral abreviado, la suspensión condicional del proceso y los medios alternativos de solución de conflictos en derecho penal.

Del conocimiento, comprensión y aplicación de los mecanismos mencionados, depende en gran medida el éxito del sistema penal acusatorio, el cual cabe recordar, tiene como finalidad el crear sujetos responsables, que sean capaces de reconocer sus errores y repararlos adecuadamente.

Los operadores jurídicos del Código de Procedimientos Penales de Veracruz

La implementación del nuevo código de proceder penal veracruzano, ha generado gran incertidumbre en los operadores jurídicos, ante la creación de reglas diferentes a las que existían en el anterior ordenamiento. Un cambio de tal magnitud es visto con recelo y, no son pocas las voces que se han alzado contra el cambio de sistema, aunque es necesario decirlo, esto acontece por el poco conocimiento que se tiene de las figuras jurídicas ahora existentes.

Ante la entrada parcial en vigor del ordenamiento jurídico en análisis, se han producido reacciones en dos sentidos, la descalificación y la preocupación; tal vez, la primera de ellas sea a fin de cuentas un reflejo de la segunda, esto es, que, ante la preocupación por las nuevas formas procesales de proceder penal, la defensa que se les haya venido a la mente sea la de tratar de generar un rechazo colectivo a la legislación procesal penal implementada.

En ambos casos, se ha generado una especie de paranoia procesal penal, que ha repercutido en la proliferación de “cursos de actualización”, así, entre comillas, puesto que la mayor parte de ellos, desafortunadamente, no contienen la calidad debida, perjudicando en lugar de beneficiar al conocimiento del sistema.

Los cursos en cuestión que han invadido la entidad veracruzana son dedicados, en su mayoría, a la etapa de juicio oral, puesto que es la forma en que se ha vendido el sistema acusatorio penal, no solamente en Veracruz sino también en todo el territorio mexicano.

De acuerdo con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema Acusatorio, la primera etapa tendiente a la instauración del proceso penal acusatorio debería ser la sensibilización, la cual está destinada a humanizar a los operadores jurídicos y a motivar sinergias entre los diversos actores que intervienen en el cambio, con el objeto de vencer la resistencia natural al nuevo sistema.

La etapa de sensibilización debe llevar un tiempo aproximado de seis meses, fase que por cierto no se llevó a cabo en Veracruz, de ahí los resultados que se están obteniendo. Ahora bien, el no comprender bien el sistema y tener solamente un conocimiento superficial del mismo, genera una escasa productividad y, lo que es peor, la aplicación del sistema inquisitivo en la realidad y del sistema acusatorio en la teoría.

Los operadores jurídicos pueden dividirse en dos categorías, los que laboran para el Estado y los particulares; en el primer caso, se habla del Ministerio Público, de la policía, de los juzgadores y de los defensores de oficio, mientras que en el segundo supuesto me refiero a los abogados postulantes.

Los operadores jurídicos estatales han sido capacitados por el Estado, cabe advertir que la enseñanza fue bastante apresurada y que muchos de los elegidos para los cursos correspondientes, acudían forzados a recibirlos, sin mucha intención de aprender el correcto funcionamiento del nuevo sistema.

Los operadores jurídicos particulares no fueron capacitados por cursos impartidos por el Estado, así que lo hicieron como pudieron, como su capacidad económica se los permitió. Solamente un pequeño porcentaje del total de abogados postulantes en la delicada materia procesal penal, han tomado cursos sobre el tema y, reitero, lamentablemente muchas de esas enseñanzas no han sido lo debidamente correctas.

En el mismo orden de ideas, la capacitación a la que me referí en los dos párrafos que anteceden, es la que se produjo antes de la entrada en vigor del sistema, esto es, los cursos que los operadores jurídicos, estatales y particulares, tomaron para el conocimiento del sistema que se avecinaba.

Ahora, ya con el sistema en funcionamiento, las dos vertientes se mantienen: Por un lado, el Estado debe seguir capacitando a sus operadores jurídicos, para el efecto de que no cometan errores garrafales derivados de la falta de conocimiento y comprensión del sistema penal; por otro lado, los abogados particulares, están obligados también a estudiar y aplicar las nuevas reglas procesales.

En el mismo tenor, los cursos se multiplican producto de la vendimia mercantilista, prometiendo que los asistentes serán expertos en la nueva área procesal penal, lucrando de esta guisa con la necesidad de conocer el proceso penal acusatorio. Son pocos los cursos que contienen realmente la enseñanza adecuada y, lamentablemente, se confunden con los demás.

Los operadores jurídicos de los Distritos Judiciales de Xalapa y Córdoba ya están batallando con la aplicación del sistema penal acusatorio, tendrán que aprender sobre la marcha; los operadores jurídicos de los demás Distritos Judiciales, tendrán que iniciar ahora el estudio del sistema, para que no sufran, en su momento, por su falta de conocimiento.

¿Qué deben hacer los operadores jurídicos? Estudiar a detalle el nuevo ordenamiento procesal penal, tomando en cuenta siempre la comprensión de la finalidad del sistema, es

decir, sensibilizarse para poder entender qué requiere de ellos la sociedad veracruzana.

Por último, es de lamentarse que las instituciones universitarias no actualicen sus planes de estudio, para estar acordes con el sistema procesal penal acusatorio y, de la misma forma, que no tengan intención alguna de tener aulas adecuadas para que sus estudiantes puedan realizar prácticas de las diversas audiencias que establece el código de proceder penal veracruzano. A fin de cuentas, los estudiantes actuales serán los que, al egresar, aplicarán el nuevo sistema procesal penal.

En el mismo tenor, más lamentable aún es el hecho de que los docentes universitarios continúen enseñando el derecho de la misma forma como lo aprendieron, con evaluaciones que favorecen la memoria y no la interpretación y argumentación que tan cara es para el derecho contemporáneo. En muchos casos, parece que quieren medir su capacidad como profesores tomando en cuenta el número de reprobados que tienen... situación totalmente reprochable.

La sociedad veracruzana y el nuevo Código de Procedimientos Penales

Si la mayor parte de los operadores jurídicos tienen un conocimiento superficial del sistema penal acusatorio, que decir de la sociedad en general; el desconocimiento del sistema es completo, solamente han recibido la información que los medios de comunicación han podido proporcionar.

Estos dos vértices son bastante interesantes, los medios de comunicación y la sociedad, la importancia de ambos en el correcto desempeño del sistema es indudable, tal vez ninguno de ellos pueda imaginar a que grado.

Los medios de comunicación están obligados, con el nuevo sistema, a no presentar información que involucre datos personales de las partes en contienda dentro de un litigio penal, situación que cambia totalmente su panorama actual, puesto que muchos de ellos hacen de la nota roja su forma primordial de

obtener ingresos, mentalidad que será difícil, pero no imposible, cambiar.

Al presentar a los probables sujetos activos del delito como culpables, han contribuido, y lo continúan haciendo, al etiquetamiento de tales sujetos, vulnerando de esa manera gravemente la presunción de inocencia, figura crucial del sistema acusatorio.

La sociedad veracruzana lastimada y dolida por el desempleo, la inadecuada educación, las promesas de campaña incumplidas, el incremento de los índices delictivos y la corrupción no parece percatarse del cambio de sistema procesal penal. Es más, parece no interesarle, en virtud de la inseguridad existente, derivada de las cuestiones mencionadas.

La prioridad de la sociedad veracruzana es sobrevivir, en sentido literal y metafórico; por ende, poco o nada se ha preocupado por entender el significado de implementar el sistema penal acusatorio, si acaso, han escuchado que habrá juicios orales en el Estado, pero hasta ahí.

Será difícil hacer que el sistema funcione, sobre todo, si los medios de comunicación y la sociedad no comprenden cuál será su papel en la aplicación del proceso penal acusatorio; es conveniente recordar, que la finalidad es que los sujetos sean responsables de sus acciones, por ello, reitero, la palabra clave es... responsabilidad.

Se requiere de una sociedad responsable, que acepte sus errores pero que también pueda exigir el cumplimiento de sus derechos; se necesita de medios de comunicación que sean capaces de difundir la información real, respetando de manera irrestricta los derechos humanos de los participantes en una controversia penal.

CONCLUSIONES

El sistema penal acusatorio ha iniciado en Veracruz, con más inquietudes que certidumbres, con más ignorancia que conocimiento, con más expectativas que realidades, con más descalificaciones que reconocimiento; ante esta situación, sociedad, medios de comunicación, autoridades y operadores jurídicos deben colaborar estrechamente, para hacer realidad el ideal constitucional: esclarecer los hechos, proteger al inocente, detener la impunidad y que la reparación del daño se produzca, así, se creará una convivencia responsable, que tanta falta hace en la entidad y, más aún, en el país... trabajemos por ello.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cámara de diputados (2013). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Cámara de diputados.
- Instituto Electoral Veracruzana (2013). *Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*. México: Instituto Electoral Veracruzana.
- Desarrollo Integral de la Familia Estatal de Veracruz (2013). *Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*. México: Desarrollo Integral de la Familia Estatal de Veracruz.
- Congreso del Estado de Veracruz (2013). *Diario de los debates*. México: Congreso del Estado de Veracruz.
- Congreso del Estado de Veracruz (2013). *Gaceta Legislativa del Congreso de Veracruz*. México: Congreso del Estado de Veracruz.

LA LEY AGOTE. ANÁLISIS DEL PARADIGMA TUTELAR Y PRESUPUESTOS POLÍTICO-CRIMINOLÓGICOS DE SU CREACIÓN

Daniel Schulman

Poder Judicial de la Provincia de Chubut
danielschulman2000@yahoo.com.ar
Argentina

RESUMEN

En la Argentina de José Ingenieros la corriente criminológica en boga era la positivista la cual fue utilizada por la clase élite como medio de legitimar el control que deseaba imponer sobre las masas, especialmente sobre la gran oleada de inmigrantes que llegaron al país. Los menores fueron los más afectados por dicha corriente ya que se buscaba *disponer* de ellos a gusto del Estado.

PALABRAS CLAVE: Ley, Positivismo, Historia, Ciencia, Reforma penal.

INTRODUCCIÓN

El inicio de la Criminología en la Argentina está íntimamente ligado al auge del positivismo como corriente de pensamiento preponderante entre los intelectuales de la época, junto a la gran ebullición de disciplinas de aplicación sobre la sociedad y el sujeto en particular, entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

El pensamiento positivista fue más que una mera corriente de pensamiento que se discutiera en claustros académicos y en reuniones de intelectuales. En cierta forma era la ideología dominante entre la elite que gobernaba al país. Tal es así que políticos de primer nivel como Sarmiento, Wilde, o el mismísimo Roca, se nutrían de escritos spencerianos y darwinianos, citándolos en sus discursos y aplicando sus ideas a las gestiones y políticas gubernamentales. Es decir, el positivismo era tanto una corriente de pensamiento como así también una estrategia que se aplicaba a la gubernamentalidad.

No obstante, el arraigo del positivismo y su cenit en Argentina ya era una corriente relativamente perimida en claustros europeos (de donde vino importado). Al inicio de su llegada, fue tomado y puesto al servicio, con astucia e inteligencia, de un proyecto de país y de concentración de poder, enarbolando la idea de “progreso” como meta y resumen de lo que englobaba. Por ello no es casual, por ejemplo, que la bandera brasilera rece en su lema “Orden e Progresso” (Orden y Progreso).

La historia argentina en este punto ha sido poco crítica, dado que la producción y manejo del modelo agroexportador estaba concentrado en muy pocas manos (una oligarquía terrateniente que residía preferentemente en la ciudad de Buenos Aires y repartía su tiempo entre esta ciudad y otras europeas), y, por otro lado, arrojó fuera y desestimó el proyecto

de industrialización del país, siendo que los productos manufacturados era importados en su casi mayoría.

Por lo tanto, las divisas que entraban al país fruto de esta actividad económica no eran redistribuidas en el conjunto de la población, sino que se amasaban en pocas manos.

La economía en este aspecto era un apéndice de la economía inglesa, que solicitaba estos productos para su consumo; es decir, había un posicionamiento de sometimiento y de aceptación de ciertas políticas gubernamentales por parte de Argentina para con Inglaterra, ya que este país podía presionar amenazando con dejar de importar productos si no se cumplía con lo pedido. Un claro ejemplo de esto fue la Guerra de la Triple Alianza: Argentina, Brasil, y Uruguay (sin poder de decisión) aceptan atacar y destrozar Paraguay, presionados por Inglaterra, ya que Paraguay había emprendido un proceso de industrialización y modernización estatal, prescindiendo de la industria británica.

Dada esta estructura de país, hacia 1880 se genera en Buenos Aires un grupo de intelectuales y políticos, oriundos de familias patricias y poderosas que la historia bautizaría como "La Generación del '80". Esta agrupación se consolida en simultáneo con el país propiamente dicho, con la estabilización político – administrativa e institucional.

La Generación del 80 representaba al sector más ilustrado de la oligarquía, poseedora de mucho protagonismo social y poder material, ligado a la dinámica real del poder y poseídos por la avidez de imitar las novedades y el modelo de progreso, eminentemente positivista proveniente de Europa. De ahí, es que se han importado todas las ideas y experiencias en materia criminológica, que han tenido un gran desarrollo en nuestro país, de la mano de prolíficos profesionales, entre ellos José María Ramos Mejía, Francisco de Veyga, y principalmente, José Ingenieros.

ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS A LA SANCIÓN DE LA LEY AGOTE. ARQUITECTURA DE PAÍS

Hacia esta época, las clases dominantes habían acumulado grandes riquezas, sin lograrse una redistribución entre la población, la cual se incrementó a raíz de las oleadas inmigratorias, iniciadas e incitadas por Sarmiento durante su gobierno, pese a que no fueron lo que Sarmiento pretendía: llegaron muchos obreros, jornaleros y demás personajes sin demasiada formación profesional ni académica, con ideas políticas anarquistas o socialistas, muchos en protestas sociales y reivindicaciones clasistas, que comenzaron a cambiar el escenario social y político argentino. Es decir, fue este hito la irrupción de un elemento extraño en la escena político – social argentina, que lejos de menguarse como había pasado con el Rosismo, su actividad fue cada vez más intensa, y por lo tanto, se debieron tomar medidas al respecto.

Estas corrientes migratorias cambiaron sustancialmente la arquitectura del país, generando una repentina superpoblación que tuvo que apiñarse en los famosos conventillos, que fueron su sitio fatal de residencia entre 1880 y 1910. A pesar de que algunas de esas casas poseían ya aguas corrientes y cloacas, el hacinamiento y la falta de higiene eran cada vez más alarmantes. Las autoridades se mostraban indiferentes ante el problema; las ordenanzas municipales sobre higiene no se cumplían y las epidemias que sucedieron a la de fiebre amarilla eran una constante amenaza de mortandad (Elbert, 2001).

Y sobre este punto comienzan a generarse una serie de problemas para la cómoda elite dominante argentina y para los gobernantes de turno.

El crecimiento repentino y multinacional de Buenos Aires tuvo tal magnitud, que en escasos cinco años tornó insuficientes a la red cloacal, la iluminación, el agua y las viviendas, saltando de 200,000 habitantes a 400,000. Casi la mitad de esa población no hablaba castellano, no tenía trabajo fijo ni inserción social o cultural. Este cambio

abrupto de fisonomía y mentalidad, con el ingrediente provocativo de las ideas anarquistas y socialistas, que los obreros habían traído con sus escasos enseres, tomó desprevenido al gobierno, colocándolo ante el imperativo de dar respuestas tranquilizantes a los sectores conservadores, que veían a los extranjeros como elementos disolventes e incomprensibles, que afectaban su seguridad (Elbert, 2001).

Este es un punto de inflexión para la materia que nos ocupa: al sentirse la elite dominante amenazada por esta gran masa de inmigrantes, debe tomar cartas en el asunto y generar, al decir de Foucault, un saber que brinde poder. La dualidad saber-poder nunca se vio tan explícita como en esta época, ya que era necesaria una fundamentación que sustentara las nuevas políticas en materia de seguridad e intervención criminológica que se llevarían adelante.

ELEMENTOS DE INTERVENCIÓN CRIMINOLÓGICA. LAS LEYES Y LAS CÁRCELES

La constitución de un Estado de derecho necesita primordialmente de elementos que contengan el libre albedrío de los habitantes (siguiendo a Kant) para que no se efectúen excesos en sus actos. Es la ley la que oficia como reguladora de los comportamientos y de algún modo, se anticipa a lo que pueda llegar a suceder, elaborando sanciones para quienes no cumplan con lo prescripto.

Por otro lado, antes de la sanción de la Ley de Residencia, se habían operativizado distintas medidas sin fundamento legal, dando lugar a una suerte de “estado de excepción”, al decir de Giorgio Agamben (2002). De hecho, siguiendo a este autor, tanto la Ley de Residencia como la Ley de Defensa Social (y posteriormente la llamada Ley Agote que trataremos más adelante) son la culminación y formalización legal del “estado de excepción” que se había arbitrado, y que queda instituido de esta manera, ahora de manera legal.

Fue la acumulación de saber, y por lo tanto de poder, que dio origen a dos elementos jurídicos importantísimos para la época, que intentaron dar una solución a los “problemas”

que se figuraba la elite dominante. La elaboración de estas dos leyes, la Ley de Residencia y la Ley de Defensa Social, estuvo íntimamente ligada a los claustros académicos e intelectuales, imbuidos dentro del positivismo criminológico. Por otro lado, también se operativizó toda una serie de dispositivos de poder subrepticios bajo la figura de establecimientos carcelarios. Tal es así, que entre 1882 y 1910 se crearon a lo largo del territorio nacional aproximadamente 20 cárceles, para neutralizar, controlar, y manipular al “extranjero indeseable”.

Es decir, que el Estado argentino asumió su rol de monopolizador de la violencia, la sanción penal, y la distribución de castigos a través de elementos jurídicos y dispositivos de poder, que configuraron de otro modo las relaciones sociales. Era necesario fundamentar de algún modo la “correcta” distribución del castigo, y para tal fin se utilizaron los aportes de la criminología positivista de la época, sobre todo los de José Ingenieros, quien fuera director del Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional.

Siguiendo con esta idea, algunas obras de la Criminología de José Ingenieros no son más que una fundamentación y despotricamiento científico del inmigrante, causante de los problemas de la aristocracia porteña. Más adelante, veremos que amplió su objeto de estudio hacia las masas de niños y adolescentes hijos de “extranjeros indeseables”, tal como lo configura la Ley de Residencia.

Pero volviendo al marco social de la época, la oligarquía porteña no se planteaba que los reclamos de los obreros inmigrantes pudieran ser alguna manifestación clasista, sino que consideraba que los mismos eran fruto de un encuentro de nativos y extranjeros, movidos estos últimos por el designio de disolver la sociedad a cuyo seno se habían acogido. No se quería reconocer que estos inmigrantes pudieran tener reclamos legítimos.

Dadas las huelgas y protestas sociales, iniciadas particularmente por obreros y trabajadores anarquistas, hacia noviembre de 1902, se paralizó el tráfico terrestre y portuario de Buenos Aires. A estos efectos, el

22 del mismo mes, se convocó a una sesión extraordinaria de emergencia en el Senado de la Nación para tratar un viejo proyecto de ley presentado en su momento por el senador Miguel Cané. Este proyecto se había presentado hacia 1899, pero fue sancionado en la fecha explicitada más arriba, dando nacimiento a la *Ley de Residencia*.

Esta ley, si bien no cita explícitamente al “elemento anarquista”, iba dirigida contra el mismo. Con ésta, al Poder Ejecutivo se lo facultaba para decidir sobre la

[...] salida del territorio argentino de todos los extranjeros condenados o perseguidos por los tribunales extranjeros por haber cometido crímenes o delitos comunes, así como de los extranjeros cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o perturbase el orden público. [...] Desaparecían así todas las garantías que la Constitución venía ofreciendo a quien había decidido radicarse en el país (Del Olmo, 1995).

Es decir, que el Estado de este modo se guardaba de decidir, a través de sus dispositivos de control social, la permanencia o no de “extranjeros indeseables” que no fueran del agrado de este. Si se observa el texto frío de la ley, el mismo presenta ambigüedades, dando lugar a varias interpretaciones de lo que se puede llegar a considerar como “conducta que comprometa la seguridad nacional”. Esta interpretación, siempre corría por cuenta del Estado.

Lejos de calmar las protestas sociales anarquistas, el Estado argentino se vio en la necesidad de ser más radical en sus decisiones, dando lugar en 1910 a la creación de la *Ley de Defensa Social*.

Esta ley, más dura y abarcadora que la anterior, se plantea de lleno la lucha contra los anarquistas - extranjeros. Su sanción fue acompañada por un operativo policial meramente represivo (aparte de la Policía de la Capital Federal -vieja nomenclatura de la actual Policía Federal- se crearon una serie de milicias *ad hoc*) contra órganos y dispositivos anarquistas, tales como los periódicos “La

Protesta” y “La Vanguardia”, como así también se procedió a encarcelar a dirigentes y militantes de esta causa, por el sólo hecho de ser ostentar tal condición.

A estos efectos, se habían creado las cárceles mencionadas más arriba: creadas las cárceles se cuenta ya con lugares adecuados para aislar a quienes se consideraba perturbadores y peligrosos. Se necesitaba, sin embargo, cuestionarlos biológicamente; encontrar un determinismo de su condición que fundamentara su atavismo comportamental. La *Criminología clínica* de José Ingenieros fue la encargada de llevar adelante esta tarea.

Como se puede apreciar, la criminología de esta época estaba centrada en el sujeto delincuente, sin cuestionarse las bases sociales o el sistema instituido que generara condiciones propicias para esta secularización. Es decir, su intervención era de forma, pero no de fondo, a diferencia de la criminología crítica, que ubica como objeto de estudio las condiciones sociales y el momento histórico social que genera los diversos tipos de criminalidad.

Vemos así en este panorama argentino de entre 1880 y 1910, que la producción de saber y el ejercicio del poder estaban directamente orientados hacia las clases bajas, más vulnerables del estrato social, que según la ideología de la elite gobernante había que moldear en relación con sus propios intereses.

JOSÉ INGENIEROS Y SU INVESTIGACIÓN SOBRE LOS NIÑOS VENDEDORES DE DIARIOS

Existe un texto particularmente interesante de José Ingenieros donde realiza una investigación sobre los niños vendedores de diarios. Este artículo, publicado originalmente en la revista *Archivos de Psiquiatría, Criminología, y Ciencias Afines*, versa sobre un punto solicitado a investigar por el Círculo de Prensa: “la ventaja o desventaja que presentaba el empleo de la niñez como medio de difusión del periodismo y sus relaciones con el incremento de la delincuencia precoz” (Ingeniero, 1901).

Ingenieros tomó una muestra de la población, y mediante una encuesta y diversas variables que esperaba explorar para operativizar su objeto de investigación, descriptivamente detectó tres grupos de niños vendedores de diarios. Si bien su estudio es más que nada descriptivo, hacia el final del artículo intenta darle un sesgo más explicativo a través de concatenación de variables.

A saber, los tres grupos fueron: industriales; adventicios; y delincuentes precoces.

Si bien Ingenieros describió con bastante precisión a cada grupo, aquí nos atenderemos a lo que hace a la cuestión de la criminalidad. Por lo tanto, este autor refiere que el grupo industrial es el que más se aboca a su tarea laboral, teniendo horarios medianamente fijos de trabajo y una disciplina acorde a lo esperable.

El grupo adventicio muestra cierta permeabilidad al trabajo, aunque con horarios muy flexibles y con conductas ociosas y cuasi delictuales. A nivel familiar, han cortado lazos con casi toda su familia y su grupo de referencia son jóvenes que se encuentran en la misma situación. Ingenieros sitúa a este grupo como ubicado en la frontera del delito, es decir, los que están en contacto con la “mala vida” y que posteriormente se convertirán en delincuentes si no se interviene sobre los mismos.

El último grupo es el de los delincuentes precoces, delincuentes de poca monta y escasa astucia, pero que utilizan al delito como *modus vivendi* en su lucha por la vida. Ya han cortado todo interés por desarrollar una actividad laboral lícita.

Ingenieros considera que la “mala vida” es la frontera del delito. Para Ingenieros la mala vida se define como “todas las manifestaciones aberrantes de la conducta que implican su inadaptación a las condiciones de lucha por la existencia establecidas por la ética social en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar” (Ingenieros). Ingenieros aclara que es la antesala del delito, la “zona intermedia poblada por los antisociales de los cuales surgen los delincuentes legales”. La

exposición del niño a esta zona es altamente peligrosa ya que puede marcar (y según observaciones de Ingenieros, en su mayoría lo hace) el futuro desarrollo de este haciendo que se apropie del delito como medio de lucha por la vida. Los niños expuestos tienen una gran proximidad a los vicios nocturnos, tales como el acceso a la temprana sexualidad, inicio en las tempranas adicciones, como el alcohol, y tienen una enorme posibilidad de formar parte del mundo delictivo.

Según el autor, se puede encontrar en ella, por un lado, personas cuya conducta antisocial es su medio de ganarse la vida; y, por otro lado, personas cuya conducta se limita a la inmoralidad y malvivencia. En estos sujetos se aprecia claramente la fase intermedia entre la honestidad y el delito. Y es sobre los niños que frecuentan esta franja social que nos ocuparemos.

ANÁLISIS DE LA LEY AGOTE Y SUS PRESUPUESTOS POLÍTICO-CRIMINOLÓGICOS

Así como se dieron las leyes de Defensa social y la de Residencia, surgió un nuevo mecanismo de control social que no apuntaba al “extranjero indeseable”, sino a los hijos de estos, que eran en su mayoría los investigados por Ingenieros; es decir, la Ley 10.903, de Patronato de Menores, o Ley Agote (del año 1919). Aunque, es dable remarcar que la investigación de José Ingenieros (1901) es considerablemente anterior a la mencionada Ley, que bien pudo haber sido sancionada hacia la época en que se produce, ya que el crecimiento demográfico de los hijos de “extranjeros indeseables” fue en aumento con el tiempo.

Ahora bien, ¿cuál es el trasfondo político de la creación de esta Ley? Siguiendo a García Méndez (2004), dado que los hijos de inmigrantes eran nacidos en el país, no entraban dentro de la categoría de “extranjero”, por lo que quedaban por fuera de las dos leyes mencionadas supra. A tales fines, se debía reconfigurar o crear una legislación que faculte al Estado a poder intervenir discrecionalmente sobre esta población

quitando toda garantía constitucional del debido proceso a los mismos, y más aún, su propia condición de su sujeto.

Resumidamente, la Ley Agote facultaba al Poder Judicial de antaño a disponer de los niños y adolescentes a hacer lo que quisiera sobre ellos, ya sea si estuvieran en situación de abandono o en situación delictiva.

Remarco la palabra “disponer”, ya que es un derivado del derecho civil: se dispone sobre cosas muebles o inmuebles. Pero en este caso, se dispone sobre sujetos, aunque no se los considerara como tales a esta población. Es aquí donde se fundan los llamados institutos de menores, que nada tenían que envidiarles a las cárceles de la época. Estos institutos eran meros establecimientos de depósito para estos jóvenes, sin planes ni estrategias de intervención. Es decir, de alguna manera se **disponía** sobre la vida de los niños y adolescentes (hijos de inmigrantes) indiscriminadamente.

Sibien Ingenieros desarrolló, en contraposición a las posturas de Senet y Mercante, diversas ideas sobre cómo intervenir sobre la niñez y adolescencia en riesgo, estas ideas nunca se materializaron.

A tales efectos, los programas de índole educativa intentaban incluirlos a la sociedad, pero las escuelas donde iba destinada esta población eran simples reproductoras de las diferencias sociales y económicas que los criminólogos no tenían en cuenta a la hora de elaborar sus teorías y por lo tanto, su postura a la hora de intervenir sobre la problemática.

Entonces, toda la población de hijos de inmigrantes nacidos en Argentina, estaban controlados mediante esta Ley con espíritu represivo, ya que, como dijimos antes, un niño podía ser encerrado en una institución afín, por el sólo hecho de no tener familia, u hogar, estar en situación de ocio o de vulnerabilidad.

Lo que no se tenía en cuenta, era por qué determinado niño llegaba a esta situación. Es decir, que el punto de contacto con el niño es la situación de riesgo en la que se encuentra, pero no se toman variables ni parámetros

para historizar su vida, y evaluar por qué se ha llegado a la situación de riesgo, la cual es el primer punto de contacto.

Como dijimos más arriba, esta situación de poder y control sobre la sociedad, carece de una mirada crítica, siendo que la principal preocupación pasaba por el encierro de esta población, adoleciendo de políticas claras acerca de la intervención de reducción de daños, el tratamiento específico, y la posible reinserción en la sociedad de la manera más sana posible.

Vemos, por lo tanto, que la intervención estatal a través de la Ley Agote denota una alta cuota de violencia para con este grupo poblacional, ya que daba un poder discrecional a las autoridades judiciales y estatales en general sobre lo que se podía hacer sobre el joven en estado de vulnerabilidad. Este era un poder estatal monopolizador de la violencia que actualmente se vuelve a palpar en el discurso de ciertos sectores sociales y políticos. Es decir, que la creación de esta ley responde a la necesidad estatal de disponer e intervenir sobre una población de nacionalidad argentina con herencia de poblaciones extranjeras, sobre las cuales se venía interviniendo violentamente.

ANÁLISIS DEL PARADIGMA TUTELAR EN RELACIÓN CON LA SANCIÓN DE LA LEY AGOTE

Ahora bien, si vamos al texto frío de la Ley, nos encontramos con cuestiones que tienen el mismo correlato que venimos desarrollando desde el apartado anterior, pero desde una perspectiva más jurídica, que deja entrever su impronta positivista, y correlativamente, su inclusión dentro del paradigma tutelar.

La Ley Agote tiene un claro interés en desdibujar las diferencias que existen entre el menor en situación de vulnerabilidad social o abandono, y el menor que presenta conflictos con la ley penal. Es decir, que equipara ambas categorías, y faculta a los magistrados a intervenir sobre dichas poblaciones *disponiendo* de los mismos como mejor le parezca en los casos concretos.

De todos los tecnicismos que se observan en la misma, resalto su Art. 21 (final) donde reza:

Se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres [...] a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendacidad o la vagancia por parte del menor; su frecuentación a sitios inmorales [...] o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupaos en oficios perjudiciales a la moral o la salud.

Lejos de ser una postura ingenua, y lejos de estar velando por la integridad “moral y física” de la población a la que se alude en la ley, se puede inferir el paradigma bajo el cual ha sido dictada. Creo que son los Art. 14 y 15 de esta ley los que más manifiestamente dan cuenta de dicho paradigma. A saber, el Art. 14 establece que los jueces de la jurisdicción criminal y correccional *deberán* (facultando y obligando al magistrado) *disponer* preventivamente de un menor de 18 años, quien acusado de un delito o bien siendo víctima del mismo,

[...] si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral [...]. A ese efecto no regirán [...] las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo considere necesario y se cumplirá en un establecimiento del Consejo Nacional del Menor”.

Es decir, que el menor en este caso no cuenta con garantías procesales de ningún tipo, ya que la intervención que tiene el magistrado sobre el menor, es total, sin posibilidad de que éste último tenga voz en el proceso judicial.

En la misma sintonía, el Art. 15 dice que:

Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer

del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior.

Por lo visto, la única manera de intervenir sobre el ámbito de la minoridad, aún cuando el niño era víctima de un delito, era a través de la disposición del mismo sujeto al criterio del magistrado.

Como vemos, el niño o el joven, catalogado como “menor” es una “cosa” dentro del paradigma tutelar, donde carece completamente de subjetividad y de representación una vez iniciado el proceso judicial que lo tiene como protagonista.

Esta característica primordial dentro del paradigma tutelar es lo que marca claramente el espíritu de la Ley Agote, principalmente, considero, en los artículos analizados. Es decir, que el Estado anteponía cualquier circunstancia que creyera propicia por sobre lo que el “menor” pudiera necesitar o querer dentro del proceso judicial. Ahora bien, el magistrado, que actuaba además como un “buen padre”, era quien imponía lo que consideraba mejor para esta población.

El vaciamiento de subjetividad y la creencia de que el joven no se encontraba en una situación en la que pudiera responder por sí mismo y que por tal motivo lo hiciera el Estado, es lo que ha cambiado a través de la introducción del “interés superior del niño” con la normativa vigente.

Por tal motivo, es que este paradigma, y la Ley Agote en particular, no hacen distinción entre el “niño abandonado” y el “niño delincuente”. Precisamente porque dicho paradigma faculta a los magistrados (y en correlación con los presupuestos políticos de la ley) a hacer lo que quiera con una determinada población de esta franja etaria. Es para intervenir y controlar a los hijos de los “extranjeros indeseables” que se encontraran en cualquier tipo de situación, sin importar el modo en que han llegado a ella.

CONCLUSIONES

Hemos hecho un recorrido histórico-genealógico de cómo se gesta e instituye de alguna manera el poder penal y el saber criminológico en la Argentina, y cómo se operativizan estas prácticas en el seno de la sociedad. Lo que no hay que perder de vista, es que toda manifestación de conocimiento científico y su correspondiente aplicación en el ámbito social y en las prácticas que tienen que ver con la misma, es que responden a los movimientos y avatares políticos del contexto en el que se dan, en un tiempo determinado. La perspectiva crítica nos sirve para develar estos mecanismos de poder ocultos, como bien ha explicado Michel Foucault en varias de sus obras. Ahora bien, en el tema que nos compete, no hay que ser ingenuos y considerar que la sanción de una ley romperá ideologías y prácticas que se vienen gestando desde hace tiempo. El trabajo que insume un cambio de paradigma, la instalación de nuevas prácticas y nuevas formas de abordar problemáticas lleva tiempo. Por lo tanto, que ya estos temas sean temas de debate en ámbitos académicos, jurídicos, y políticos, ya es un buen signo de que algo nuevo se está gestando. Igualmente, nos corresponde a los profesionales que tenemos quehaceres específicos en estos ámbitos hacer aportes desde la profesión y el tecnicismo para que las prácticas sean lo más acordes posible a lo que la sociedad necesita. Por otro lado, también en el tema desarrollado, si bien estos instrumentos legales fueron avalados en muchos casos por investigaciones científicas serias, también es necesario que el debate se de en estos ámbitos, en el ámbito de la investigación científica, para que no sea sólo una postura la que predomine, sino que se pueda arribar a una síntesis categórica sobre la problemática que se está tratando.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (2002). *Homo Sacer II. Estado de excepción*. España: Nacional.
- Del Olmo, R. (1995). *Criminología argentina*. Argentina: Depalma.
- Elbert, C.A. (2001). *Manual básico de criminología*. Argentina: Eudeba.
- Foucault, M. (2003). *Microfísica del poder*. España: Piqueta.
- García Mendez, E. (2004). *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Argentina: Del Puerto.
- Ingenieros, J. (1901). "Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz". En: *Archivos de Psiquiatría, Criminología, y ciencias afines*.
- _____. (s.f.). "La mala vida". En: *Archivos de Psiquiatría, Criminología, y Ciencias Afines*.
- Marteau, J.F. (2006). *Las palabras del orden*. Argentina: Del Puerto.

EL ASPECTO CIENTÍFICO DE LA TRILOGÍA “MINISTERIO PÚBLICO-POLICÍA-PERITOS” EN EL NUEVO PROCESO PENAL DE CORTE ACUSATORIO, ADVERSARIAL Y ORAL EN MÉXICO

**Juan Antonio Maruri
Jiménez**

Academia de Peritos en
Ciencias Forenses y Consultoría
Técnica Legal
jamaruri@hotmail.com
México

RESUMEN

El 18 de junio de 2008 se publicó el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, dando origen a la *Reforma constitucional en materia de justicia penal*, surgiendo como expectativas básicas: La transformación total del sistema de justicia penal; garantizar de manera efectiva la vigencia del “*debido proceso*” en materia penal; restablecer la confianza en el aparato de justicia penal y sus instituciones; hacer eficiente la investigación y persecución de los delitos; que el acusado cuente con mayores garantías en la defensa, asegurando con ello la protección, asistencia y participación de las víctimas y ofendidos; y salvaguardar los principios rectores de un Estado Democrático-Constitucional de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Dictamen del perito, Ministerio Público, Peritos, Peritaje, Policía.

INTRODUCCIÓN

La globalización mundial ha traído como consecuencia la adopción de cambios sustanciales en los sistemas económicos, políticos, sociales, culturales y jurídicos a nivel internacional. Surgiendo con ello en nuestro país, el establecimiento del nuevo *Sistema de Justicia Penal* cuya base fundamental descansa en el proceso penal de corte acusatorio, adversarial y oral, cuya implementación se pretende concretar en un lapso de 8 años, es decir, en junio de 2016 debe quedar instaurado el proceso penal en toda la República Mexicana.

Sin lugar a dudas, la desconfianza de la sociedad mexicana en las instituciones encargadas de brindar seguridad ha sido un aspecto fundamental de múltiples debates que cuestionan la eficacia, eficiencia y realidad de la transición de un sistema inquisitivo anquilosado por las prácticas de corrupción, impunidad, abuso de autoridad, violaciones a los derechos humanos e incapacidad de los gobernantes, a un sistema acusatorio en el que prevalezca la profesionalización de los cuerpos de seguridad, de las instituciones de procuración y administración de justicia, del sistema penitenciario, pero sobre todo, una actuación de respeto irrestricto a los derechos humanos de la víctima u ofendido, del imputado, y en general, de todos los miembros de la sociedad.

La “buena intención” del Estado mexicano que establece las bases iniciales de un cambio sustancial en la culturización y profesionalización de las instituciones que componen el sistema jurídico mexicano surge a partir de la obligatoriedad del “control difuso de convencionalidad” (Hidalgo Murillo J.D., 2012) adoptado por virtud de la existencia de cuatro sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del caso “Radilla Pacheco” (Secretaría Técnica, “Caso Rosendo Radilla Pacheco”, 2011), dando origen así a las reformas constitucionales en materia de juicio de amparo y derechos humanos, del 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente.

Para lograr una implementación ordenada, coordinada y homogénea, el artículo Noveno Transitorio del citado Decreto de reformas constitucionales establece que se creará una instancia de coordinación integrada por representantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las conferencias nacionales de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, la cual contará con una Secretaría Técnica (en adelante SETEC) que coadyuvará y apoyará a las autoridades federales y a las locales, cuando estas últimas así lo soliciten. (Secretaría Técnica, 2012).

Derivado de múltiples proyectos legislativos y esfuerzos de coordinación entre autoridades de los distintos niveles de Gobierno para lograr la implementación del nuevo proceso penal, surge la aprobación por el órgano legislativo federal, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* el 5 de diciembre de 2013.

BASES FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS DEL NUEVO PROCESO PENAL

Sección Primera. Bases fundamentales

Las bases fundamentales del nuevo proceso penal son las siguientes:

- *Acusatorio*; quien sostenga la acusación tendrá la carga de determinar el hecho típico, y probar los hechos que acrediten

la responsabilidad penal de las personas, sin que los tribunales puedan asumir ni rebasar los términos de la acusación; y

- *Oral*; las pretensiones, argumentaciones y pruebas en el desarrollo del proceso se deben plantear, introducir y desahogar en forma oral ante el juez o tribunal, bajo los principios de inmediación y contradicción.

Subsección primera. Sistema acusatorio

El sistema acusatorio se aplicó en Grecia y en los inicios de la república romana, aquí el ofendido posee el derecho de aplicar el castigo al acusado que ha resultado culpable. En este sistema todo ciudadano posee la facultad de acusar a otro, esa acusación debe entonces ser formulada por un particular; en otras palabras, el juez, no puede de oficio realizar la acusación, este debe de actuar hasta que es motivado por la acusación de un ciudadano.

Este sistema, está considerado como la forma primitiva de los juicios criminales, ya que mientras prevaleció el interés privado, sólo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o sus familiares, posteriormente, esa atribución se delegó a la sociedad en general. En la actualidad, ha sido adoptado por los países democráticos con las siguientes características:

- Los actos procesales de acusación, defensa y decisión se encomiendan a sujetos distintos;
- Los actos de acusación los encomienda el Estado al Ministerio Público;
- Los actos de defensa del inculpado son desarrollados por sí, o por medio de defensor que lo representa, ya sea particular o público designado por el Estado;
- Los actos de decisión los desarrolla el juez o magistrado;
- El Estado es el titular de la acción penal;
- Imperan los principios de relevancia de la acusación, imparcialidad del juez, presunción de inocencia y esclarecimiento judicial de los hechos; así como la

inmediación, concentración, economía procesal, publicidad y contradicción en el proceso;

- Corresponde a las partes la aportación de las pruebas;
- La valoración de las pruebas la realiza el juez; y
- Implica establecer mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito.

Subsección segunda. Oralidad

Es una característica esencial en el proceso penal puesto que se pretende que las audiencias se desarrollen de manera predominantemente de forma oral, y, por tanto, todas aquellas cuestiones que las partes tengan que aportar al proceso serán de forma directa y oral, ya que esta característica hace posible la efectiva tutela de los derechos fundamentales de todo inculpado. Los fines, las instituciones y demás principios del proceso se logran mejor a través de la oralidad que de la escritura. (Hidalgo Murillo J.D., 2012).

Sección segunda. Principios, derechos y objeto del nuevo proceso penal

Subsección primera. Principios rectores

Los principios rectores del nuevo proceso penal son los siguientes:

- *Publicidad*: Todas las actuaciones serán públicas con la finalidad de que a ellas accedan no solo las partes sino el público en general, salvo las excepciones que se establezcan para proteger la integridad física o psicológica de las personas que deban participar en la audiencia, o cuando se ponga en riesgo la revelación indebida de datos legalmente protegidos. Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el órgano jurisdiccional;
- *Contradicción*: Las partes podrán conocer y debatir los hechos y argumentos jurídicos,

normativos y jurisprudenciales de la contraparte, oponerse a las peticiones y alegatos de su contraparte, y controvertir o confrontar cualquier medio de prueba, para lo cual podrán hacer comparecer, interrogar o, en su caso, contrainterrogar, a los testigos y peritos pertinentes;

- *Concentración*: La presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate se desarrollarán, ante juez competente y las partes, en una audiencia continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales, así mismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos;
- *Continuidad*: Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos; e
- *Inmediación*: Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban intervenir en la misma, con las excepciones previstas. En ningún caso el órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

Subsección segunda. Principios fundamentales

Los principios rectores son aquellos sobre los cuales se manejará de manera general el proceso penal y además de ellos, existen los principios fundamentales derivados del sentido acusatorio y de protección a los derechos humanos, siendo tales principios los siguientes:

- Igualdad ante la ley;
- Igualdad entre las partes;
- Juicio previo;
- Debido proceso;
- Presunción de inocencia;
- Prohibición de doble enjuiciamiento;
- Entre otros.

Subsección tercera. Derechos en el procedimiento

No debemos olvidar que para que estos principios rectores y fundamentales funcionen acorde a un sistema procesal garantista, hay que observar además los derechos que asisten a la víctima u ofendido y al imputado, puesto que en la investigación de los hechos delictivos tanto el Ministerio Público como la Policía deben respetar de manera total y plena la existencia de los siguientes:

- Derecho a la intimidad y a la privacidad.
- Justicia pronta.
- Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata.
- Garantía de ser informado de sus derechos.
- Derecho al respeto a la libertad personal.

Subsección cuarta. Objeto del proceso penal

Como una incansable lucha por parte de diversos sectores del poder público, académicos, investigadores, y público en general, para la implementación del proceso penal de corte acusatorio y oral en la República mexicana, se desarrollaron intensos debates y se presentaron diversas iniciativas legislativas para determinar la atribución de la unificación legislativa, decidiéndose que el Congreso de la Unión es el órgano facultado a nivel nacional para la expedición de la legislación procesal penal en el país, estableciendo así el objeto del nuevo proceso penal, mismo que se expresa de la siguiente manera:

El proceso penal tiene por objeto el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas. (MARURI JIMENEZ, 2013)

LA TRILOGÍA MINISTERIO PÚBLICO-POLICÍA-PERITOS Y SU ACTUACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Sección primera. El Ministerio Público

Subsección primera. La figura del Ministerio Público en el nuevo Sistema de Justicia Penal

El Ministerio Público o Fiscal es aquel servidor público dependiente de la Procuraduría General de la República o de la Procuraduría General de Justicia de alguna entidad federativa o del Distrito Federal, facultado y capaz de conducir de forma coordinada con la policía y peritos, la investigación de los hechos con apariencia delictiva, teniendo para ello bajo su mando a las policías; para con base en dicha investigación ejercer en su caso, la acción penal ante los tribunales, considerando criterios de oportunidad en los supuestos y condiciones que fije la ley; capaz también de intervenir en las etapas del procedimiento penal y sus audiencias en ejercicio de sus atribuciones, e interponer recursos, siempre actuando con objetividad, garantizando la protección y el respeto a los derechos humanos de los sujetos que intervengan en el proceso, con la finalidad de lograr el esclarecimiento de los hechos, procurar que el culpable no quede impune y que se reparen los daños causados por el delito. (PENAL, 2012)

Subsección segunda. Obligaciones del Ministerio Público en el nuevo sistema de justicia penal

El artículo 131 del proyecto de Decreto del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (Penales, 2013) establece:

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados;

- II. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral, por escrito, o a través de medios digitales, incluso mediante denuncias anónimas en términos de las disposiciones legales aplicables, sobre hechos que puedan constituir algún delito;
- III. Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las Policías y a los peritos durante la misma;
- IV. Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento;
- V. Iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda y, en su caso, ordenar la recolección de indicios y medios de prueba que deberán servir para sus respectivas resoluciones y las del Órgano jurisdiccional, así como recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación;
- VI. Ejercer funciones de investigación respecto de los delitos en materias concurrentes, cuando ejerza la facultad de atracción y en los demás casos que las leyes lo establezcan;
- VII. Ordenar a la Policía y a sus auxiliares, en el ámbito de su competencia, la práctica de actos de investigación conducentes para el esclarecimiento del hecho delictivo, así como analizar las que dichas autoridades hubieren practicado;
- VIII. Instruir a las Policías sobre la legalidad, pertinencia, suficiencia y contundencia de los indicios recolectados o por recolectar, así como las demás actividades y diligencias que deben ser llevadas a cabo dentro de la investigación;
- IX. Requerir informes o documentación a otras autoridades y a particulares, así como solicitar la práctica de peritajes y diligencias para la obtención de otros medios de prueba;
- X. Solicitar al órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma;
- XI. Ordenar la detención y la retención de los imputados cuando resulte procedente en los términos que establece este Código;
- XII. Brindar las medidas de seguridad necesarias, a efecto de garantizar que las víctimas u ofendidos o testigos del delito puedan llevar a cabo la identificación del imputado sin riesgo para ellos;
- XIII. Determinar el archivo temporal y el no ejercicio de la acción penal, así como ejercer la facultad de no investigar en los casos autorizados por este Código;
- XIV. Decidir la aplicación de criterios de oportunidad en los casos previstos en este Código;
- XV. Promover las acciones necesarias para que se provea la seguridad y proporcionar el auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público, Policías, peritos y, en general, a todos los sujetos que, con motivo de su intervención en el procedimiento, cuya vida o integridad corporal se encuentren en riesgo inminente;
- XVI. Ejercer la acción penal cuando proceda;
- XVII. Poner a disposición del órgano jurisdiccional a las personas detenidas dentro de los plazos establecidos en el presente Código;
- XVIII. Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;

- XIX. Solicitar las medidas cautelares aplicables al imputado en el proceso, en atención a las disposiciones conducentes y promover su cumplimiento;
- XX. Comunicar al órgano jurisdiccional y al imputado los hechos, así como los datos de prueba que los sustentan y la fundamentación jurídica, atendiendo al objetivo o finalidad de cada etapa del procedimiento;
- XXI. Solicitar a la autoridad judicial la imposición de las penas o medidas de seguridad que correspondan;
- XXII. Solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, sin perjuicio de que éstos lo pudieran solicitar directamente;
- XXIII. Actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y
- XXIV. Las demás que señale este Código y otras disposiciones aplicables.

Subsección tercera. La actuación del Ministerio Público en el proceso penal

Del texto del artículo transcrito se aprecian las siguientes consideraciones relevantes:

- En su ejercicio de conducción y mando de la investigación de los delitos, detenciones y puestas a disposición, deberá vigilar la total observancia de los derechos humanos;
- Debe conocer ampliamente de las normas, bases, principios, reglas y protocolos para la preservación del lugar de los hechos, procesamiento, recolección, embalaje y traslado de los indicios hallados en él, practicar actos de investigación, además de que dirigirá en su actuación a la Policía y peritos que intervengan bajo su dirección y mando;
- Brindar protección y auxilio a todos aquellos intervinientes en el proceso penal, cuando se encuentren en riesgo;
- Ejercitar la acción penal en los casos que esté facultado, decidir sobre la aplicación

de criterios de oportunidad, mecanismos alternativos de solución de controversias y formas anticipadas del proceso, solicitar la aplicación de medidas cautelares, solicitar la aplicación de penas y medidas de seguridad a la autoridad judicial; y

- Solicitar el pago de la reparación del daño a la víctima u ofendido, así como comunicar al imputado los hechos de la acusación, y al Juez los datos de prueba y fundamentación legal que la sustenten.

Sección segunda. El policía

Subsección primera. La figura del policía en el nuevo sistema de justicia penal

El policía investigador es aquel servidor público dependiente de la procuradurías o en su caso de las secretarías de seguridad pública, federal o estatales, facultados y capaces de realizar diligencias de investigación de los delitos bajo la conducción y el mando del Ministerio Público, detener personas en casos legitimados, preservar el lugar de los hechos, procesar y trasladar indicios respetando la cadena de custodia, ejecutar solicitudes de cateo y órdenes de aprehensión, prestar auxilio y protección a víctimas, ofendidos o testigos del delito, emitiendo los informes correspondientes, acudir a audiencias cuando se le requiera y solicitar al Ministerio Público que promueva acciones que coadyuven a la obtención de pruebas; cuidando siempre la protección y el respeto a los derechos humanos. (PENAL, 2012)

Subsección segunda. Obligaciones del Policía

El policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Por su parte, el artículo 132 del proyecto de Decreto del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (Penales, 2013) establece;

Para los efectos del presente Código, el policía tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata de las diligencias practicadas;
- II. Recibir denuncias anónimas e inmediatamente hacerlo del conocimiento del Ministerio Público a efecto de que éste coordine la investigación;
- III. Realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga;
- IV. Impedir que se consumen los delitos o que los hechos produzcan consecuencias ulteriores. Especialmente estará obligada a realizar todos los actos necesarios para evitar una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos de los gobernados a quienes tiene la obligación de proteger;
- V. Actuar bajo el mando del Ministerio Público en el aseguramiento de bienes relacionados con la investigación de los delitos;
- VI. Informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables;
- VII. Practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público;
- VIII. Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable;
- IX. Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos, en los términos de la fracción anterior;
- X. Entrevistar a las personas que pudieran aportar algún dato o elemento para la investigación;
- XI. Requerir a las autoridades competentes y solicitar a las personas físicas o morales, informes y documentos para fines de la investigación. En caso de negativa, informará al Ministerio Público para que determine lo conducente;
- XII. Proporcionar atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito. Para tal efecto, deberá:
 - a. Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;
 - b. Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;
 - c. Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria;
 - d. Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica.
- XIII. Dar cumplimiento a los mandamientos ministeriales y jurisdiccionales que les sean instruidos;
- XIV. Emitir el informe policial y demás documentos, de conformidad con las disposiciones aplicables. Para tal efecto se podrá apoyar en los conocimientos que resulten necesarios, sin que ello tenga el carácter de informes periciales, y
- XV. Las demás que le confieran este Código y otras disposiciones aplicables.

Subsección tercera. La actuación del policía en el proceso penal

El sistema penal depende, en primera instancia, de la policía. Cuando esta no funciona, los agentes del Ministerio Público y los defensores no pueden desarrollar un trabajo digno, y el órgano jurisdiccional, como consecuencia, tampoco pueden cumplir con el suyo. (REPÚBLICA, 2011)

Con relación a la actuación del policía en el proceso penal se desprenden las siguientes consideraciones relevantes:

- Está facultado para recibir denuncias, realizar detenciones y asegurar bienes, con estricto apego a las bases y principios del proceso penal y a los derechos humanos, además de que es su deber registrar e informar al Ministerio Público respecto de dichas actuaciones en los documentos establecidos para tal efecto;
- Practicar actos de investigación, preservar el lugar de los hechos, así como desarrollar todo lo referente a la preservación del mismo, recolección y resguardo de los indicios relacionados con la investigación que desarrolle;
- Entrevistar testigos, requerir y solicitar información o documentos a autoridades y personas en relación con su actividad de investigación; y
- Proporcionar auxilio y atención a víctimas, ofendidos y testigos del delito.

Sección tercera. El perito

Subsección primera. La figura del perito en el nuevo sistema de justicia penal

El perito es aquella persona servidor público o no, profesionista o técnico experto que elabora estudios o análisis criminalísticos y de diversas especialidades, sobre elementos (personas, objetos, hechos) que pueden en su caso ser considerados como datos de prueba, capaz de manejar correctamente los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, respetando la cadena de custodia correspondiente, comparece a las actuaciones procesales cuando sea citado

por la autoridad y emite dictámenes con las formalidades técnicas y científicas de su ciencia, conservándolos bajo los principios de confidencialidad y reserva. (SECRETARÍA TÉCNICA, 2012)

Subsección segunda. El perito como consultor técnico y testigo experto en el proceso penal

En el texto del Código Nacional de Procedimientos Penales no se contempla al perito ni como sujeto procesal ni como parte en el proceso, ni como auxiliar, y aunque no se encuentra establecida su actuación ni obligaciones ni función, la doctrina lo encuadra en el rubro de “tercero”.

El artículo 136 del proyecto de Decreto del Código Nacional de Procedimientos penales establece lo siguiente:

Si por las circunstancias del caso, las partes que intervienen en el procedimiento consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, así lo plantearán al Órgano jurisdiccional. El consultor técnico podrá acompañar en las audiencias a la parte con quien colabora, para apoyarla técnicamente.

El consultor técnico debe ser un especialista en su ciencia, técnica o arte para asesorar al defensor, e incluso, al fiscal en el proceso penal, y toda vez que los dictámenes periciales deberán defenderse en juicio, el perito estará sujeto a interrogatorios y contrainterrogatorios de las partes, lo cual asimila su participación en el drama penal como “testigo”, y como gran parte de la actuación del perito y el testigo se toma del sistema anglosajón, surge también la figura del “testigo experto” denominándose como tal a quien, sin ser ofrecido como perito *-porque el área de declaración no constituye estrictamente una experticia-*, tiene, sin embargo un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia.

Subsección tercera. La actuación del perito en el proceso penal

Durante la investigación, el Ministerio Público o la Policía con conocimiento de este, podrá

disponer la práctica de los peritajes que sean necesarios para la investigación del hecho. El dictamen escrito no exime al perito del deber de concurrir a declarar en la audiencia de juicio.

Los peritos que elaboren los dictámenes tendrán en todo momento acceso a los indicios sobre los que versarán los mismos, o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia.

No se exigirán estos requisitos para quien declare como testigo sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque para informar sobre ellos utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte, técnica u oficio.

Subsección cuarta. La prueba pericial y su aspecto científico en el proceso penal

Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

A su vez, la legislación procesal penal establece que el juez deberá valorar las pruebas de manera lógica y libre, de acuerdo a las normas de la sana crítica y la experiencia, apoyándose en los *“conocimientos científicos”*. (PENAL, 2012)

LA PRUEBA PERICIAL Y SU ASPECTO CIENTÍFICO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Sección primera. Peritaje, peritación, informe y dictamen pericial

El peritaje es el examen y estudio que realiza el perito sobre el problema encomendado, para luego entregar su informe o dictamen pericial, con sujeción a lo dispuesto por la ley. Es el resultado metódico y estructural que nos conduce a la elaboración de un dictamen o informe que desarrolla el perito, previo examen de una persona, conducta o hecho.

La peritación se refiere a la actividad que desarrolla el perito, respecto a la aplicación de sus conocimientos (técnicos, profesionales y científicos), en base a principios y valores éticos. Tiene concordancia con la erradicación de la vieja fórmula *“conforme a mi leal y saber entender”*.

El informe pericial es un documento que se caracteriza por contener información que refleja el resultado de la *“peritación”*. Como su nombre indica, el objeto de este documento es informar y puede contener elementos persuasivos, tales como recomendaciones, sugerencias u otras cuestiones motivacionales que indican posibles acciones futuras que el lector del informe pudiera adoptar. El informe no concluye, solo informa. Forma parte de la carpeta de investigación o expediente y tiene relación estrecha con los mismos.

El dictamen pericial es el documento con el cual el perito produce, ante la autoridad competente que conoce del litigio o investigación, su juicio u opinión sobre los puntos controvertidos que le fueron sometidos y que servirá de base para forjar un criterio al juzgador. Es el estudio *“científico-técnico”* presentado por peritos, sobre cuestiones que requieran conocimientos especializados en determinada materia. Debe ser claro y preciso, incluyendo reflexión, confrontación y crítica; fundado en los principios de la disciplina en cuestión, a efecto de que derive en una conclusión.

Sección segunda. El aspecto científico de la prueba pericial y la importancia de la trilogía “Ministerio Público-Policía-Perito” en el proceso penal

Sin duda alguna, la prueba pericial es la base elemental en el nuevo sistema de justicia penal, pues a través del establecimiento, ofrecimiento, descubrimiento, incorporación y desahogo, se logra una colaboración esencial para llegar al conocimiento de la verdad histórica de los hechos, puesto que en el cambio total del sistema inquisitivo o mixto al sistema acusatorio queda plasmado que la base probatoria ya no es la confesión del inculpado ni la imputación de testigos, sino que la prueba pericial *-con un sustento científico-*, es aquella que nos da las bases científicas, comprobables y ciertas para llegar al conocimiento de la verdad histórica de los hechos y como se advierte en este análisis, la conducción y mando del Ministerio Público respecto del policía y los peritos en la investigación de los hechos delictuosos es la base esencial del proceso penal mexicano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Diario Oficial de la Federación (s.f.). *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial de la Federación.
- Hidalgo Murillo, J.D. (2012). *Juez de control y control de Derechos Humanos. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- _____. (2012). *La argumentación en la audiencia oral y pública desde los principios de la inmediación y contradicción*. México: Flores editor y distribuidor.
- Maruri Jiménez, J.A. (2013). *Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en preguntas y respuestas*. México: Flores editor y distribuidor.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales (2011). *ABC del nuevo Sistema de Justicia Penal en México*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (2011). *Caso Rosendo Radilla Pacheco, Boletín Jurídico SETEC Número 17*. México: Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.
- _____. (2013). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.
- _____. (2012). *Nuevo programa de capacitación aprobado por el Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal “Rama: Ministerio Público”*. México: Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.
- _____. (2012). *Proyecto del Código Modelo de Procedimientos Penales para las Entidades Federativas*. México: Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.
- _____. (2012). *Nuevo programa de capacitación aprobado por el consejo de coordinación para la implementación del sistema de justicia penal*. México: Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

EL TRATAMIENTO EN EL ORDEN PENAL DE LA FIGURA DEL DELINCUENTE PSICÓPATA

José Aróstegui Moreno

Universidad de Salamanca
josearostegui@usal.es
España

INTRODUCCIÓN

La psicopatía y, en concreto, los hechos delictivos cometidos por los delincuentes psicópatas, es una asignatura que tenemos pendiente los juristas. Efectúo esta reflexión en alto porque, hoy en día, no hay un criterio homogéneo sobre cómo acometer esta cuestión. Los juristas en nuestro entorno nos hemos dejado llevar, en cuanto al tratamiento que se debe dispensar a los psicópatas, por los resultados de las investigaciones en los ámbitos médico, psicológico y sociológico, olvidando que nuestro criterio y aportaciones pueden ser tan relevantes como los dimanantes de estas ciencias.

Tras la anterior reflexión, diremos que hay tres razones por las cuales a los juristas se nos debe despertar el interés en el estudio e investigación de las psicopatías:

- Una primera razón es la relativa a que los hechos delictivos cometidos por los delincuentes psicópatas han aumentado de forma considerable en los últimos tiempos;
- Como segunda motivación, hemos de decir que la Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante), nos ofrece una estadística inquietante. Nos dice que el 2% de la población mundial es psicópata. Si tenemos en cuenta que la población mundial en 2007 era de más de 6 mil millones de habitantes, de acuerdo con la estadística de la OMS, en el mundo actualmente hay más de 120 millones de personas que son psicópatas. Por lo que respecta a España, se barajan distintas cifras. Como significativa señalaremos la que maneja Garrido Genovés que indica que en España hay aproximadamente un millón de psicópatas de los cuales sólo 10,000 cometen hechos delictivos; y
- Una tercera razón que debe despertar nuestro interés jurídico en el tema es la consideración por mi parte de que es necesario analizar al grupo de delincuentes mas atípicos y complejos dentro de la tipología criminal que se encuentran en nuestras cárceles, y conocer si su tratamiento penal es el adecuado.

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE SE PLANTEA EN TORNO A LAS PSICOPATÍAS

Una vez dicho lo anterior, señalaremos que –para un mejor conocimiento del estudio de las psicopatías y de toda la problemática jurídica que las circunda– es conveniente abordar el análisis de esta patología desde cuatro perspectivas:

- La evolución histórica de las psicopatías;
- La psicopatía como trastorno antisocial de la personalidad o psicopatía;
- La culpabilidad y la inimputabilidad del delincuente psicópata respectivamente; y
- El tratamiento penitenciario.

Antes del análisis del contenido de estas cuatro perspectivas que pretendemos llevar a cabo, puntualizamos, como es obvio, que este artículo no es exhaustivo, es una ligera visión desde un punto de vista jurídico de esta patología. En este orden de cosas, diremos también que, de forma previa a la exposición del tema y teniendo en cuenta la diversidad conceptual de la psicopatía, queremos indicar, aunque sea de forma breve, el concepto de psicopatía que vamos a manejar, ello para una mejor exposición de las ideas que pretendemos transmitir.

La psicopatía es una enfermedad mental que afecta únicamente a la voluntad. No afecta a la inteligencia, a diferencia de los estados de enajenación mental que afectan a la voluntad y a la inteligencia

Una vez realizada la anterior precisión, pasamos al análisis de cada una de las perspectivas anunciadas.

PRIMERA PERSPECTIVA: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PSICOPATÍAS

Esta evolución es importante porque, a través de ella, se pueden detectar cuatro cuestiones fundamentales para valorar si el tratamiento penal que reciben las personas que padecen esta patología es el adecuado. Estas cuestiones las analizaremos a continuación.

Una primera cuestión que se puede detectar es que no ha existido un criterio uniforme por parte de los investigadores a lo largo de la historia para establecer lo que son las psicopatías; es decir, en las primeras sociedades ya se conoce a las personalidades psicopáticas, si bien, como es evidente, bajo otra denominación.

Así, tenemos que, en el 200 AC, Teofrasto, discípulo de Aristóteles, en sus escritos nos habla del “*hombre sin escrúpulos*”, que se asemeja en gran medida al actual psicópata. Este hombre llamaba poderosamente la atención porque realizaba una serie de actos extraños y de extrema violencia, que más bien eran propios de los enajenados mentales. Sin embargo, este hombre sin escrúpulos no era un enajenado mental, porque estos actos los realizaba teniendo intacta su inteligencia. Se consideraba que padecía una enfermedad mental provocada por causas sobrenaturales o demonológicas.

La consideración anterior se mantiene hasta el siglo XVIII. Con la Ilustración se piensa que el hombre sin escrúpulos al que se refiere Teofrasto, padece, más que una enfermedad mental de corte mágico, un trastorno del carácter. Precursor de esta idea es el médico francés Philippe Pinel, que en sus escritos nos habla de “*locos que no presentaban lesión alguna del entendimiento y que estaban dominados por el instinto de furor*”. Era lo que denominaba “*manía sin delirio*”, e incluye en esta patología a la actual psicopatía, la paranoia, la histeria y la conducta paroxística.

En esta etapa no se utiliza aún el término psicópata para referirse a este problema del carácter. El término psicópata se empieza a utilizar por primera vez por Kraepelin en 1883 en su obra “*Psiquiatría*”. Kraepelin interpreta de forma amplia el término psicópata e incluye en él a los criminales congénitos, los homosexuales, los que padecen estados obsesivos, la locura impulsiva, los embusteros, los farsantes y los pseudoligantes. La interpretación que del término psicopatía hace Kraepelin se amplía posteriormente con la intervención de los psicoanalistas, psicólogos, sociólogos y psiquiatras, y da lugar a que la práctica totalidad de los trastornos del carácter se aglutinen bajo el término psicopatía. Este nuevo planteamiento de que las psicopatías son un trastorno del carácter, que arranca en el siglo XVIII, se mantiene hasta el siglo XX, en concreto hasta 1992 en que la OMS reconoce que la psicopatía constituye una auténtica enfermedad mental.

Una segunda cuestión que se puede detectar en el recorrido histórico de esta patología es que el debate de si las psicopatías constituyen un problema del carácter o una enfermedad mental, dio lugar por parte de los investigadores a establecer, según indica Casón, más de 200 denominaciones en torno a ella. Por tanto, las psicopatías se conocen además como sociopatías, psicopatías esquizoides, paranoides, inferioridades psicopáticas... así hasta 200 denominaciones.

La tercera cuestión que se detecta en el análisis histórico es que hasta 1923 se consideraba por los investigadores que un sujeto que tenía rasgos psicopáticos tenía que ser forzadamente un delincuente. Esta cuestión la corrigió Kurt Schneider en su obra *La personalidad psicopática* en la que apunta que no todos los psicópatas son delincuentes, porque estas personas no sólo se hallaban en las prisiones e instituciones psiquiátricas, sino en toda la sociedad y señala que incluso eran personas que podían tener éxito en los negocios y en sus relaciones sociales. La corrección de Schneider viene avalada con las cifras que ofrece Garrido Genovés cuando señala que, en España, del millón de personas que son psicópatas, solo diez mil cometen hechos delictivos. Las restantes 990,000 personas que son psicópatas y no cometen hechos delictivos –indica Garrido Genovés– se encuentran en todos los estratos de la sociedad española, y serán personas con un carácter difícil, conforme a la línea mantenida por Schneider. Así, en nuestra sociedad hay abogados, médicos, políticos, empresarios, amas de casa psicópatas, incluso hay niños psicópatas. **Son personas que, aunque no cometen hechos delictivos, tiene un carácter complejo, carecen de principios y valores morales y, si tienen que hacer sufrir a alguien, lo harán sin dudarle un momento.**

La cuarta cuestión que se detecta en la evolución histórica de las psicopatías es la relativa a que el término “psicopatía” que acogía a los trastornos del carácter desde el siglo XVIII, en 1992 ya no cumple esa misión. Ello se debe a que la OMS considera, a partir de esa fecha, que la psicopatía es una disfunción autónoma, con sus propias

características y no un término que daba nombre a la totalidad de los trastornos de la personalidad, como equivocadamente se venía haciendo.

Este error histórico se debe a Kraepelin, que, cuando establece el término “personalidad psicopática” en 1883, lo interpreta de forma amplia e incluye en él una serie de patologías, que son ampliadas posteriormente por los psicoanalistas, psicólogos, psiquiatras y sociólogos, abarcando el término, en su etapa final, a todos los trastornos del carácter o trastornos de personalidad. En España tuvo eco ese error histórico, ya que, a pesar del reconocimiento de la comunidad científica internacional, en 1992, de que la psicopatía no podía dar nombre a la totalidad de los trastornos de la personalidad, los tribunales penales en España siguieron calificando como psicópatas a personas que no padecían esta patología. Así, por ejemplo, califican como psicópatas a personas que padecen un trastorno paranoide, esquizoide, narcisista o histriónico de la personalidad.

En el recorrido histórico que hemos realizado destacan, por tanto, la confusión y los errores en los estudios de las personalidades psicopáticas. García Blázquez considera que estas confusiones y errores, si bien son normales para la ciencia, a los juristas les crean dudas y desconfianza.

PERSPECTIVA DE LA PSICOPATÍA COMO TRASTORNO ANTISOCIAL DE LA PERSONALIDAD, O PSICOPATÍA

Si bien es cierto que la absorción que el término psicopatía lleva a cabo de la totalidad de los trastornos de personalidad desaparece en 1992, el término psicopatía se sigue utilizando para denominar a un concreto trastorno de la personalidad. Nos estamos refiriendo a que, hoy en día, con el término “psicopatía” se denomina al *Trastorno antisocial de la personalidad*, el cual tiene, a su vez, diversas variantes y clasificaciones. Así, tradicionalmente, hay psicópatas primarios, secundarios y subculturales o disociales. Millon recoge como variantes del trastorno antisocial de la personalidad o psicopatías los siguientes:

- El antisocial normal.
- El antisocial codicioso.
- El antisocial que defiende su reputación.
- El antisocial arriesgado.
- El antisocial nómada.
- El antisocial malevolente.

Sin embargo, en este artículo no vamos a analizar las clasificaciones ni las características de los trastornos de personalidad o psicopatía. Lo que sí que vamos a analizar es el debate actual que existe en torno a esta patología. En relación con este debate, hoy en día, se ha superado la discusión inicial sobre si la psicopatía era una enfermedad mental de corte mágico, un trastorno del carácter o una enfermedad mental de tipo orgánico. Se ha superado el debate porque parece que, por fin, la ciencia médica ha llegado a la conclusión de que las psicopatías constituyen una auténtica enfermedad mental, como así lo reconoce la OMS en su Manual de Clasificación de Enfermedades Mentales (CIE) y el Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM). Actualmente, el debate se ha planteado en determinar si la patología psicopática es la que provoca que los sujetos que la padecen cometan hechos delictivos.

En el anterior sentido, diremos que algunos investigadores, desde la Biología, la Psicología, la Psiquiatría y la Sociología, ofrecen explicaciones para demostrar que la psicopatía, como patología en sí, es la responsable de los hechos delictivos que cometen las personas que la padecen; sin embargo, estas explicaciones no son concluyentes. Así, Raine señala que en las investigaciones que ha realizado con psicópatas ha encontrado anomalías a nivel cerebral, que considera que son las responsables de los hechos delictivos que cometen los sujetos psicópatas. Apunta que estas anomalías ponen de manifiesto que existe un condicionamiento biológico en el comportamiento delictivo de los psicópatas. Este mismo descubrimiento lo han llevado a cabo investigadores como Gorenstein.

Sin embargo, en relación con la cuestión planteada, Robert Hare y Hoffman señalan

que en sus estudios no han encontrado relación entre la disfunción o anomalía cerebral y el comportamiento delictivo de los psicópatas. Igual que ocurre con las bases biológicas, ocurre con las restantes bases, ya que habrá un sector de la investigación que afirma que existe relación entre la psicopatía y el hecho delictivo y otro que lo niega, lo que nos lleva a concluir que en este apartado no hay nada definitivo ni concluyente.

El debate reseñado en este epígrafe es importante porque, si se demuestra que la patología psicopática provoca que el sujeto que la padece delinca, a esta persona no se le puede declarar culpable en un proceso penal, porque la determinación de la psicopatía para delinquir –ya sea una determinación biológica o fisiológica– es incompatible con la apreciación de la categoría culpabilidad.

En consecuencia, si en el terreno de la Biología, la Psicología, la Psiquiatría, y la Sociología no hay un criterio concluyente que demuestre que la psicopatía es la responsable de los hechos delictivos que cometen los sujetos psicópatas, cabe preguntarse ¿Cuál es el tratamiento jurídico de la culpabilidad del delincuente psicópata?

PERSPECTIVA DE LA CULPABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD DEL DELINCUENTE PSICÓPATA EN ESPAÑA

El tratamiento de la culpabilidad del delincuente psicópata ha sido distinto a lo largo de la historia. La evolución en la historia del tratamiento de la culpabilidad del delincuente psicópata ha pasado por distintos momentos o etapas. Una primera etapa se podría establecer desde las primeras sociedades hasta el siglo XIX. En este período, en el que han estado vigentes la teoría de la responsabilidad por el resultado, la teoría psicológica de la culpabilidad y la teoría del libre albedrío, la psicopatía es irrelevante para determinar la capacidad de culpabilidad. Es irrelevante porque en la teoría de la responsabilidad por el resultado se es responsable del hecho cometido, simplemente por producirse el resultado. No se tiene en cuenta si existe o no psicopatía, ya que, para

esta teoría, es indiferente, porque siempre se responde cuando hay un resultado.

En ese proceso evolutivo de la culpabilidad se abandona la responsabilidad por el resultado y se da entrada –para determinar la culpabilidad– a la conciencia en la realización del hecho, planteamiento que se lleva a cabo por medio de la teoría psicológica de la culpabilidad y la teoría del libre albedrío. En estas dos teorías se considera que la conciencia es un elemento relevante para determinar la capacidad de culpabilidad. Dado que la psicopatía no afecta a la conciencia, esta disfunción será irrelevante en el proceso determinativo de la culpabilidad.

Una segunda etapa en el tratamiento de la culpabilidad del delincuente psicópata la podemos ubicar desde principios del siglo XX hasta 1992. En esta segunda etapa, en que han estado vigentes los Códigos Penales españoles de 1932, 1944 y 1973 y en la que se da entrada a la voluntad como elemento determinante de la culpabilidad, se seguía considerando que la psicopatía era irrelevante para establecer la culpabilidad. Esto se debe a los siguientes motivos:

1. Porque el Art. 8.1 del Código Penal de 1944 establece que podrán ser declarados exentos de responsabilidad criminal el enajenado mental y el que sufriera trastorno mental transitorio. Dado que los psicópatas no eran enajenados mentales ni sufrían trastorno mental transitorio, no se les aplicaba la eximente completa; y
2. El TS interpretó ampliamente el término enajenado mental para permitir que personas que no eran enajenados, pero que tenían otra patología, se les pudiera atenuar la pena por medio de la atenuante analógica. Se exigía, para aplicar la atenuante, la existencia de una base morbosa o enfermedad mental que afectase gravemente a la voluntad e inteligencia.

Como el psicópata en esta etapa no es enfermo mental y la disfunción que padece se sigue considerando que no afecta ni a la voluntad ni a la inteligencia, ello daba lugar a que no

se le aplicara este atenuante. Sólo se aplicaba excepcionalmente la atenuante analógica en el caso de que la psicopatía concurrese con otra patología, alcoholismo crónico, neurosis, debilidad mental, entre otros cuadros clínicos.

La anterior situación se mantiene hasta 1992, en que por parte de la OMS se establece que la psicopatía es una enfermedad mental que puede afectar a la voluntad. A partir de este momento las sentencias penales empiezan a reconocer que las psicopatías son una enfermedad mental, y en aquellos casos en que afecta a la voluntad les aplica la atenuante analógica. En el anterior sentido hay que destacar, como un avance del reconocimiento indicado y que realiza la OMS, las sentencias de 29 de febrero y 22 de junio de 1988 que son de suma importancia en el tratamiento jurídico de las psicopatías. Estas sentencias mantenían que no se podía continuar negando a las psicopatías la condición de enfermedad mental si se tenía en cuenta la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales llevada a cabo por la OMS en 1992, lo que ha supuesto que, por parte de la doctrina jurisprudencial, se llegue a aceptar que los trastornos de la personalidad tengan la consideración de verdaderas enfermedades mentales y que no eran simples desarmonías caracterológicas, como se había venido manteniendo.

Una tercera etapa que analizaremos en el estudio de la culpabilidad del delincuente psicópata es la que se da a partir de la publicación del Código Penal de 1995, el cual en su Art. 20.1º sustituye el término “enajenado mental” para eximir de responsabilidad penal, al que hacía referencia el Art. 8.1 del Código Penal derogado, por el de “*cualquier anomalía o alteración psíquica*”, término amplio que permite acoger las psicopatías, sobre todo a partir de que en 1992, como hemos comentado, se considera a estas personas enfermos mentales por la OMS.

Pero el simple hecho de ser psicópata, es decir el hecho de reunir el requisito biológico de la enfermedad, no exime de responsabilidad criminal, se necesita además que la psicopatía

provoque cualquiera de los siguientes efectos psicológicos:

- a. No comprender la ilicitud del hecho.
- b. No actuar conforme a esa comprensión.

Como la psicopatía no afecta a la inteligencia, sólo puede provocar el segundo efecto psicológico: no actuar conforme a esa comprensión. Este segundo efecto, que se encuentra en estrecha relación con la voluntad, admite intensidades, y en función del grado de afectación de la voluntad puede dar lugar a la eximente completa, incompleta o atenuante analógica. Incluso cabe que la psicopatía sea irrelevante por no afectar a la voluntad, por lo que –en este caso– se puede considerar culpable al sujeto psicópata.

En la práctica no se aplica la eximente completa. Es más, podemos decir que no existe en la jurisprudencia de nuestro TS ni una sola sentencia que haya aplicado la eximente completa a casos de psicopatías puras. Si bien no se aplica la eximente completa, la STS de 18 de julio de 1990 reconoce que, formalmente y en hipótesis, podría aplicarse.

PERSPECTIVA DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

A la vista del tratamiento de la culpabilidad del delincuente psicópata, es conveniente analizar el tratamiento penitenciario que se le dispensa, en orden a su reeducación y resocialización. Los tratamientos que se le pueden dispensar son médicos, psicológicos, sociológicos, pedagógicos. Estos tratamientos se canalizan por medio de la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad. En torno a los tratamientos, la clase médica es pesimista ya que en este ámbito no hay en la actualidad un tratamiento realmente efectivo que cure la psicopatía. Este pesimismo es compartido por nuestro TS que señala en diversas sentencias que se nace siendo psicópata, se crece siendo psicópata y se muere siendo psicópata.

No obstante, ese pesimismo existente en orden a que la psicopatía no tiene cura, consideramos que en el ámbito del tratamiento penitenciario no debería ser relevante, ya que en este ámbito lo que se persigue, cuando

se aplica el tratamiento penitenciario, no es conseguir la curación de la psicopatía, sino que el sujeto no vuelva a delinquir.

Se da la circunstancia de que el tratamiento penitenciario que se canaliza a través de la pena privativa de libertad fracasa en el caso particular de los psicópatas por los siguientes motivos:

Primero: Por la masificación de los establecimientos penitenciarios. En muchas prisiones se duplica su capacidad. La masificación impide que se pueda aplicar a una personalidad psicopática un tratamiento individualizado y específico para la patología que padece, al que tiene derecho de acuerdo con el Art. 4 del Reglamento General Penitenciario (RGP).

En la práctica, el tratamiento que la pena privativa de libertad ofrece al delincuente psicópata son programas dirigidos a la población reclusa en general, consistente en programas educativos, culturales y físicos entre otros. Estos programas, más que un tratamiento, equivalen a los llamados modelos de intervención, previstos en el Art. 20 del RGP, y que se aplican a los detenidos y presos preventivos, y no persiguen su resocialización, sino cubrir las carencias que estos presos presentan en el momento de su ingreso.

Segundo: Fracasa el tratamiento penitenciario, porque estos modelos de intervención, al no ser un tratamiento específico para el psicópata, éste los rechazará por la propia disfunción que padece. El hecho de presentar una baja actividad cortical lleva al psicópata a rechazar los trabajos rutinarios, y como los modelos de intervención al fin y al cabo son trabajos rutinarios.

El hecho de que el psicópata rechace el tratamiento penitenciario tiene dos consecuencias:

- I. Que no se le puede obligar a realizar los programas del modelo de intervención ya que son voluntarios. Si se somete voluntariamente, será de forma ficticia, para obtener beneficios penitenciarios y obtener una rápida puesta en libertad; y

II. Una segunda consecuencia de no aceptar el tratamiento es que, cuando el psicópata cumpla la condena y se encuentre en la calle, resulta que se habrá puesto en libertad a una persona que durante todo el tiempo que ha durado su condena ha estado sin tratamiento penitenciario.

Esta circunstancia es grave sobre todo en las penas privativas de libertad de larga duración. Por tanto, si el reo psicópata no ha tenido tratamiento penitenciario durante el cumplimiento de su condena, no habrá podido evitar por medio de este el síndrome de prisionización que fue descubierto por Clemmer en 1940. Según este investigador, la cárcel le ocasiona a una persona presa, entre otros síntomas, los siguientes: pérdida de la autoestima, devaluación de la propia imagen, aumento del nivel de ansiedad, aparición de nuevos trastornos de personalidad (trastorno adaptativo o por dependencia), resentimiento contra la sociedad, considera que la sociedad es la culpable de sus problemas. Si a las anteriores circunstancias le añadimos el ambiente de violencia de las cárceles y la restricción de los permisos de salida que se aplica a los psicópatas, obtenemos como resultado que, en su día se pondrá en libertad a un auténtico motor de explosión, con una serie de carencias y un estado de tensión acumulado durante todo el tiempo de cumplimiento de condena al que tendrá que dar salida, y lo hará de la mejor manera que sabe hacer, que es delinquiendo, si cabe con más virulencia.

CONCLUSIÓN

Ya indicábamos antes –cuando hacíamos referencia al tratamiento aplicable a los psicópatas en el ámbito penitenciario, y en concreto a través de la pena privativa de libertad– que los tratamientos más relevantes que se dispensaba a estas personalidades estaban en el ámbito médico, pedagógico, psicológico-psiquiátrico y sociológico. Estos tratamientos, manifestábamos, son válidos y desarrollables, no sólo en el ámbito de la pena de privación de libertad, sino también en el entorno de las medidas de seguridad.

Los resultados obtenidos a nivel general con la aplicación de estos tratamientos son dispares, ya que autores como Gradillas ponen de manifiesto un pesimismo al considerar que todos los tratamientos biológicos, psiquiátricos y psicológicos son ineficaces. Otros autores, como Sancha Mata y refiriéndose a los tratamientos dirigidos a modificar la conducta, considera que son eficaces ya que, por medio del empleo de estas técnicas, se ha podido comprobar la eliminación de conductas antisociales en las prisiones.

Nosotros consideramos que, en función del entorno en que se aplique el tratamiento penitenciario; es decir, si el tratamiento se aplica al psicópata en régimen de privación de libertad y sin ningún tipo de individualización, el tratamiento estará abocado al más rotundo de los fracasos. Por el contrario, si las terapias se aplican en establecimientos destinados a aplicar medidas de seguridad, preparados estructuralmente al efecto, con personal altamente cualificado y con presupuesto adecuado para tal fin, forzosamente se tendrán que obtener resultados positivos, al menos en el sentido que apunta Sancha Mata de eliminar conductas antisociales, que, al fin y al cabo, son las que dan lugar a la comisión de hechos delictivos.

Es por ello por lo que, desde estas líneas, y con las limitaciones lógicas de espacio para exponer de forma más detallada nuestro planteamiento, consideramos que la mejor manera de canalizar el tratamiento penitenciario, en orden a intentar conseguir la resocialización y reeducación del delincuente psicópata, es a través de la medida de seguridad. La medida de seguridad, por sus especiales características, evita todos los problemas de la masificación que antes hemos comentado y que provocan que la pena privativa de libertad fracase como medio para instaurar el tratamiento rehabilitador del preso psicópata. La medida de seguridad, como cauce para canalizar el tratamiento penitenciario, si bien no curará la psicopatía como enfermedad base, sí producirá como efecto la desaparición de la antisocialidad

de estas personalidades. Lo que quede sin erradicar de los síntomas de la patología que afecta a estas personalidades nos tocará a los ciudadanos sufrirlo, pero ya no desde el nivel de la criminalidad.

Ahora bien, los principales inconvenientes con los que nos podemos encontrar en orden a la instauración de la medida de seguridad como medio para canalizar el tratamiento penitenciario de los delincuentes psicópatas, son dos. De un lado, la falta de presupuesto. Se precisa mucho dinero para generar tratamientos específicos e individualizados,

y aplicarlos a los psicópatas a través de las medidas de seguridad. De otro lado, la actual concepción del instituto de la culpabilidad en relación con estas personalidades, a las cuales de momento, por razones de política criminal, no se les aplica la eximente completa del Art. 20.1 CP, aunque existe base formal para ello, optándose alternativamente por la eximente incompleta, aplicada en pocos casos, o por la atenuante analógica, que, en principio, no daría lugar a la aplicación de medida de seguridad, y que nos reconduciría a la actual situación de intervenir sobre la patología de referencia desde la pena privativa de libertad.

TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL PERÚ

**Daniel Ernesto Peña
Labrin**

Instituto Iberoamericano de
Criminología Aplicada
oficinacist@yahoo.es
Perú

RESUMEN

Históricamente se puede desarrollar un profundo estudio acerca del delito de violación, cómo era observado en cada época y por lo tanto la forma de sancionarlo. A pesar de que la violación no fue categorizada como delito, si se presentaban estas agresiones sexuales las cuales deben ser comprendidas por las estructuras sociales y políticas de cada momento. Lo más importante de tocar el tema de este tipo de criminalidad es cómo el Estado diseñará las políticas preventivas para reducir estos índices de tan lamentable trasgresión a la norma vigente. Se plantea por lo tanto un enfoque donde diferentes causas convergen para tratar de acercarse de una manera más objetiva al problema y brindar mejores soluciones al mismo.

PALABRAS CLAVE: Libertad, Prevención, Estudio de caso, Ley penal.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La violación entendida como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima ha sido contemplada por las legislaciones antiguas, explica Flavio García del Río, sosteniendo que en Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras (Digesto, Ley V, Título VI). En la antigüedad las sanciones eran severas contra los infractores de los delitos sexuales. En el *Código de Hammurabi* de los babilónicos y caldeos sancionaban de una manera enérgica y la agraviada no sólo era considerada solo la víctima sino la sociedad en su conjunto y sobre todo los dioses, ya que estaban arraigadas las ideas religiosas, por esta razón la sanción que se aplicaba era la pena de muerte mediante ahorcamiento en público al violador.

Sin embargo, el derecho hebreo, tenía penas más drásticas, pues la pena de muerte impuesta no solamente se circunscribía al autor directo, sino, además, a sus familiares más cercanos.

Por otro lado, el derecho canónico sancionaba igualmente la comisión de este delito con la pena de muerte, pero requería de la desfloración de la víctima, de manera que, si el acto sexual se hacía sufrir a una persona no virgen, esta no era considerada como una violación sexual y sólo se sancionaba con penas leves. En definitiva, podemos decir que la pena de muerte era aplicada durante la Edad Media hasta la Edad Moderna.

En las leyes españolas, el Fuero Juzgo, castigaba al hombre libre con cien azotes y al siervo a morir quemado en fuego.

El Fuero Viejo de Castilla determinaba la muerte de quien forzara a una mujer, fuera o no virgen.

Carlos Montan Palestra añade que “en las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o yaciere con alguna de ellas por fuerza”.

En el Perú, los incas sancionaban de distintas formas como, por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otros y sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.

En la época de la Colonia el sistema impuesto por los españoles en América, acentuó las jerarquías sociales y en consecuencia, también las desigualdades entre los diversos grupos sociales. La cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestros indígenas.

Ya en la época de la República, los conceptos sobre la materia del período colonial aún influenciaban en el trabajo legislativo.

El Proyecto del Código Penal en la obra de Lorenzo Vidaurre (1828), bajo el Título IV “Violencia hechas a las mujeres”, en las que se prevé diversas disposiciones donde se describen ciertos delitos sexuales, manteniéndose como principal preocupación la protección de la virginidad como condición especial de la virtud sexual de la mujer e imponiéndole como “castigo” que el responsable se debía casar con la mujer deshonrada, si era soltero. En este punto, la importancia del matrimonio como factor restaurador del orden social trastocado, se manifiesta en que el agente no era castigado si se casaba con la ofendida.

De octubre de 1836 a julio de 1838, rigió en el Estado Sur Peruano, el Código Peruano-Boliviano que impuso el general Santa Cruz, cuando se constituyó la Confederación Perú -Bolivia.

En relación con la violencia sexual, el catálogo punitivo, señalaba de “abusar

deshonestamente”, tipo penal que fue incluido en el Capítulo II: De los que promueven o fomentan la prostitución o corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas, dentro del Título VII, que contienen los delitos contra las buenas costumbres, del Libro Segundo, de los delitos contra el Estado, en su artículo 419, respectivamente.

Sin embargo, el Primer Código Penal del Perú (1836), incluyó en el Título II de la Sección Octava “De los delitos de la honestidad y la violación y al estupro”, haciendo referencia en el primero a la “virgen impúber” y en el segundo que sólo podía ser víctima “una virgen mayor de doce años y menor de veintiuno.” Por primera vez se denomina al delito violación y al referirse a los niños se habla del acto sexual realizado como impúber, pero equivocadamente sólo se consideraba a la mujer. No incluyendo al varón como víctima. No obstante, el delito de violación sexual en agravio de menores fue incluido en el artículo 269 del texto penal.

Seguidamente, el Código Penal de 1924, conocido como el Código de Maúrtua, significó un cambio sustancial en la legislación penal nacional y tuvo como fuente al Código Penal suizo. Si bien es cierto que en este Código se denota una cierta modernización, también se percibe un aspecto conservador, en la medida en que permanecen criterios moralistas.

De otro lado, explica Iván Noguera Ramos y estando en vigencia dicho cuerpo punitivo, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años, siendo sustituida por la pena de internamiento; para, posteriormente, con la Constitución Política de 1979 dejar solamente la aplicación de pena de muerte en caso de traición a la patria en situación de guerra exterior.

Actualmente, la Constitución de 1993, establece: Art.140°: “La pena de muerte sólo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo conforme a las leyes y a los Tratados de los que el Perú es parte obligada”.

Asimismo, el artículo cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San

José de Costa Rica, señala que la pena de muerte no puede ser extendida a delitos en los que no se aplicaba cuando dicho Tratado entró en vigor y que tampoco será ampliada a delitos que no la contemplaban. Con el actual precepto constitucional advierte Marcial Rubio Correa:

Estamos ampliando la aplicación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria en caso de guerra interna y también al delito de terrorismo. Como el artículo señala que la pena de muerte debe ser aplicada conforme a los tratados en los que el Perú es parte obligada, entonces para que se condene a muerte a alguien en el Perú por delito distinto al de traición a la patria en caso de conflicto exterior, o bien tendremos que lograr que se modifiquen las normas restrictivas de la aplicación de la pena de muerte que en el contienen.

Recordemos que la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que fue suscrita por nuestro país el 22 de noviembre de 1969, y ratificada el 28 de julio de 1978, constituye impedimento vigorizado por la cuarta disposición final de la ley fundamental de 1993, cuyo tenor reza: “las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

De allí que dicha pretensión de aplicar la pena de muerte pende como espada de Damocles de una plena cultura de la vida. Asimismo, la ley de leyes le dio a la Convención rango legislativo, sentando una jurisprudencia constitucional de loable humanismo y espíritu democrático. El abandonar dicho documento supranacional, conllevaría la pérdida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano para apelar jurisdiccionalmente, igualmente la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, llamamos la atención, al puntear que las penas que existen actualmente para dichos delitos son suficientemente severas y graves y que lo que se tiene que hacer, es exigir que se cumplan

cabalmente. Sin embargo, sabemos que hoy en día la nómina punitiva nacional indica que hay una sentencia de cadena perpetua para los violadores de menores de edad y lo que vemos es que hasta la fecha esas resoluciones no son abundantes, a pesar de que las cifras oficiales (que sufren un sesgo con respecto a la realidad), narran la gran cantidad de violaciones de niños y/o adolescentes consumados en los últimos lustros.

En consecuencia, continúa siendo polémico el profesarse la pena de muerte a los delincuentes pedófilos, recordemos que al ampliar su ámbito de acción del artículo 140 de la Constitución de 1993, constituiría un real tramado opositor a su misma ejecución.

Ergo, dicha situación afectaría a la sociedad peruana, ya que diversos sectores sociales se verían afectados al no poder acceder a esta instancia supranacional y concomitantemente sería un retroceso en el orden jurídico empañándose la imagen del Perú, al denunciar el presente Pacto Internacional y retornar a la aplicación de la pena de muerte en la legislación nacional.

En cuanto a la política criminal (ex ante) y anticriminal (ex-post), aún no se visualiza una orientación gubernamental que implemente una perspectiva destinada a mesurar la problemática sub índice, sólo se visualizan premisas discordante sobre el enfrentamiento de esta nebulosa, que por otro lado, reclaman diversos sectores sociales: La aplicación de la pena de castración química, afirmación que no sólo es inviable y anticonstitucional por atentar contra los principios consagrados en los artículos 1,2 inciso 1 y 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado, sino que a ello se agrega el costo que conllevaría implementar tal medida (US\$ 46 por inyección de 150 mg, que debe aplicarse periódica y sostenidamente), lo que la hace poco factible, en una realidad penitenciaria como la nuestra, donde ni siquiera existen partidas adecuadas para asegurar una alimentación básica y establecimientos penales adecuados para los procesados y sentenciados

En tal sentido, el R.P. Huber T Lanssiers Dirix-SSCC, a quien tuve el honor de conocer

señalaba: “Periódicamente se habla del sistema penitenciario peruano lo que equivale a disertar sobre lo inexistente”. Además de los inconvenientes humanitarios, legales y económicos que desaconsejan la vigencia de esta medida, y es obvio que la misma resulta innecesaria, repetimos, ya que existe como pena máxima y agravada la cadena perpetua para los delitos sexuales, según nuestro Código Penal.

En último lugar, llegamos al vigente Código Penal de 1991, los delitos sexuales se encuentran dentro del Libro II, Título IV, Capítulo IX, artículos: 170 al 183-A, y como hemos podido advertir en nuestro periplo legislativo, dicha normatividad sexual ha sufrido sustanciales modificatorias, innumerables de ellas sobrecriminalizadoras que finalmente lo único que han contribuido es a la estigmatización criminal, que a su efectivo control y prevención, por parte de los órganos formales del control social de la criminalidad.

CRONOLOGÍA LEGISLATIVA

A continuación, realizaremos una detallada recopilación de las normas referentes a la indemnidad sexual que a continuación abordamos.

Desde el primer Código Penal del Perú 1863 y su itinerario legislativo hasta llegar al Código Penal de 1991, los delitos sexuales, fueron considerados delitos contra la honestidad, el honor o contra las buenas costumbres.

La persecución a instancia de la parte agraviada, el desistimiento como forma de concluir el proceso, así como el matrimonio como vía de exención de la pena se hallaban vinculados a los delitos de naturaleza sexual desde el primer proyecto del Código Penal.

Luego, el fundamento del Código Maúrtua de 1924 era tangible desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados “Delitos contra la Libertad y el honor sexual” (Título I), dentro de la Sección Tercera del Libro Segundo que sancionaba los “Delitos contra las buenas costumbres”. La consideración de elementos empírico - culturales en el tipo, como mujer

de “conducta irreprochable” (art. 201), o la imposibilidad de considerar como sujeto pasivo de violación al hombre o a la mujer casada (art. 196), constituían claras manifestaciones de una criminalización moralista y discriminatoria, convalidada doctrinalmente y que dio lugar a una extensa jurisprudencia preconstitucional que merece una valoración similar y cuyas principales tendencias se aprecian hasta el día de hoy.

El conservadurismo prelegislativo se aprecia en los proyectos de Código Penal de septiembre de 1984, octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril de 1986, textos que prácticamente reprodujeron la ubicación sistemática, rúbricas y características típicas de los delitos sexuales del Código de 1924. Por su parte, los proyectos de Código de 1990 y enero de 1991 se limitaron a plantear la modificación parcial de algunos tipos penales a fin superar las principales críticas doctrinales y hacerlos acordes con el principio constitucional de igualdad, pero mantuvieron la consideración del “honor sexual” y las “buenas costumbres” como intereses penalmente protegibles.

A tales intereses renunció el C. P. de 1991 que, por primera vez, incardinó los ilícitos sexuales dentro de los “Delitos contra la libertad” (Título. IV del Libro II), en el Capítulo IX denominado “Delitos de Violación de la Libertad Sexual”, rúbrica incompleta si se tiene en cuenta que incorpora delitos que atentan contra la “indemnidad” o “intangibilidad sexual” de menores de edad. Originalmente el texto de 1991 sancionaba los siguientes delitos: violación mediante violencia o amenaza (Art. 170), violación a persona en estado de inconsciencia (Art. 171), violación de persona en incapacidad de resistir (Art. 172), violación de menor (Art. 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (Art. 174), seducción (Art. 175), actos contra el pudor (Art. 176), violación seguida de muerte o lesión grave (Art. 177). Finalmente, el Art. 178 estableció la obligación accesoria del condenado de mantener a la prole, el ejercicio privado de la acción penal y la cancelación de la pena por matrimonio con la ofendida.

De esta forma, la regulación de 1991 prácticamente mantuvo el núcleo de

comportamientos típicos del Código Maúrtua, pero con algunas importantes diferencias. En los tipos de violación simple (Art. 170) y con el Art. 171, se pasó a considerar como sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer y al margen del estado civil. El tipo del Art. 170 incorporó como circunstancia agravante el concurso de personas y el uso de armas, en el delito de seducción (Art. 175) se suprimió la expresión mujer de “conducta irreprochable”, mientras que el tipo de actos contrarios al pudor (Art. 176) especificó que el sujeto activo no debe tener el propósito de practicar el acto sexual. Sin embargo, la reforma de 1991 no criminalizó otras formas de atentado sexual relevantes en el Derecho comparado, como la introducción de objetos o el acoso sexual, modalidades que recientemente han merecido un mayor desarrollo en nuestro catálogo de leyes y que a más de un lustro han sido incorporados.

La Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994, básicamente incrementó las penas de los arts. 170 a 174 y 176 y 177, e incorporó los arts. 173-A, 176-A y 178-A. Mediante el art. 173-A se previó como agravante del tipo de violación de menores, la creación de un resultado de muerte o lesión grave la cadena perpetua. A su vez, el art. 176-A pasó regular el delito de atentado contra el pudor de menor de 14 años, mientras que el art. 176 sancionaba el mismo comportamiento realizado contra una persona de 14 años o más, pero con una pena inferior a la del art. 176-A. El art. 178-A prescribe coma consecuencia jurídica del delito la posibilidad de someter al condenado, previo examen médico o psicológico, a un tratamiento terapéutico, el cual podrá considerarse como regla de conducta en los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. Esta norma también estableció que los beneficios penitenciarios y el derecho de gracia, solo pueden concederse previo informe médico y psicológico sobre la evolución del tratamiento terapéutico.

Mediante la Ley N° 26357 del 28 de septiembre de 1994, se agravó el máximo de la pena privativa de libertad, de dos a tres años, en el delito de seducción (art. 175). Posteriormente, la Ley N° 26770 de 15 de abril

de 1997 modificó el art. 178, restringiendo la exigencia de ejercicio privado de la acción a los delitos de los arts. 170 primer párrafo, numeral: 171, 174 y 175. Asimismo, limitó la cancelación de la pena por matrimonio a los casos de seducción (art. 175).

El Decreto Legislativo N° 896 de 24 de mayo de 1998 de “Delitos agravados”, afianzó esta tendencia sobrecriminalizadora.

Tal dispositivo fue aprobado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una difusa facultad legislativa delegada por el Congreso, pues la Ley N° 26950 de 19 de mayo de 1998 autorizó legislar en materia de “Seguridad nacional”, rótulo en el que, contrariamente a toda definición gramatical y jurídica, se incardinó el problema de la criminalidad organizada.

En ese sentido, el citado decreto incremento las sanciones de los delitos de violación de menor (arts. 173 y 173-A), permitiendo la imposición de penas privativas de libertad de 25 años, 35 años y hasta cadena perpetua, decisión que no sólo se opone a los principios de reserva de ley y proporcionalidad, sino que denota una clara utilización, simbólica de la ley penal. De otra parte, el Decreto Legislativo N° 897 de 26 de mayo de 1998, “Ley de Procedimiento Especial para la Investigación y Juzgamiento de los Delitos Agravados”, que plasma el Decreto Legislativo N° 896, violando las garantías previstas principalmente en el art. 139 de la Constitución, relajó notablemente las reglas del Derecho Procesal Penal común y de ejecución penal, al impedir por ejemplo la concesión de la libertad provisional, privilegiar la imposición de la medida cautelar de detención, restringir los plazos de la investigación y juzgamiento, o excluir los beneficios penitenciarios excepto la redención de la pena por el trabajo y la educación.

Con relación a la Ley 27055, del 22 de enero de 1999, con respecto a la declaración de la víctima, se modificó con acierto los artículos 143 y 146 del Código de Procedimientos Penales, señalando que su manifestación, en los casos de los delitos sexuales, salvo expresa decisión del juez, se tomará como tal la declaración del menor y del adolescente

prestada ante el Fiscal de familia; limitando la práctica de determinados actos de investigación como la confrontación, el reconocimiento y la reconstrucción de los hechos cuando la víctima es menor de edad.

Además, la Ley N° 27115 del 17 de mayo de 1999 varió el art. 178, suprimiendo totalmente la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal.

Seguidamente mediante Ley N° 27472, de fecha 5 de junio del 2001, se deroga los decretos legislativos 896 y 897, que elevaban las penas y restringían los derechos procesales en los casos de delitos agravados.

Sin embargo, este hecho fue tomado por la opinión pública y la prensa nacional como un retroceso en la legislación penal sexual, favoreciendo impunemente a estos trasgresores de la ley. En consecuencia, como producto de ello el Congreso de la República un mes después se vio obligado a reestablecer el contenido del art. 173 y 173 - A del Código Penal mediante Ley 27507 de fecha 13 de junio del 2001.

Tres años después, con fecha 8 de junio del 2004, mediante Ley 28251, el Congreso de la República extiende la configuración típica de los artículos 170, 171, 172, 173, 174 y 175; incluyendo el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o el que realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. Llenando con ello un vacío legal que la realidad venía reclamando en pos de luchar contra la afanada impunidad en los delitos sexuales. Además, los artículos 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A e incorpora los artículos 179-A, 181-A, 182-A, a los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Empero, la situación no queda allí, mediante Ley 28704 de fecha 5 de abril del 2006, las condenas para los violadores serían más severas. A partir de hoy el que abuse sexualmente de un niño menor de 10 años será sancionado hasta con cadena perpetua; si la víctima tiene entre diez y catorce años la pena será no menor de treinta y no mayor de treinta

cinco años; y si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años la pena no será menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

De otro lado, si el agresor cometió el delito aprovechándose de su profesión u oficio, la pena será de 25 a 30 años de pena privativa de libertad. Además, los excluye de los derechos de gracia, indulto y de la conmutación de pena. La modificación en el artículo 170, que sanciona el ultraje sexual y contempla de 12 a 18 años de prisión si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima e inhabilitación conforme corresponda. Otro cambio severo, ha sido realizado al artículo 172, el cual tipifica el delito de violación de la persona en incapacidad de resistir (que sufre de anomalía psíquica, alteración de la conciencia y retardo mental). En este caso se le condenará de 25 a 30 años de pena privativa de libertad al agresor que se valga de su profesión u oficio. Y con respecto al artículo 173, si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.

Con dicha polémica norma, algunos colegas tildaron “la muerte de la sexualidad de los adolescentes” situación que la Corte Suprema de la República en con concordancia con el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial citó primero con la convocatoria del Acuerdo Plenario 07-2007-CJ- 116, que entre otras cosas planteó la permisión de la libertad sexual voluntaria y consentida entre adolescentes entre 14 y 16 años y posteriormente con el Acuerdo Plenario 04-2008-CJ-116, incrementando edad del adolescente al mantener relaciones sexuales consentidas entre los 14 a 18 años y con esta resolución última se zanjó la diversidad de criterios que pululaban entorno a la aplicación del artículo 173 del Código Penal que en su escala punitiva abstracta, penalizaba sin proporción la conducta sexual de los adolescentes. Sin embargo, pese a los esfuerzos por aplicar una técnica legislativa adecuada, no sólo constituye un contexto jurídico-penal sino más bien la problemática sub índice radica en la prevención en relación a

la normatividad penal, situación que converge a la sociedad civil en su conjunto, destinada a morigerar la realidad del Derecho Penal Sexual y que esta no sólo debe quedar en plano legal, ya que su lectura sociológica, va más allá de la ley constituyéndose un panorama más amplio que el legislador nacional sin duda debe avocarse en su integridad. Debemos precisar, que el orden jurídico, en general y en lo penal, en cambio están vinculados estrechamente, a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socioeconómico y político repercute en la legislación y en la administración de justicia. Esta vinculación, se refleja igualmente, en relación con la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria en materia de prevención general y especial no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible nuestro planteamiento, sin un adecuado conocimiento del contexto en el marco de una decisión gubernamental coherente de política criminal y anticriminal.

Posteriormente, el artículo 170 del Código Penal, el numeral 2, fue modificado por el artículo único de la Ley N° 28963, publicado el 24/01/2007, el mismo que quedo redactado:

Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o por adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de servicios, de una relación laboral o si a la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.

Finalmente, el artículo 181-B: Formas agravadas del Turismo Sexual Infantil, fue incorporado por el artículo 1 de la Ley 29194 del 25/01/2008 señalando que en los casos previstos en los artículos 179,181 y 181-A, cuando el agente sea padre o la madre, el tutor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el numeral 5) del artículo 38 del Código Penal.

REFLEXIONES FINALES

La descripción esquemática de cómo el Estado ha reaccionado legislativamente frente a los delitos sexuales, no puede ser bien comprendida, si no se tiene en cuenta el contexto sociopolítico en que se produce, en consecuencia debemos realizar algunas reflexiones al respecto.

El delito de violación de la libertad sexual ha existido, existe y existirá en toda la humanidad y más aún hoy en día se encuentra globalizado y viene a formar parte de aquella violencia que se da tanto en el seno familiar como fuera de él. Se trata de un problema ético, social y jurídico. La política preventiva de los Estados para controlar esta forma de criminalidad adolece de coherencia, por un lado, permite la difusión de valores e imágenes que despiertan las apetencias genésicas de la población (a través de los medios de comunicación: prensa hablada, escrita e Internet) y por otro, pretende resolver el problema apelando sólo al incremento desmedido de las penas en esta materia dentro de los alcances del derecho penal del enemigo y como prevención especial negativa.

Sin embargo, no siempre se analiza esta problemática desde una óptica científica que permita establecer la pluricausalidad criminógena de los referidos ilícitos sexuales que atañen a menudo a la capa más sensible de la aldea global: nuestros niños, niñas y adolescentes.

Debemos partir que la definición de abuso sexual incluye conductas sexuales tales como manoseo, actos obscenos o lascivos, coito oral, sodomía, penetración o introducción de objetos extraños al ano o genitales, violación, incesto y explotación sexual, pudiendo ser éste agudo o crónico. Si sacamos una radiografía de los delitos más frecuentes en todo el Perú, el resultado sería aterrador.

Según un grupo de fiscales especializados en lo penal, 48 personas al día sufren de ataques sexuales, es decir, cada hora dos personas son violadas y el mayor número de estos casos en Lima ocurren en las zonas periféricas como Villa el Salvador, Villa María del Triunfo, San

Juan de Miraflores, el Agustino, Ventanilla y San Juan de Lurigancho. La mayoría de las víctimas son menores de edad y los vejámenes se producen en su propio hogar a manos de familiares. En lo que fue el 2009, 16,513 personas han sido víctimas de este delito, lo que significa que se ha incrementado en 8.9% en los últimos 12 meses y constituye el 11% del total de denuncias recibidas en el Ministerio Público, en 2008 hubo 13,414 casos.

Los programas de prevención han venido trabajando con la hipótesis de que los niños son sólo víctima de estos abusos, no posibles agresores. Este enfoque debe cambiar dado el aumento de las agresiones sexuales cometidos por menores de edad.

En cuanto al tratamiento de los agresores sexuales, los especialistas coinciden en que el fracaso del ideal terapéutico es muy elevado. Es decir, el tratamiento no es fácil y se fracasa a menudo por diversos factores. Entre otros, porque el tratamiento no suele ser voluntario y presenta dificultades técnicas muy graves. No hay protocolos, los agresores son distintos unos de otros y peor aún el Estado no termina de reconocer el problema que no sólo se circunscribe en el ámbito dogmático penal sino pasa forzosamente por el social, psicológico, clínico y terapéutico, respuesta rechazada mayoritariamente por la población, contexto que agrava la situación ya que ata al Estado a no reconocer con diaphanidad la problemática y se cierra en lo más fácil y falible: El incremento de la escala punitiva abstracta de ley penal y restricción de beneficios penitenciarios, como única respuesta a un problema social que necesita impostergablemente su afrontamiento científico más allá de los votos perdidos y el desencanto popular; el hecho de que algunos de ellos sean diagnosticados psicópatas no quiere decir que no deban ser tratados terapéuticamente, en tal sentido no se debería considerarse a los violadores sexuales como delincuentes comunes tanto que las medidas de seguridad no deberían situarse como una pena sino con un tratamiento terapéutico, y elaborar las campañas de información, promoción y difusión, pues las posibilidades de reincidencia criminal son innumerables.

CONCLUSIONES

Tenemos conocimiento que en todas las sociedades existirá siempre un nivel determinado de delincuencia, así como las enfermedades y malformaciones son inevitables, en todos los tiempos siempre existirán hombres con deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático que hacen imposible su integración social y por eso terminan cometiendo actos delictivos. Esto no se podrá evitar nunca.

El tratamiento legislativo de los delitos de violación de la libertad sexual en el Perú, a lo largo de la historia republicana como hemos podido advertir, sólo se ha limitado a enfrentarse sólo desde el plano normativo una muestra de ello encontramos la escala punitiva abstracta de los delitos sexuales en el Código Penal y como producto de la presión de los medios de comunicación y de la mayoría de sectores sociales que reclaman “justicia”, frente a los abusadores sexuales, donde el Estado, sólo reacciona al problema de la forma más simple y sin considerar la visión de política criminal que debe ser gendarme silencioso y efectivo en pos de cautelar la paz social de la convivencia humana. De allí que es ineluctable que se sienten las bases teóricas y conceptuales de la sexualidad como construcción y actividad social y como producto socio histórico. Su carácter legal se pone de manifiesto al examinar su papel dentro de la estructura social. Para ello, resulta del todo imprescindible para la sociología, el desarrollo de herramientas, tanto teóricas como metodológicas dirigidas al abordaje a esta problemática de hiper interés de la sociedad, en tal sentido se exige de una buena vez la elaboración del programa de tratamiento de delincuentes sexuales en el INPE, con la convocatoria de los colegios profesionales y la sociedad civil representada en su conjunto, gesto gubernamental que permitiría poseer una visión de política criminal y anticriminal de la problemática, al corto, mediano y largo plazo.

Es necesario destacar que a menudo en el *iter criminis* del agresor en los delitos contra la libertad sexual, encontramos, que éstos han padecido una socialización deficiente, y que

por lo general ha sufrido violencia sexual en su niñez y/o adolescencia, que no han podido superar ni recibido tratamiento especializado, habiendo sido expuestos tempranamente a la pornografía para que se suscitara su interés sexual en beneficio del agresor, etc. Sin duda la combinación de exposición a la obscenidad, un adulto modelando el abuso hacia el niño o púber, y la propia activación sexual en este contexto, proporciona una base para las fantasías sexuales futuras que pueden ejercer una atracción hacia las conductas sexuales desviadas.

Una de las preguntas que más frecuentemente se hacen sobre trastornos sexuales es si la causa o el origen de esta conducta anormal es de naturaleza social o psicológica. Si la respuesta es que su origen es social, la gente culpa a la sociedad, la crianza y el ambiente, en cambio si su origen es de naturaleza psicológica la tendencia es culpar a la persona misma, sus debilidades o sus acciones. La realidad es que escuchamos a los especialistas decir que ambos: lo social y los psicológicos, juegan papeles importantes en el desarrollo o manifestación de los trastornos sexuales. Aunque a numerosas personas les molesta esta respuesta de causalidad dual, la realidad es que la sociedad representa un ambiente externo y lo psicológico representa un ambiente interno, y ambos interactúan entre sí de forma constante a través del itinerario de la vida.

Se deben elaborar, implementar y desarrollar, los trabajos de información, promoción y difusión dirigidas a la población, principalmente al segmento de menores de edad, sobre orientación y prevención de la violencia sexual, a cargo de Fiscales de prevención del delito, con la participación de fiscales escolares, de allí que su labor conjunta resultaría eficaz para morigerar los ilícitos sexuales que causan pavor social al enjambre colectivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blossiers Hüme, J.J (2004). *Teoterapia integral para internos*. Perú: Edimarff.
- Caro Coria, D. (2000). *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Perú: Defensoría del Pueblo.
- Curi Carrasco, Ó. "Artículo 173 del C.P: Violación sexual de menor de edad, propuesta para su modificatoria. Análisis". En: *Jurídica del Diario Oficial El Peruano*, de fecha: 15/05/2007.
- Diario Perú 21, "Ataques Sexuales: Sobre todo en las Zonas Marginales. Cada Hora son Violados dos peruanos en sus Hogares", Lima, 26 de octubre de 2009.
- Fontan Balestra, C. (2002). *Derecho Penal-Parte Especial*. Argentina: Abeledo-Perrot.
- García Del Río, F. (2004), *Delitos sexuales*. Perú: Ediciones Legales.
- Hurtado Pozo, J. (1967). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Perú: Eddli.
- Noguera Ramos, I. (1995). *Los delitos contra la libertad sexual*. Perú: Portocarrero.
- Peña Labrin, D.E. (2008). "Seminario Derecho Informático I y II", Conferencia: "Delito, Sexo e Internet", Sección de postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNFV, Perú.
- _____, "Delito de ordenador". En: *Revista Electrónica de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Ecuador, 2009.
- _____, *Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual: Violación de menor*. España: VLex.
- Rubio Correa, M. (1994). *Para conocer la Constitución de 1993*. Perú: Desco.

EL CONCEPTO DE PENA ¿UN ASPECTO INCONTROVERTIDO EN SU TEORÍA?

**Gabriel Rodríguez Pérez
De Agreda**

Universidad de la Habana
gabriel@lex.uh.cu
Cuba

RESUMEN

Se elige el concepto de pena como el objeto de nuestro análisis. Sabemos que un estudio que pretenda abarcar toda la problemática que engloba este “pacífico” tema nos obligaría a comenzar por una concienzuda mirada al concepto en sí, a su papel en las ciencias, a su conformación, a su naturaleza particular (ciencias naturales o ciencias sociales), etcétera, pero una empresa tal rebasa las propuestas de un artículo, no obstante, en aras de la claridad en lo que abordamos, haremos giros puntuales al problema de los conceptos en sí.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, Estudio, Derecho Comparado, Teoría penal.

INTRODUCCIÓN

Bajo el término general “Teoría de la pena” la dogmática penal engloba y debate tradicionalmente tres cuestiones relacionadas con la pena: Su concepto, su fin y su justificación, pero de ellos, el más controvertido es, sin dudas, el tema de los fines de la pena a tal punto que llevó a la escisión de los tratadistas en diferentes tendencias (retribución vs. prevención; prevención general vs. prevención especial; prevención general negativa vs. prevención general positiva, etc.) sin que alguno de ellos pueda erigirse con argumentos suficientes que deje zanjado de una vez y por todas los enconados debates; por otra parte, ninguno alcanza su verificación o comprobación en la práctica social en razón a que, por ejemplo: la concepción retributiva se contrapone a la naturaleza misma del hombre como ser social: actuar siempre con arreglo a fines u objetivos útiles a sí mismo (lo cual no significa que siempre “en la práctica los resultados sean útiles”, pero, todo actuar humano parte de una necesidad a solucionar en consecuencia ese “resultado previsto en la cabeza del hombre es un resultado útil” lo que no siempre esa necesidad coincide con la necesidad del desarrollo social de la humanidad en sentido general); es imposible que exista una sola institución creada por el hombre que no responda a un fin determinado, fundado por sus propias necesidades o que tenga como único y simple propósito producir un mal por el mero hecho de que exista un mal precedente; la concepción preventiva por su parte, en su versión preventivo-especial, buscando la resocialización del transgresor entró en descrédito frente a la desocialización que generan la gran mayoría de las cárceles hacinadas y su versión preventivo-general, que propone aumentar la pena ante el incremento del delito, en la práctica han acarreado más problemas de saturación del sistema penal que el desaliento a la trasgresión penal.

Soy de la opinión que el origen de tales controversias abstractas y errores práctico con la pena obedece, entre otras razones, a una conformación errada del concepto de pena, en no tener una idea clara o terminada de ¿qué es la pena en sí? El hombre únicamente puede dominar la realidad que le rodea y hacerla actuar con arreglo a sus necesidades cuando tiene una idea (un concepto que es la forma en que se refleja esa realidad en la conciencia) lo mas exacta posible de la esencia de esa realidad; si no sabemos o tenemos una idea tergiversada de un objeto o fenómeno de la realidad no seremos libre de hacerlos actuar con arreglo a nuestras necesidades; nuestro desconocimiento nos hace esclavo de esa realidad que se impone con arreglo a sus leyes; como advirtió Kopnin, "El hombre necesita conocer las leyes de la naturaleza y de la sociedad para que su actividad práctica sea eficiente... El conocimiento de la ley, de la esencia de los fenómenos se manifiesta en forma de conceptos...". La realidad existe o se refleja en la conciencia en forma de concepto, con lo cual un concepto no es algo intrascendente, sino, por el contrario, la base misma de la libertad del hombre frente al "ser".

EL CONCEPTO

Partimos por entender, primero, que los conceptos son el fruto y reflejos de un devenir histórico concreto, en consecuencia, para comprenderlos en toda su profundidad, deben ser expuestos en este acontecer; segundo, que cuando atienden aspectos generales del ser social (como es la pena), se nutren o conforman a partir de la interpretación de la experiencia en la práctica social no de referentes empíricos como erróneamente pretende la concepción positivista de la sociedad, tercero, que lo social es un fenómeno complejo o un todo, en consecuencia, se ha de viajar en el pensamiento abstracto desde la determinación de cada una de sus partes a la totalidad concreta pensada (al modo de Hegel y Marx) y de esta a la realidad conocida, teniendo en cuenta que ese ser social solo existe dividido en un momento del pensamiento abstracto, pero, en la realidad, lo que existe es el todo o la totalidad, por último, que un concepto vale sólo en la medida que se refrende o compruebe en la actividad práctica

social, un concepto que no se valide allí es meramente una especulación sin sentido alguno, pues todo cuando definimos tiene como propósito dominar la realidad y ello solo es posible en la actividad, en la práctica.

El análisis de nuestro concepto (en el devenir histórico) vamos a hacerlo desde la aparición del capitalismo para acá; la elección del período histórico obedece a dos razones fundamentales; primera, es cierto que con anterioridad a esta etapa hubo un indiscutible desarrollo del pensamiento, sobre todo en mundo greco-latino, pero ese saber era ingenuo por razones puramente objetivas: La sociedad, como objeto del conocimiento, enmarañada en una madeja de contradicciones propias del momento histórico, le impedía a los estudiosos llegar a la esencia de sus fenómenos; no es hasta la llegada del capitalismo en que, simplificada, revela de una manera más clara los nexos que rigen su desarrollo, segunda, si bien fue cierto ese desarrollo del pensamiento en el mundo antiguo, con el advenimiento del feudalismo, el conocimiento se sumergió en la escolástica lastrada por la fe divina y absolutamente contraria a revelar la esencia de los fenómenos sociales –no sólo desapareció la necesidad de conocer esa esencia, sino que había una fervientemente oposición a ello–, con el advenimiento del capitalismo estas condiciones cambian, se imponen entonces la férrea e imperiosa necesidad de revelar la esencia de los fenómenos sociales. Se daba allí, al unísono, la posibilidad objetiva de saber y la necesidad de conocer. Carrara, aun cuando no dominó tales razones materiales, al apreciar el desarrollo de la ciencia penal en su época afirmó:

También, aun en la antigüedad, no faltaron filósofos que, en tanto que los pueblos obedecían en el castigo el sentimiento de la venganza, buscaran una razón más elevada y verdadera que la de un sentimiento feroz y vicioso. Pero estas ideas no fueron más que fulgores pasajeros; era al siglo XVIII a quien estaba reservado organizar el derecho penal en una teoría filosóficamente especial.

Una vez definido el período histórico, haremos al análisis histórico-lógico a través del estudio

de la obra de varios autores seleccionados por su época y representación de una corriente determinada del pensamiento; a partir de la obra del profesor Renén Quirós Pírez: *El pensamiento jurídico-penal burgués: Exposición y crítica* en la cual, justamente, este autor recrea toda esta fase de la historia del pensamiento penal, pero no amontonándola cronológicamente sino con su singular vínculo a una corriente del pensamiento determinado que dan soporte necesario a los conceptos de la ciencia.

Analizaremos total y directamente la obra de cada uno de los autores seleccionados, total y no únicamente sus definiciones sobre la pena, pues, como se verá, el concepto no es simple, en él se mezclan -tenga o no conciencia el pensador en sí- otras categorías, así como tendencias filosóficas, contexto histórico, entre otras tantas condiciones que determinan su idea de la pena, que, apreciadas todas, irán conformando el concepto de pena. Directamente pues este análisis sólo se puede realizar sin intermediaciones sobre la obra de cada autor en concreto, ya que, al tomar sus ideas de referencia en la obra de otros pensadores es apreciarlas mediatizadas o tergiversadas por los juicios de éstos. Los conceptos sociales son particularmente sensibles a la corriente ideológica que soporte al que los interprete, por ello, para evitar tergiversaciones, se debe tomar la fuente original.

Iniciamos en Cesare Bonesana, marqués Beccaria (1739 – 1794). A finales del siglo XVIII la decadente monarquía absolutista emprendía la más cruenta de las campañas contra sus enemigos políticos, empleándose, en el terreno del Derecho penal, las más crueles e inhumanas de las penas. En el orden teórico se expandían las ideas de, entre otros, Rousseau y Montesquieu. Este fue el escenario histórico y teórico que llevaron a Beccaria, a escribir su obra *De los delitos y las penas*. Como advierte Quirós Pírez, se está ante uno de los representantes más destacado del contractualismo en el campo del derecho; su obra no podemos calificarla como un tratado o un análisis teórico del derecho penal; de hecho, en ella no encontraremos una definición concreta de pena pues no era

su propósito. Tal creación es, esencialmente, un ensayo crítico social de ese mundo de crueldad penal que le rodeó. Su mejor aporte es, sin dudas, la vivencia práctica, la valoración de la experiencia social, materia prima imprescindible en la conformación de los conceptos de las ciencias sociales o históricas, modo en que más adelante la tomaremos.

Las contribuciones fundamentales de este autor a la teoría de la pena fueron: Primero, considerar que no tiene como fin la represión, la expiación de una culpa, ni un medio para atemorizar, sino, simplemente un contra-motivo, señalamiento que, con otros términos pero con igual significación, hiciera, años más tarde, Carrara; segundo, concibió, en esa temprana fecha, que la proporción entre delito y pena está en el bien público -se adelantó aquí a muchos pensadores que le sucedieron negando, atinadamente, se tomaran en cuenta para la medida de la pena criterios religiosos, morales o de otra índole, relativo a la personalidad del transgresor; y, por último, tal vez el más importante y que ha trascendido en la historia, muy relacionado con los aportes antes señalados, es que advirtió, de manera muy clara, que la prevención de los delitos no estaba en la severidad de la pena sino en la pena proporcional, pronta e inevitable, afirmaciones que la historia, en su devenir, se ha encargado de corroborar.

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, al tiempo que en Inglaterra y Francia la burguesía había triunfado y se instauraban como potencias capitalistas, en Alemania la clase feudal era aún muy fuerte, mientras su contraria, la burguesía, se presentaba débil, insegura, dada así a los pactos y concesiones con su contraria; la ideología que emanaba de ese contexto no podía estar menos comprometida con ese estado de cosas. Este fue el ambiente histórico donde nació la llamada Filosofía Clásica Alemana, la que, si bien padeció esos males, no se puede negar su trascendental impacto en el conocimiento humano; en ella se resumió todo el conocimiento filosófico precedente y se elevó a un peldaño superior; de allí su carácter de "clásica", de esta tendencia son conspicuos representante Immanuel Kant y G.W.F. Hegel.

Immanuel Kant (1724-1804), estimado como uno de los principales representantes de la concepción retributiva o absoluta de la pena, debe significarse que no fue un estudioso del Derecho penal, de hecho, su concepción sobre la pena la brinda en una de sus obras finales, *La Metafísica de las costumbres*, y sólo como un tema relacionado con el objeto de su análisis en ese instante –el derecho a la gracia del soberano de un Estado-. A pesar de ello, es de indiscutible trascendencia al objeto de nuestro análisis.

Este autor afirmó que la pena carece de fines, ella es, simplemente, un “imperativo categórico” el cual, única-mente, debe cumplirse (hasta aquí, una verdad relativa, corroborada en la práctica social que advierte: Lo que trasciende fundamentalmente de un castigo a la sociedad es su inevitabilidad no su magnitud), pero cuando Kant intentó explicar la proporción entre delito y pena propuso como único rasero la ley del talión, resultando allí un retribucionista puro; no obstante, hay dos afirmaciones suyas que trascienden al concepto de la pena: Primero, como acabamos de señalar, ella ha de cumplirse inexorablemente, o sea que, la inevitabilidad del castigo es esencial a él, le conforma en su carácter de tal, y, segundo, advierte: “...el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real.” Esta correcta afirmación niega el fundamento esencial de las llamadas teorías de la prevención general -particularmente la prevención general positiva-, para las cuales el hombre es poco más que un objeto o instrumento del derecho penal cuyo castigo se emplea para mantener o lograr la estabilidad social.

G. W. F. Hegel (1770 – 1831), como su predecesor, Kant, a pesar de su indiscutible trascendencia en la teoría de la pena, tampoco tomó el derecho penal como el centro de sus análisis; su objeto de estudio fue el concepto general de derecho a partir del cual analiza a la pena como una de sus partes.

Hegel, al exponer el concepto que nos ocupa, no resulta fácil de entender; primero, por su forma singularmente compleja de escribir;

segundo, lo breve que resulta éste en su obra; y tercero, porque es absolutamente imposible entender un tema de su análisis si antes no nos situamos en la cualidad esencial del pensamiento de este autor: analizar el todo, con lo cual una vez que un detalle o un concepto es aislado de su pensamiento total pierde todo sentido. Analizar su criterio sobre un aspecto o un fenómeno a partir de una frase o un grupo de ellas, sin ver los vínculos con el resto de su obra es, en su caso (como es en Marx, Engels y Lenin), un error insalvable, que no sólo tergiversa su contenido, sino, que impide ver todo el fenómeno objeto de su estudio y la riqueza de sus revelaciones sobre el mismo. Tal vez es ese el mal que gravita en muchos análisis de su concepción de la pena al resumirla sólo en su frase: “la vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del derecho”, sobre este último detalle regresaremos luego.

Varios son los aportes hegelianos al concepto de pena, primero, define que una cosa es la pena como esencia, como concepto y otra bien distinta es su manifestación fenoménica como un tipo de pena (pena de muerte, privación de libertad, multa); segundo, el derecho es un todo del cual la pena es una de sus partes, consecuentemente, en ella se pueden advertir características propias -por ejemplo: Es una restricción de bienes al sancionado- pero su esencia la adquiere en, y a través, del todo (el derecho penal), fuera del cual es únicamente violencia, por ello afirma que la pena carece de fines propios o aislados, quien los posee, en realidad, es el derecho. Asevera que la pena al establecerse en la norma y aplicarse ante la trasgresión, sólo expresa la esencia coactiva o impositiva del todo (el derecho), por otra parte, esclarece que eso no impide que, en el castigo concreto, ante la trasgresión concreta en que toma forma la pena (privación de libertad, multa, etc.), se aprecien razones preventivas, en otras palabras, una cosa es la esencia de la pena dada en ser una parte del derecho, como su expresión coactiva, y otra cosa es su contenido concreto (la vida, la libertad, el patrimonio) y su medida (pena de muerte, prisión perpetua o temporal, multa).

Solucionó el error de ponderación o proporcionalidad en que incurrió Kant, al plantear que entre pena y delito no existían correspondencias materiales sino axiológicas, justamente, el fundamento conceptual a partir del cual hoy se puede establecer la proporcionalidad entre el bien jurídico protegido por la norma penal y el tipo y medida de la pena a imponer.

Por último, solucionó la controversia de las llamadas antinomias en los fines de la pena, pues, para Hegel, no podía existir una separación entre el transgresor y la sociedad, error en que incurren las llamadas teorías preventivas o utilitarias de la pena que absolutizan o al individuo (en prevención especial), o, a la sociedad (en prevención general) sin entender que no existe una contradicción absoluta entre uno y la otra, en consecuencia, existe, únicamente, prevención que atañe e integra tanto al transgresor como a la sociedad, sin que se puedan separar.

En el siglo XIX confluyen toda una gama de tendencias jusfilosófica absolutamente dispares corrientes (el romanticismo jurídico, el utilitarismo, el positivismo el irracionalismo, entre otros), que se dan un tanto híbridas en la obra de Francisco Carrara (1805-1888), en quien se percibe a un iusnaturalista místico-religioso, pensamiento que determina su concepción sobre el derecho penal y, en consecuencia, sobre la pena en sí; pero, a diferencia de los autores antes analizados, ahora sí estamos ante un estudioso del derecho penal.

Según Carrara, el orden social estaba dispuesto por Dios a través de la ley moral, la cual, por falta de capacidad plena para dominar, requería el auxilio del derecho, el que, por una parte, establecía en las prohibiciones las conductas que no debían realizarse en razón de su dañosidad a los derechos subjetivos reconocidos por la ley moral, y, por otra, independiente de esas prohibiciones, la pena venía a restablecer el orden impuesto por la moral y quebrantado por el delito. Esta escisión entre prohibición y pena le llevan a concluir: "...yo defino la pena un mal infligido por los magistrados, conforme a la ley del Estado, a aquellos que han sido en debida

forma reconocidos culpables de un delito." Adviértase que pena, primero, es un mal -aunque no define en qué consiste ese mal- segundo, no es la que se establece en la ley -aún cuando reconoce su existencia-, sino la que se impone por el juez, o sea, pena es, como antes referimos, la que viene a restablecer el orden moral quebrantado por el delito.

Ahora, si nos quedamos en esa definición no podremos apreciar la noción real que, de la pena, tenía este autor; pues, resulta trascendente a este aspecto su concepción sobre los fines del castigo, de los cuales advirtió que: No es, ni la modificación de la conciencia del sancionado, ni la intimidación de los restantes miembros de la sociedad, es -como antes afirmó Beccaria-, solamente, una advertencia que la ley tiene que cumplirse y se cumple; afirmó, además, que no es determinante la severidad de la pena sino -de igual forma que el referido Marqués- su certeza e inmediatez.

Hay otro detalle importante del pensamiento carrariano cuando aludió a la proporcionalidad del castigo a imponer, donde planteó que la pena, como mal, ha de ser proporcional a la gravedad del delito y a las pasiones de su autor, fue un atisbo genial a lo que hoy determina -según una parte importante de la doctrina- la medida de la pena: El injusto y la culpabilidad; ciertamente, lo hizo de forma rudimentaria y abstracta, pero es la consecuencia objetiva del momento histórico que le tocó vivir; por una parte, el bien jurídico, como concepto, era aún muy incipiente, por ello hablaba de la gravedad del delito sin concretar de dónde provenía esa gravedad, qué definía esa gravedad en sí, por otra parte, la culpabilidad sólo existía como algo que limitaba la imposición de la pena (lo que en nuestros días se denomina "culpabilidad como principio limitador" diferenciada de "culpabilidad como categoría sistemática") pero no había sido definida aún, en consecuencia, únicamente funcionaba como presupuesto de la pena no como su medida, sin embargo, advirtió la necesidad de valorar en la medida de la pena la pasión, es decir, lo que subjetivamente movía al autor.

Además de ese contexto histórico que le tocó vivir, tenía que ser consecuente con

su concepción del delito, para él un ente abstracto, en correspondencia la pena no podía ser otra cosa que un ente inconcreto en su contenido y medida. No le estaba dado, por todo lo anterior, definir el contenido y medida precisa de la pena, pero, su genialidad fue advertir, difusamente, qué contiene y los nexos dialécticos que determinan su medida, por un lado, el objeto del delito específicamente protegido y dañado, y, por otro, a la participación o aporte subjetivo del autor al hecho.

Como otra de las tantas corrientes jusfilosóficas del siglo XIX está el Positivismo, que “exporta” a las ciencias sociales el “paradigma” de las ciencias naturales, ello trajo al pensamiento penal una concepción ontológico-natural del delito que determinó todo el sistema de conceptos relacionados con él. Por otra parte, en la práctica social de la segunda mitad del referido siglo, se produjo un aumento de la criminalidad, que, sumado a la tendencia jusfilosófica del Positivismo, como advierte Renén Quirós Pérez:

[...] condujo a la teoría del Derecho penal burgués a someter a revisión -con perspectivas político-criminal- la totalidad del sistema punitivo iusnaturalista y a la sustitución, en el nivel conceptual y práctico, la pena retributiva (propia del sistema de Kant y Hegel) por la pena preventivista (finalista en la construcción de Von Liszt).

Se produjo un giro en el concepto de la pena hacia la prevención, en particular, hacia la prevención especial, tendencia nunca establecida. La concepción preventivo especial que trajo a la pena este pensamiento llevó a modificar, incluso, la concepción de los códigos penales, de un arbitrio judicial reducido, determinado por una aritmética penal (Códigos clásicos) a un amplio, en algunos casos desmesurado, arbitrio judicial (Códigos defensistas).

Una insigne representación de esa tendencia es Franz Von Liszt (1851-1919), para el cual, el delito es un fenómeno natural similar a una enfermedad social y la pena es su tratamiento; esta noción le llevará a una concepción de la pena muy similar a Carrara, cuando afirma:

Pena es, según el Derecho vigente, el mal que el juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Dos caracteres esenciales forman, pues, el concepto de la pena: 1º, es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; 2º, es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto del autor.

Para Carrara pena es la que impone el juez, en virtud de que ella tiene como misión restablecer el orden, en Von Liszt, por una causa distinta (el delito es una enfermedad), pena es igual la que impone el juez para prevenir la enfermedad que revela el delito. Ahora, aún cuando hay determinada similitud, se aprecia un indiscutible avance en la consecución del concepto en cuestión, el mal -indefinido en Carrara-, ya toma cuerpo: “...es una lesión sufrida por el autor en sus intereses. (...) La pena es la lesión de un bien jurídico perteneciente al delincuente...”; intereses, para Von Liszt, es sinónimo de Bien. Se produjo un paso necesario hacia la concepción de la pena, al menos en su contenido.

Al analizar a Carrara señalamos que la falta de un desarrollo categorial, en especial del bien jurídico y de la culpabilidad, le impidieron llegar a una concepción más adecuada de la pena, sin embargo, este no fue el caso de Von Liszt, donde ya se había concretado un poco más la definición de bien jurídico (justamente vimos como lo emplea en su obra), y, por otra parte, él, personalmente, contribuyó a la concepción de la culpabilidad: La denominada teoría psicológica de la culpabilidad; pero, el hecho de que se enunciaban o empleaban ambas categorías no llevó obligado a que, de inmediato, se apreciaran en su función de medida de la pena (de hecho aún hoy está por puntualizarse la función de la culpabilidad como medida de la pena). Resulta absolutamente necesario a la definición o concreción de un concepto la experiencia práctica acumulada en su uso, en su ejercicio, aún carente en esa época, por esa, entre otras razones, el propio Von Liszt plantea: “La ciencia, que considera separadamente las características de la idea

del delito, toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre el acto y el autor”, como se puede deducir de su afirmación tiende a apreciar la culpabilidad más como fundamento de la pena, que como medida de ella.

Pero no era, solamente, esa imperfección, inmadurez o falta de experiencia práctica del conocimiento la que llevó a Von Liszt a su concepto de pena, sino la tendencia jusfilosófica que soportaba o fundamentaba su obra: *El Positivismo naturalista*, que, como antes hemos expresado, le llevaron a entender el delito como una enfermedad y la pena como su tratamiento que se medía por la peligrosidad social del individuo algo en el futuro y no por el bien y la culpabilidad algo en el hecho pasado, esa concepción equivocada le condujeron, incluso, a una confusión entre pena y medida de seguridad.

El *Positivismo naturalista*, como tendencia jusfilosófica, niega la necesidad de indagar y establecer la esencia de los fenómenos, lo que importa para este pensar, según su fundamento, son los hechos, no su valoración; lo que importa es lo útil del fenómeno, no sus valores o explicación. El todo es innecesario sólo son apreciables e imprescindible las partes. Este pensar descarnado desde su propio origen no existió sin fuertes oposiciones que negaban ese “ceñirse” a los hechos sin la valoración, sin tratar de filosofar sobre su esencia, una de esas tendencias fue el Neokantismo, corriente que propugnó un regreso a los valores.

Un representante de esa tendencia fue Edmundo Mezger el cual definió:

La pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal adecuado al acto) (...) La graduación de la pena es medida del injusto (...) La graduación de la pena es medida de la culpabilidad...

En Mezger se apreció la conclusión de lo que, en el tránsito del desarrollo de la ciencia penal, se venía perfilando: El contenido y la medida de la pena; esa “relación” ese

“nexo” que apreció Carrara, pero que, por el poco desarrollo práctico de los conceptos en cuestión, no pudo desplegar, en el concepto de este autor tomaron cuerpo, se revelaron ya como contenido y medida de la pena.

Esta precisión mezgeriana del castigo proporcional al acto definió a la pena, y la diferenció de otras consecuencias jurídico-penales como son las medidas de seguridad, las cuales, aún cuando se toman con referencia al acto, no son proporcionales a él sino a la peligrosidad social que, para el futuro, representa el autor. La confusión conceptual de Von Liszt en este aspecto, alcanzó, con Mezger, una aclaración y explicación lógica en razón a cuestiones esenciales de la pena.

Mezger, al igual que Hegel, advirtió que entre pena y delito no existía una proporcionalidad material, sino axiológica, en tal sentido definió:

Se ha negado la posibilidad de una tal ecuación entre delito (por ejemplo, un hurto) y pena (por ejemplo, la pena de prisión que se impone a consecuencia de él), declarando que se trata de magnitudes inconmensurable (no comparables). Ciertamente, son inconmensurables el hurto y la pena de prisión considerados externamente; pero aquí no se trata de tal comparación naturalista-externa, sino de una equiparación valorativa.

Un detalle debemos señalar del análisis de Mezger, y es que separó los fines de la pena (que enfatiza es la prevención) de su definición o concepto, es decir, de los rasgos que la componen, cuando advierte: “Con ello se delimita sólo el concepto, no el fin de la pena; mientras que el fin de la pena es objeto de la controversia más viva, el concepto de la pena se determina en lo esencial de modo unánime conforme acabamos de hacer.” En otras palabras, una cosa era en qué consistía la pena, qué definía conceptualmente a la pena, y otra, separada de ella, eran los fines que con la misma se pretendía. Resulta importante señalar que no es el único autor que separa el concepto de pena de los fines perseguidos con su imposición, otros pensadores de hoy afirman que una cosa es la pena como concepto y otra bien distinta y separada son

los fines que con ella se pretenda, pero ni aquel ni estos responden a la interrogante: ¿Por qué esa separación? y ¿A quién corresponde alcanzar tales fines?

Una vez transcurrido el holocausto fascista, se abre paso en Alemania, una tendencia moralizadora del derecho que revolucionaría la dogmática penal: La denominada teoría de la acción final de Hans Welzel (1904-1977). Este autor, si bien reconoce que el derecho debe proteger determinados bienes jurídicos, estima que ha de hacerlo mediante la conformación y conservación de los valores éticos en la sociedad, en tal sentido afirma:

Sin embargo, la misión primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica (...) La misión del Derecho penal consiste en la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares.

Esa concepción moralizadora del derecho penal llevó al autor a definir la pena de la siguiente manera: "...la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable. Se basa en el postulado de la retribución justa (...) la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad" es decir, reconoció la culpabilidad como una medida de la pena, pero no el bien jurídico, objetivo mediato no inmediato del derecho en tal razón no apreciable en la medida de la pena. Su concepto de pena estaba mediatizado por el propio concepto que del derecho penal tenía.

Es importante señalar una conclusión de este autor: Afirmó que la prevención era un fin del derecho penal no de la pena. Llegó así a una mejor precisión de este detalle con respecto a Mezger y los restantes autores, que, si bien señalan que el fin preventivo no pertenece o no define a la pena, dejan este propósito un tanto en terreno de nadie, Welzel sí le dio un

asidero lógico: La prevención es un fin del Derecho no de la pena.

Luego de este viaje por la historia lo primero que salta a la vista es que nuestro concepto ha sido el proteico resultado de la confluencia de tendencias ideológicas, políticas, filosóficas, en un marco histórico-social dado, determinado siempre en última instancia por el desarrollo histórico concreto de la ciencia penal en, y, a través, de la experiencia práctica social, de la cual se pueden extraer regularidades que conforman los rasgos esenciales de esta categoría:

Primero: En el devenir de la teoría de la pena el contenido y medida de ésta se han ido conformando paulatinamente -tal y como fue señalando en el análisis de los distintos autores estudiados-, arribando a que su contenido es una restricción de bienes al sancionado, Esta restricción de bienes aparece también resumida en una frase: "la pena es un mal". Acerca de esa equivocada denominación de mal ya advertía Hegel: "En las distintas teorías sobre el castigo, ese carácter superficial de mal se lo presupone como elemento principal". Entendemos que existe una confusión; la pena es una restricción de bienes al sancionado, pero no necesariamente un mal. Es un error gnoseológico incluir dentro de la definición la valoración de su contenido. La pena objetivamente restringe determinados bienes -eso es una cuestión puramente objetiva-, otra cosa distinta -y ya estamos en una dimensión o plano axiológico-, es que, además, valoremos que es un mal o un bien. No se puede confundir la valoración con el objeto de la valoración. El que un fenómeno concreto sea un bien o un mal, depende de las necesidades sociales a que da solución, no de su naturaleza ni de la valoración; de hecho, un mismo objeto o fenómeno puede ser en un momento histórico determinado, un bien, luego, al cambiar el momento histórico -y con él las necesidades sociales-, pasar a ser insignificante y, al cambiar nuevamente el marco histórico-social, convertirse en un mal, todo ello sin cambiar su composición, su naturaleza

La pena es una restricción de bienes al sancionado, a consecuencia de lo cual puede valorarla, el que la sufre, como un mal, esa

es su valoración, que es subjetiva, mientras que otra cosa es la significación que tenga tal pena para el desarrollo de la humanidad su valor que es objetivo. Por la valoración del sancionado no se puede, sin más, definir la pena como un mal, sino, a partir del hecho que dé o no solución a la necesidad social a que está destinada; si da solución adecuada a una necesidad del desarrollo social es un bien, si no da solución a una necesidad del desarrollo puede ser o un mal o simplemente insignificante.

Segundo: Cuando definimos: la pena es una restricción de bienes al sancionado, hablamos de su contenido, pero todo objeto o fenómeno tiene, necesariamente, una forma dada, una medida determinada, y esa medida de la pena no resultó siempre la misma; si nos remontamos a Carrara vemos que, en correspondencia con su concepción del delito, un “ente abstracto”, donde culpabilidad no es aún una categoría sistemática y el concepto de bien no ha llegado, resulta, en consecuencia, un concepto de pena igualmente abstracto. En ese momento la medida de esa restricción no estaba del todo determinada, sus contornos, o límites eran un tanto etéreos, indefinidos, sin embargo, cuando llegamos a Mezger, donde ambas categorías culpabilidad y bien están mejor definidas, la pena alcanza un mejor dibujo, una mejor definición de sus contornos, de su medida.

La pena resulta entonces, hasta aquí, una restricción de bienes al sancionado proporcional al bien jurídico y a la culpabilidad, pero, aún falta algo: Varios autores en la actualidad cuando analizan los fines de la pena afirman que la pena no debe tener cualquier medida, pues, puede resultar en determinada medida (por ejemplo: En la privación de libertad superior a 10 o 15 años) desocializadora. Por otra parte, si la pena se mide únicamente en proporción al bien jurídico y a la culpabilidad cabe perfectamente la solución kantiana: La ley del Talión, pero, cuando se toma en cuenta la prevención, entonces, no resulta adecuada tal proporción, pues, cuando internamos a un individuo por un largo período en la cárcel podemos desocializarlo o cuando por el monto de las cuotas de una multa se afecta la economía del sancionado en tal magnitud que le obliga a

restricciones materiales en su vida social o le lleva a cumplir la pena en prisión por no poder pagar; resulta, igualmente, una pena que en esa medida, en esa magnitud no es apta a la prevención, pues en realidad la impide, la obstaculiza.

Es válido aclarar un detalle en la prevención como un objetivo a lograr. En el transcurso del análisis, observamos que varios autores separan los fines de la pena de su definición, dejándolos, un tanto, en terreno de nadie, otros, como Welzel, de una manera expresa, lo entienden como un fin del derecho, propuesta que compartimos, pues, el hecho que la prevención limite la pena en su medida, en modo alguno quiere decir que sea un fin de ella; entendemos que es un fin del derecho, lo cual no quiere decir que tales fines, por ser del derecho, no intervengan en la conformación de la pena, en la concreción de su medida; que no lo cumplan o lo hagan cumplir las partes, lo determinen esas partes, pues, justamente, la prevención, como fin, la alcanza el derecho como todo en, y, a través de cada una de sus partes, con lo cual además de la culpabilidad y el bien jurídico debe sumarse la prevención a los criterios de medida de la pena, como nos advirtiera Beccaria en su momento la pena para que sea preventiva debe ser certera, pronta y proporcional.

Resumiendo: Pena es una restricción de bienes al sancionado, proporcional al bien jurídico, la culpabilidad y la prevención. Esta definición de la pena es la generalmente acogida por la doctrina, sin embargo, para que un concepto sea válido (como expuse en el inicio de este artículo) ha de comprobarse en la realidad práctica de la sociedad, fuera de ello es una mera suposición, una hipótesis, pero no un concepto pues carece aún de una condición fundamental: Ser el reflejo subjetivo del mundo objetivo. Con lo cual para contrastar o demostrar si es realmente un reflejo de esa realidad debemos llevarlo a la mencionada práctica social.

En tal empresa tenemos que regresar a lo que advirtió, siglos atrás, Beccaria y Carrara y han confirmado las vivencias prácticas del derecho penal: La prevención del delito no depende de la severidad de la pena sino de

la certeza e inmediatez con que actúe o se imponga ella.

Exactamente estamos ante la experiencia social, pero no ante la explicación teórica del fenómeno; resulta una verdad probada por la experiencia, (no por un experimento como erróneamente clama el Positivismo), que creará, que conformará un concepto, pero no es un concepto en sí. Sólo se sabe, y fue demostrado prácticamente, que es preventiva una pena certera y pronta, en cuya cualidad no interviene, decisivamente, el bien y la severidad con que se restrinja éste al sancionado; o sea que, el contenido y medida de la pena intervienen, pero no deciden o determinan su efecto preventivo.

Tenemos entonces que lo que se define como pena hasta aquí evidentemente no vence la práctica, no explica o traduce lo que corrobora la experiencia; en consecuencia: o es un concepto equivocado o es un concepto incompleto, generando las interrogantes ¿Por qué resulta así?, ¿Qué esencia del derecho se revela en esa experiencia acumulada aquí? ¿Qué le lleva a ser así y no de otra manera?

Apreciemos un primer detalle -sin que salgamos aún del ámbito puramente práctico-: La certeza, factor determinante de la prevención, es consecuencia del actuar práctico-social del Derecho como un todo, como sistema penal y no de una de sus partes aisladamente (me refiero específicamente a la pena que es a la que se atribuyen fines preventivos propios); asimismo, la certeza depende, además de la inevitabilidad en la imposición de la pena, de la norma escrita clara, breve, sencilla, (taxativa, certera) hasta la actuación (inevitable, certera) de todos y cada uno de los órganos (Policía, Fiscalía, Tribunal, etcétera), cuya acción eficaz impiden la impunidad. Es sólo la apariencia quien nos lleva a ver la certeza como algo propio de la pena, como si fuera una cualidad de ella; como si fuera una consecuencia de ella aisladamente y no del Derecho. En realidad, quien resulta certera no es la pena en sí, sino, el sistema del cual es meramente una parte y una parcial manifestación de su certeza. Segundo: De la celeridad o prontitud con que actúe ese

sistema, es decir, sus órganos, la pena en sí no puede ser, ni lenta, ni rápida, quienes pueden ser rápidos son los órganos que la imponen. Resulta, pues, un problema “con” la pena, pero no “de” la pena. Quien puede ser certero y pronto en realidad, es el sistema penal en su funcionamiento, en su actividad práctica, y no la pena aisladamente; quien logrará ser preventivo es, entonces, el sistema penal (el todo) y no la pena (una parte).

Esa verdad demostrada por la experiencia acumulada a partir de la realidad práctico-social del derecho en su devenir histórico, para conformar o traducirse en un concepto, debe ser interpretada por el pensamiento abstracto para que la explique, la descomponga y extraiga los nexos internos esenciales al fenómeno; sin embargo, el punto de partida para esa traducción existe desde hace muchos años, el problema está en no haberla comprendido adecuadamente, y fue obra de G. W. F. Hegel.

Como antes se expuso, el ilustre alemán no tenía como propósito lograr una definición de la pena, su objetivo fue el concepto del derecho, del cual se desprendió una mirada a la pena, únicamente, como parte necesaria de ese todo que él estudiaba; su visión, su análisis, sus definiciones son del Derecho y no de la pena en específico como en ocasiones se interpreta, y tal vez es esta la mayor importancia de su análisis: No mirar la pena sino llegar a ella en, y, a través del Derecho. Esa mirada podríamos apreciarla, muy resumidamente, o encontrar un nudo teórico importante de su pensamiento en la repetida frase: “Para sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, en este respecto, inviolable. La vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho”.

Con independencia a que esta frase es absolutamente ininteligible si no se parte, si no se aprecia en, y, a través de toda su obra, de todo su sistema filosófico, de sus conceptos de:

derecho, libertad, existencia, violencia entre tantos otros; en ella en sí podemos apreciar puntos medulares que debemos analizar.

Primero, la voluntad o lo que es lo mismo, los fines, los objetivos o los propósitos (para Hegel voluntad es capacidad de autodeterminación) es algo imposible de aprehender con la simple valoración o apreciación fenoménica o empírica, (...es, más bien, lo exteriormente no existente...) ellos son esenciales, en consecuencia, únicamente pueden ser captados a través del pensamiento abstracto. Por otra parte, esa voluntad, esos fines son parte y expresión del Derecho nunca de la pena en sí, ella carece de voluntad o fines propios, pero, al estar ocultos en ella la apariencia nos hace verlos como fines de la pena. Tal voluntad tiene como propiedad singular que resulta inviolable, en otras palabras, es una voluntad coactiva, impositiva sin la cual pierde su esencia, por ello, al ser transgredida, el castigo, la violencia, meramente es la expresión de su esencia misma. Esa voluntad oculta que es en sí Derecho, ley (en otras palabras, esa voluntad del Derecho: El todo) oculta (en la pena: La parte), al transgredirse con el delito, tiene que inexorablemente imponerse (habida cuenta es coactiva), no como fin de la pena sino como expresión de ella, como esencia.

Segundo, la pena aislada, separada del Derecho, vista singularmente es únicamente violencia, restricción de la voluntad del transgresor, pero, ni expresa una voluntad propia, ni puede modificar la voluntad individual ni social, por ello, cuando ante una infracción determinada se impone el castigo no se procuran fines propios de éste, sino, esa imposición es simplemente realización práctica de la advertencia, de la regulación, que, de otra manera sería un simple juicio valorativo carente de capacidad para disciplinar el actuar social e individual propio del Derecho.

En otras palabras, esa voluntad oculta en la pena -que es voluntad del Derecho-, resulta inviolable pues es esencial a la existencia misma del Derecho como fenómeno clasista. El Derecho es imposición, coacción y tal carácter se expresa, entre otras, en la pena,

con lo cual la imposición del castigo no es más que la realización práctica de esa voluntad inviolable, de ese carácter impositivo, por ello, justamente, al imponerla logra su propio restablecimiento. Si el artículo 261 de Código Penal cubano advierte: “El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años” cuando un sujeto comete el delito de homicidio y se le imponen siete años de privación de libertad, justamente, lo que se está haciendo es cumpliendo, entre otras cosas, lo que advierte el derecho, esa es una parte de su voluntad. Si se produce un homicidio y no se castiga al transgresor, tal artículo 261 es un juicio, una valoración, pero irá perdiendo su carácter de norma de orden social, pues para que lo sea (en su carácter específico) tiene que inexorablemente imponerse el castigo después de la violación.

El pensamiento hegeliano ha sido tergiversado particularmente en su frase “es el restablecimiento del Derecho” pues se interpreta metafísicamente: La pena restablece al Derecho; se aprecia el Derecho y la pena como entes aislados; algo así como que existe, por un lado, el Derecho y, por otro, la pena, teniendo esta última el fin, el objetivo o la tarea propia, aislada del primero, de validar al mismo. Es una apreciación absolutamente equivocada de lo que él quiso decir. Es pensamiento metafísico (cualidad esencial del pensamiento positivista) no logra pasar de la determinación abstracta de las partes que conforman el derecho; no logra llegar a la totalidad concreta pensada que expresa Hegel en esa afirmación. La pena para Hegel -como antes expresamos- es únicamente violencia, manifestación del carácter restrictivo, impositivo que tiene el Derecho, cuya imposición es manifestación de ese propio carácter sin el cual carece de validez práctica. A diferencia de la moral, el derecho “tiene que imponerse” y ese carácter impositivo se da, entre otros, al aplicarse la pena cuando se transgrede la disposición. La pena no valida el derecho, es el propio derecho quien se realiza, se cumple, se valida a sí mismo cuando, entre otras cosas, impone su pena.

Por esa razón, justamente, sólo puede ser preventiva la pena certera y pronta que

es la exclusiva forma (tal como afirma la experiencia práctica) en que el Derecho penal, como medio coactivo, se impone, se realiza, se ratifica en la práctica social. Dicho de otra manera: es el sistema penal certero y rápido el único que se valida a sí mismo, el único que impone orden social, fuera de esa exclusiva forma (cuando hay impunidad o retardo en el actuar, aun cuando se pueda imponer un castigo) no se valida, en consecuencia, no regula al actuar de la sociedad ni del individuo, no puede, así, ser preventivo. El castigo podrá tener el contenido que quiera (el patrimonio, la libertad, la vida, etc.) la magnitud que entienda (todo el patrimonio, prisión perpetua, la muerte, etcétera), pero si con su imposición por falta de certeza o por retardo no se valida el Derecho mismo carece entonces del rasgo esencial que le define como pena que viene dado por el Derecho del cual es parte y no por él de manera aislada: la capacidad de expresar el carácter coactivo del Derecho y con su imposición su validación que a su vez es capacidad del Derecho mismo.

Queda clara la traducción de la experiencia en el análisis que del Derecho había hecho ese magnífico pesador alemán que fue G.W.F Hegel.

Es una cualidad esencial del todo o totalidad (también denominados: objeto o fenómenos complejos, todo compuesto por partes, o integridad) revelarse y expresar su esencia en, y, a través, de cada una de sus partes, y, a su vez, todas y cada una de sus partes adquirir y expresar su esencia en, y a través, del todo a que pertenecen, no en ellas aisladamente. Por esa propiedad o cualidad general del todo, de los fenómenos complejos, de la totalidad, etc. el Derecho como un todo o totalidad, fenómeno compuesto de partes, responderá de igual manera: Su carácter coactivo se expresa, entre otras, en la pena, sin la cual es incapaz de regular la manifestación externa de la conducta humana, pero, a su vez, la pena, como una parte adquiere su esencia, justamente, en ese todo que resulta el Derecho, si la separamos a ella del Derecho y la observemos como fenómeno aislado (como la analiza, en particular, el Positivismo), tal y como advirtió Hegel, es, únicamente, restricción de bienes, violencia, represión, carece así de sentido.

Cuando decimos que pena es una restricción de bienes al sancionado...aludimos a rasgos únicos o aislados de ella, pero no definimos lo que le vincula con el todo a que pertenece.

Lleguemos entonces a través del todo (el Derecho) a la esencia de su parte (la pena): ella es la sanción en la estructura de la norma penal. Esa afirmación podría parecer una verdad de perogrullo, o una redundancia, sin embargo, no lo creemos así pues, aún cuando la mayoría de los autores reconoce como estructura de la norma penal la disposición y la sanción se quedan únicamente en esa determinación abstracta sin llegar a la totalidad concreta pensada y mucho menos de ella a la realidad conocida; no logran traducir tal conformación o estructura a la existencia real del fenómeno; en otras palabras, no logran pasar de lo abstracto a lo concreto y se afirma, por ejemplo, como sigue: "... hemos señalado, sin embargo, que el Derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos" de esta afirmación se puede entender que el Derecho penal tiene penas, medidas de seguridad y prohibiciones como un catálogo de cosas aisladas sin atender a algo esencial y es que cada uno resulta ser él en sí como consecuencias de su relación dialéctica con los otros, veamos: Primero que todo, un castigo o restricción de bienes (matar, privar de libertad o del patrimonio) resulta una pena (pena de muerte, privación de libertad, multa), no por tal constitución violencia, es decir, porque prive de libertad, de la vida o el patrimonio, sino justamente porque acompaña, como par dialéctico, a una prohibición, porque convierte a una advertencia que acompaña en una prohibición. Una restricción de bienes tal, de la forma que advirtió Hegel, fuera de la norma es simplemente "violencia" y nada más; en ella aislada, separa de la prohibición no existe absolutamente ningún elemento, rasgo, propiedad intrínseca que le otorgue la condición o calidad de pena, requiere como elemento esencial, ser el castigo que, a un juicio de valoración dado (justamente por su compañía) le otorga la condición de prohibición. Su condición de castigo le viene de su par dialéctico. La pena en sí aislada únicamente existe en la determinación

abstracta, en la realidad concreta no puede existir, de separarse en la práctica se convierte en simple acto de violencia al serle extirpada su esencia que adquiere en su relación con el todo.

Igual suerte que la pena corre su par dialéctico: la prohibición penal. Ella adquiere tal condición no por ella en sí o por un elemento propio e independiente; ella es prohibición penal, porque se acompaña de un castigo que expresa o advierte el carácter, la naturaleza coactiva o impositiva de esa advertencia, de lo contrario no pasaría de ser, únicamente, una mera valoración, un juicio sin carácter vinculante alguno; algo que se podría cumplir o no pero nada más. Prohibición y pena no pueden existir uno sin el otro y, a su vez, no pueden existir fuera del todo: El Derecho

Pero esta explicación dialéctica, si bien expresa o nos revela un aspecto importante de la pena vista a través del todo, debe aún analizarse en y a través de la práctica social, debe llegar a lo concreto a la realidad. Analicemos una afirmación que nos ayudará en nuestra propuesta, advierte Mercedes Pérez Manzano: "...la norma penal, al conminar con pena determinadas conductas, está actuado en las conciencias individuales junto con los otros mecanismos de control social" esta afirmación salta o sublima un momento necesario imprescindible de la relación entre el pensar y el ser: Un objeto o fenómeno por el mero hecho de existir no es reflejado desde ya en la conciencia social e individual. La conciencia es un reflejo subjetivo del mundo objetivo, empero no es un reflejo mimético como el de un espejo, sino mediato, pues entre la realidad y la conciencia que la refleja existe un mediador, un "lente" que condiciona, modifica, conforma "la imagen" que le atraviesa y es: La práctica social.

Un aporte trascendental de Marx y Engels a la concepción general de la relación entre el pensar y el ser fue explicar el papel de la "práctica social" en esta relación, a través de la cual el hombre transforma la realidad, y ésta, a su vez, determina su conciencia; consecuentemente, es trascendente a la "conciencia social y a la conciencia individual" lo que se da y de la forma que se da en, y a

través, de la práctica social, fuera de ello no es posible.

Para que la afirmación de la autora citada sea totalmente válida debía redactarse de la manera siguiente: La norma penal al realizarse o imponerse en la actividad práctica social y de la forma en que se realice estará actuando en las conciencias individuales junto con los otros (...).

En razón a esta condición objetiva de la relación entre el pensar y el ser, el castigo que acompaña a una prohibición en una ley dada (por ese sólo acto) no podemos concebirlo ya como la sanción, únicamente, por la conminación en la norma abstracta, allí es formalmente la sanción. Es una condición necesaria para que una restricción de bienes determinado llegue a ser una sanción penal el hecho de aparecer establecido en una ley, pero, no la única y suficiente, necesita, además e ineludiblemente, "pasar a través del lente que da paso a la conciencia: La actividad práctica del sistema penal". Le falta "su traducción en y a través de la actividad práctica de la sociedad que la mediatiza, la condiciona como reflejo". Una restricción de bienes fijado en una ley penal trascenderá o se traducirá en la realidad social como sanción, únicamente, cuando en la "práctica social" se impone, por todo el sistema penal, pronta y certeramente, forma que resulta una norma penal; fuera de esta posibilidad no estamos ante una sanción, sino ante un castigo, una violencia, una restricción de bienes; castigo que puede ser perfectamente proporcional pero al ser incapaz de expresar el carácter coactivo del Derecho en su propia validación carecer de su rasgo esencial. O puede resultar, como la califica Zaffaroni, simplemente, "un acto de poder".

El carácter de sanción de una restricción de bienes es en realidad una consecuencia de la actividad práctica del Derecho no del contenido y medida de tal restricción.

Pena es una restricción de bienes al sancionado esa es, entre otras, una expresión y condición del carácter coactivo del Derecho: El todo expresa su esencia en y, a través, de la parte; asimismo, pena es la sanción, primero,

porque aparece como par dialéctico de una norma penal y, segundo, porque en la práctica el todo (el Derecho o el sistema penal) la impone certera y pronta. El todo se expresa o expresa su carácter coactivo, impositivo de su naturaleza a través de la parte y, a su vez, ésta adquiere su esencia de la relación con el todo, de manera tal que si le faltara alguno de ellos pierde su cualidad de sanción.

Definir el rasgo esencial de la pena tiene serias implicaciones prácticas, (todo conceptos científico ha de tener implicación práctica, no pueden ser una mera contemplación de la realidad) si pena es la sanción en el Derecho penal, rasgo que le viene dado fundamentalmente por la actividad práctica del Derecho el todo y no de ella aislada, todo cuanto se ha conjeturado sobre sus fines y los errores en su empleo, son consecuencia de no tomar en cuenta esta cualidad, pues, si el rasgo esencial es ser la sanción, lo único que debe preocupar al sistema penal es lograr que esa propiedad no se pierda en la actividad práctica, es decir, imponerla y ejecutarla pronta y certera (única manera de mantenerla) y no tratar de alcanzar fines con ella modificando su contenido y medida. Cuando en aras de un fin determinado alteramos, modificamos o condicionamos la medida de la pena (prevención general o especial) en realidad estamos apreciando (distorsionadamente) el contenido y medida de la pena a partir de algo que no es, ni el bien jurídico lesionado, ni la culpabilidad, afectado algo que advirtió Beccaria, la pena preventiva es aquella certera, pronta y proporcional.

Si queremos prevenir determinada conducta humana en la sociedad encarguémonos del sistema penal, de tenerlo descongestionado (Derecho Penal Mínimo) de manera tal que puede responder pronto y certero ante tal actuar; cuando ante el aumento de la actividad delictiva acrecentamos la magnitud del castigo lo único que realmente estaremos haciendo es, primero desnaturalizar su medida que es ser proporcional al bien jurídico y la culpabilidad, no los vaivenes de la actividad delictiva y, segundo, lo más probable es que “congestionemos” el sistema penal llevándolo entonces a ser “lento e incierto” y, de esta forma, a que las restricciones que propone

en la ley, en la realidad nunca sean sanciones sino meros actos violentos, “actos de poder” como les califica atinadamente Zaffaroni.

Hasta el momento la doctrina ha incurrido en el error de definir o conceptuar la pena a partir de su contenido (es el castigo, es el mal, es una restricción de bienes...) y no a partir de su esencia, por esa razón entendemos que pena es: la sanción en la estructura de la norma jurídico penal, rasgo que le viene dado no sólo por su establecimiento en una ley sino, además, cuando tal disposición se cumple o impone en la realidad de manera pronta y certera y su contenido es una restricción de bienes al sancionado, determinado o proporcional en su medida al bien jurídico, la culpabilidad y la prevención. Resulta así una síntesis categorial (...bien jurídico, culpabilidad, prevención...), consecuentemente del futuro de estos conceptos dependerá, en parte, el desarrollo futuro del concepto de pena, demos entonces una mirada somera a ellos.

EL BIEN JURÍDICO

Siempre que se prohíbe una conducta humana por el Derecho se hace, generalmente, por el peligro que representa -como advierte Quirós Pírez- para “algo”, hablamos así del “objeto de protección” del Derecho penal.

En el marco del iusnaturalismo ese mencionado objeto de protección se definió -en justa correspondencia con la existencia de un Derecho natural previo y superior al Derecho positivo-, como “los derechos subjetivos”, una vez desaparecida esta concepción o idea del Derecho, tal objeto tenía que cambiar o sustituirse y aparece así, en la primera mitad del siglo XIX, el bien jurídico.

Señalado el “bien jurídico” como objeto de protección del Derecho penal, la construcción de su concepto ha descrito un sinuoso trayecto, pudiendo agruparse las distintas definiciones en razón de la tendencia que le postula; la teoría más aceptada en la actualidad es la de “la relación social”, ahora, el hecho que sea general-mente aceptada no significa que el proceso haya terminado, al respecto refiere Quirós Pírez: “Si se examina el desarrollo de

la teoría del bien jurídico (...) se advertirá un proceso progresivo de aproximación del contenido del bien jurídico a la realidad social. Sin embargo, este propósito no ha llegado a culminar de manera satisfactoria.”

Explayarnos en la discusión sobre el concepto de bien jurídico sobrepasa la propuesta de este trabajo, habida cuenta su complejidad e importante “sesgo ideológico” en su consecución, con lo cual, lo que nos importa aquí no es lo que él es sino lo que él significa para el Derecho, aun cuando dejamos claro que de la propia definición y aprehensión de este concepto depende el contenido mismo del concepto de pena, si tomamos en cuenta, primero, que ella es una restricción de bienes jurídicos al sancionado, limitación que, segundo, viene determinada o proporcionada al bien objeto de ataque y a la gravedad de tal agresión.

El bien jurídico es, antes que todo, un crucial principio limitador del *ius puniendi* al erigir una frontera entre Derecho y moral, desde la cual no resulta importante para el Derecho penal lo que el individuo es o lo que el individuo piensa (algo que puede importar a la moral y propio del Derecho penal de autor y) sino lo que concretamente hace (Derecho penal de hecho). Una conducta humana no se desvalora, entonces, porque sea moralmente reprochable sino por su concreta peligrosidad a un determinado bien jurídico. Implica que no se trata de buscar qué conducta prohibir, sino qué bien proteger. El Derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos, o sea objetos o fenómenos que posean valor y no intentar imponer o crear valores

Los bienes jurídicos, al aludir a un plano axiológico de los objetos y fenómenos, existen o se colocan en escala donde unos valen necesariamente más que otros y, como refiere Shishkin:

El derecho no está, ni mucho menos, en situación de abarcar todo el sector del comportamiento de las personas. El criterio para atribuir al sector de la regulación jurídica unas u otras relaciones entre las personas siempre venía determinado por los intereses de la clase dominante, por su

tendencia a fortalecer mediante la ley la base económica de su dominio.

Al discriminar los menos importantes, está en condiciones de proteger a los más importantes. La limitación del Derecho Penal a la estricta protección de bienes jurídicos está dialécticamente relacionada con el principio de Derecho Penal Mínimo, por lo cual uno no existe sin el otro.

Como primero advirtió Hegel y posteriormente Mezger, entre pena y delito no existen medidas conmensurables en el mundo “positivo”, o sea no es posible una ponderación matemática entre el bien que la pena restringe y el bien que se daña en la acción prohibida, eso es posible sólo en un terreno o plano axiológico de los objetos y fenómenos.

Los bienes, en un momento histórico determinado, ocupan una posición dada en la escala de importancia social, por ejemplo: el bien fundamental sobre el que se sustentan todos los restantes bienes es, sin lugar a la duda, la vida humana, fundamental porque de su existencia depende la existencia de todos los demás, luego le sigue, en orden de prioridad, la libertad, pues de ella depende la solución o existencia de los restantes bienes y así sucesivamente; esta escala –y sus distintos estratos– la crea o conforma las necesidades materiales y espirituales del individuo, el grupo social y la sociedad en su conjunto, en una fase de su desarrollo (tal escala es “material” pues existe fuera e independientemente de la conciencia que se tenga de ella); por ejemplo, el suicida puede despreciar la vida que pretende privarse sin embargo ello no empecé el valor que ella posee.

Si, entre tipo de bien y restricción de éste en la pena y tipo bien y lesión ocasionada a éste en el delito, existe una necesaria relación de proporcionalidad, de obligado se llega a que: A los bienes jurídicos más importantes le corresponden las penas más graves. Al prohibir una conducta no sólo se establece o define una norma de determinación para la sociedad, sino, además, se expresa el desvalor que ese actuar humano representa; se demuestra un grado determinado de desaprobación hacia ella y, con el castigo, no sólo se concreta o se

le da el carácter de prohibición a ese juicio normativo, sino, además, se expresa el valor que le damos al bien protegido, se muestra la estima que se le tiene, el nivel de importancia que se le concede. Cuando se yerra en esta correspondencia, estableciendo penas más graves para delitos que protegen bienes de menor valor (cuando se agrava el castigo por el incremento de la actividad delictiva), por una parte, se desvía, confunde, desnaturaliza la proporcionalidad en sí misma (afectando el verdadero, único e imprescindible aporte de la pena en el fin preventivo que Derecho Penal debe cumplir) y, por otra, se muestra una valoración errónea de los bienes objeto de protección, esa valoración inadecuada se torna una valoración falsa que trasciende, así, a la sociedad.

Ahora, la solución a esa desproporcionalidad no sería aumentar la pena en el delito que protegen los bienes jurídicos más importantes para equiparar o solucionar los errores de valoración, pues no es este el único aspecto que atañe a la proporcionalidad, ella es, además, necesariamente bilateral, o sea que, debe tomar, tanto el daño causado en el delito, como el causado en la pena; en otras palabras, ella no significa, únicamente, que las sanciones más elevada han de ser reservadas al bien jurídico más importante, sino debe haber relación de proporcionalidad entre el bien concretamente dañado en el delito y la pena con la cual reprimir tal acción.

Debido a lo anterior debe apreciarse que la privación de libertad es el tipo de pena más severa con que cuentan los ordenamientos jurídicos después de la pena de muerte, en razón a que restringe, de una sola vez, prácticamente todos los bienes más importantes del individuo después de la vida, con lo cual su uso debe ser estrictamente racional, limitado, como una última opción. La libertad objeto de restricción en la cárcel punitiva, como bien, es inferior a la vida, pero no a los restantes bienes, como, por ejemplo: el patrimonio, el honor, entre otros.

Como observamos en el análisis de los diferentes autores, la pena fue tomando cuerpo en la medida que el concepto de bien jurídico tomaba cuerpo; sin embargo,

en nuestros días (de igual forma que la culpabilidad) este concepto se encuentra seriamente amenazado por las teorías que emergen desde el funcionalismo, las cuales, alegando defender supuestamente la sociedad (cuando en realidad defienden “un tipo determinado de Estado”), reducen todo a un único objeto importante: “el orden”, en aras de ello proponen vaciar el contenido de la categoría “bien jurídico” y en su lugar colocar, como objeto a proteger por la pena, la estabilidad social. Sobre las pretensiones de uno de los autores que preconiza tal avanzada contra el bien jurídico refiere Mercedes Pérez Manzano “Para Jakobs, misión de la pena es la estabilización o confirmación de la validez de la norma y no evitar la lesión a bienes jurídicos”

Resulta atinado, llegado este punto, citar a Mercedes García Arán cuando afirma:

[...] como recuerda Gracia Martín, la gravedad del delito sobre el que se establece la pena proporcionada debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva. De hacerse así, sigue este autor, podría llegar a establecerse penas exacerbadas para delitos poco graves, pero muy repetidos.

Este es el ataque más grave al concepto de bien jurídico, ya que, se trata de su vaciado o sustitución por la peligrosa estabilidad social o alarma social, sin embargo, debemos reconocer que no es el único conflicto relacionado con él; la sociedad actual, dada su complejidad, acarrea nuevos problemas para el Derecho penal (deterioro del medio ambiente, tráfico internacional de droga y personas, etc.) con la aparición de nuevos bienes necesitados de protección para los cuales el Derecho penal no es siempre el instrumento más eficaz, pues, entre otras cosas, la gran mayoría de esos bienes emergentes, son de naturaleza difusa, por ende, de difícil manejo para un recurso coactivo tan limitado como es el Derecho penal, acarreándole, por un lado, serios problemas de saturación y así imposibilidad de un Derecho penal mínimo y, por otro, el empleo de técnicas de tipificación no menos extrañas a un Derecho

penal taxativo. Por todo lo expuesto, el problema de la definición de bien jurídico, su empleo y función en el Derecho penal, no es un simple problema teórico sino, en realidad, un importante problema práctico, que decide, como la culpabilidad, el futuro de la pena, de su propia concreción como concepto y su propia eficacia práctica.

LA CULPABILIDAD

La culpabilidad o imputación subjetiva tiene sus orígenes en el derecho romano, la cual, con el advenimiento del feudalismo se opaca, instaurándose en su lugar la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad reapareciendo con la llegada del iluminismo al Derecho penal. En un inicio como "límite" a la aplicación del Derecho penal: no hay pena sin culpa, que se desprende del principio de Legalidad, no hay pena sin previa ley. La culpabilidad funcionaba en esos primeros momentos, únicamente, como presupuesto de la pena, no como su medida.

La culpabilidad, como todo proceso de aprehensión de un fenómeno social, requirió, primero, de su desarrollo práctico para, luego de vivir su experiencia, ser interpretado y por último definido. Se puede apreciar en la obra de Carrara un bosquejo de elementos que posteriormente se incluyeron en la concepción normativa de la culpabilidad, pero no brindó -ni podía hacerlo-, pues, su momento histórico no se permitía-, una definición concreta de, qué es culpabilidad. Tuvo que pasar el tiempo, que los pensadores del Derecho vivieran en la práctica esa imputación, para que, al fin, viera la luz el primer esbozo conceptual de la culpabilidad en la *Teoría psicológica*, fruto intelectual, entre otros, de Von Buri, Franz Von Liszt, Merkel y Radbruch.

Al ser definida o conceptuada esa necesaria imputación subjetiva como culpabilidad ingresa, como una categoría sistemática, al concepto de delito y así se le suma una nueva función: además de ser presupuesto, la culpabilidad pasa a ser medida de la pena.

Según la *Teoría psicológica*, la culpabilidad es un nexo psicológico entre el autor y su hecho, vínculo que se constata como un evento

natural. Tal idea de la culpabilidad comenzó a presentar problemas en el terreno práctico al no poder fundamentar o explicar algunos delitos imprudentes y, sumado a estas debilidades o incongruencias internas, en el campo filosófico del Derecho el neokantismo abrió brechas entre el Positivismo naturalista que llevaron al tránsito hacia un nuevo concepto: la concepción normativa de la culpabilidad; esta tesis estima que la culpabilidad no es un nexo psicológico que se constata, sino es un juicio de reproche que se hace al sujeto comisario por haber actuado contrario a una norma de deber o de cuidado.

La teoría normativa es esencialmente el reproche personal al autor del hecho antijurídico por haber actuado contrario a la norma de deberes o de cuidado; se entiende así que es culpable el que pudiendo actuar conforme a Derecho no lo hizo, o lo que es lo mismo, es culpable el que pudiendo actuar de forma distinta no lo hizo, esta última frase devino en el fundamento material de la culpabilidad normativa.

En la primera mitad del siglo XX Karl Engisch plantea que ese poder actuar de modo distinto era indemostrable empíricamente; si es indemostrable que el autor en el momento del hecho podía actuar de manera distinta a como lo hizo, cabe la duda que impide, así, sancionar sin culpabilidad y con esto se derrumbaba el edificio mismo del Derecho penal; el concepto de culpabilidad entraba en crisis.

Ante la llamada crisis se suscitaron varias soluciones teóricas:

1. La primera: desde posiciones intraculpabilísticas, abogan por mantener la culpabilidad como fundamento de la imputación subjetiva del hecho a su autor, dentro de la cual se encuentran, a su vez, dos teorías: la teoría del poder medio y la teoría de la motivabilidad normal.
2. La segunda: desde posiciones extraculpabilísticas, abogan por sustituir o vaciar el concepto de culpabilidad y en su lugar colocar a la necesidad de prevención.
3. La tercera: desde posiciones intermedias que abogan por complementar la

culpabilidad en la imputación subjetiva con la necesidad de prevención.

Dos errores básicos llevaron a esta crisis “virtual y absolutamente falsa”: primero, una errónea concepción del determinismo en la conducta humana y, segundo, la reducción metafísica -propia del Positivismo- de buscar un referente empírico que la demostrara.

La conducta humana, como todo fenómeno de la realidad, está sometida a la causalidad, esto es, al determinismo, pero no resulta como la explican algunos autores: algo que gravita fatalmente sobre el hombre, algo externo que lo empuja, lo obliga a actuar de una forma y no de otra; tal conclusión es absolutamente errada, sobre el determinismo en la conducta humana aclaró atinadamente Federico Engels:

La teoría materialista de que los hombres son producto de las circunstancias y de la educación, y de que, por tanto, los hombres modificados son producto de circunstancias distintas y de una educación modificada, olvida que son los hombres, precisamente, los que hacen que cambien las circunstancias y que el propio educador necesita ser educado.

La conducta humana está determinada por las propias necesidades materiales y espirituales del hombre que se conforman en, y, a través, de su actividad práctica social, en otras palabras, las necesidades del hombre son la causa de su actuar, como resume Carlos Marx “Nadie puede hacer algo sin hacerlo, al mismo tiempo, en aras de una de sus necesidades y del órgano de esta necesidad”

Por su parte la libertad -aspecto al cual le brindó adecuada respuesta Hegel-, no es sinónimo de libre albedrío, de absoluta independencia de todo lo externo, es, primero que todo, reconocimiento de la realidad; es decir somos libres en la misma medida que conozcamos la esencia de los fenómenos, esto es, la “necesidad” y la hagamos funcionar de acuerdo con nuestros intereses; quien no conoce la esencia de los fenómenos, su “necesidad” está sometido a ella, en consecuencia no es libre. La libertad no radica en hacer todo lo que se quiera

sino, esencialmente, todo lo que se pueda con arreglo a la necesidad dada a nuestros conocimientos.

El hombre actúa, primero que todo, conscientemente, es decir con conocimiento de causa, con excepción de los anormales, por ello, actuar libremente es tener representadas en nuestra conciencia las consecuencias que, en el mundo objetivo, tiene nuestro actuar, nuestra conducta y valorarla con arreglo a las normas morales y jurídicas; otra cosa bien distinta es: ¿por qué vamos a actuar así?, ¿qué nos lleva a actuar de esa manera? Es precisamente algo que no es ajeno a nosotros mismos: son nuestras propias necesidades, materiales y espirituales, que se forman, cambian, desaparecen en dependencia de la actividad que desarrollemos en condiciones históricas concretas y de las cuales podemos tener conciencia o no.

Por otra parte la libertad del hombre es, primero, un problema de concepción general del pensar, no dado así a las ciencias sociales particulares como el Derecho, la Psicología, la Sociología entre otras, sino, únicamente, a la Filosofía que tiene como objeto de estudio: las leyes más generales y universales que rigen el desarrollo de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento y, segundo, no es, ni puede ser, objeto de simple demostración por un experimento; su explicación y demostración es la consecuencia del análisis de la experiencia en una concepción general de ese pensar. Una cosa bien distinta es el caso del hombre singular que comete un delito, su libertad en específico, sí puede demostrarse perfectamente a través de la experimentación, en razón a que ella estará determinada, como antes explicamos, en su capacidad de conocer y en su conocimiento singular, como afirma Welzel:

Con el conocimiento de que el hombre, como ser determinado a la propia responsabilidad, es capaz de autodeterminarse conforme a sentido (...) se ha dado ciertamente una determinación general de la naturaleza del hombre y de su libertad; pero no se ha comprobado con ello que este hombre posee realmente, en la situación concreta, capacidad de autodeterminación conforme a sentido (...) si algo es efectivo no se puede

deducir de conceptos generales, sino sólo averiguar de un modo empírico-práctico.

La crisis del concepto de culpabilidad, o más bien, la crisis de su fundamento material no es más que un problema falso, virtual, ficticio que, como antes referimos, fue solucionado adecuadamente en el terreno conceptual que le corresponde: la Filosofía, pero que ha acarreado muchos más problemas que posibles soluciones al conocimiento científico y a la práctica del Derecho.

La primera dificultad está en que ha desvirtuado o separado a la ciencia penal del objetivo esencial de su análisis iniciado con la aparición del concepto de culpabilidad, este es: especificar la función de la culpabilidad como medida de la pena, pues, al resultar un concepto dudoso, obviamente lleva a conclusiones como las que expresa Mercedes García Arán:

La insuficiencia de este concepto para establecer respecto a él la proporcionalidad de la pena debe establecerse desde distintas perspectivas (...) En la medida que se rechaza tal concepto, se rechaza también la aptitud del mismo para ser medida de la pena.

Esta primera dificultad lleva a la segunda: para dar solución o para asumir la tarea de la culpabilidad, aparecen o se escudan tras “la crisis” las tenebrosas teorías funcionalistas que abogan por su sustitución o vaciado, colocando en su lugar la “necesidad de pena”, a partir de la cual el hombre se transforma en un instrumento del Estado para la regulación de la estabilidad social. Según estas teorías, la pena, al ser indemostrable empírica-mente la “libertad del individuo” no debe tomarlo en cuenta, no debe apreciar su aporte subjetivo al hecho aislado, sino, en su lugar, apreciar la necesidad de respuesta que ese hecho tenga para la estabilidad social, en otras palabras, si es necesario para la estabilidad social mayor severidad de la pena ésta se aumenta sin importar el trasgresor; nada más peligroso; es el soporte teórico, el fundamento claro de un Derecho penal máximo.

La pena no puede medirse, únicamente, con relación al bien objeto del delito y al daño a

éste ocasionado, precisamente el error de los Códigos penales clásicos (con sus penas fijas) fue apreciar del hecho únicamente su aspecto objetivo: el bien y daño ocasionado sin valorar al individuo, pues, al atender sólo la parte objetiva no se aprecia y comprende toda la peligrosidad del acto humano. El Derecho no regula eventos naturales sino conductas humanas, debido a ello, ha de medirse, en la misma medida de lo que produce, el aporte personal (subjetivo) del autor en el hecho; en otras palabras, la pena no se ajusta sólo al resultado del actuar externo sino además al aporte subjetivo de su autor. Si no apreciamos la culpabilidad, ¿cómo lograr ese acercamiento, esa individualización?, ¿a partir de la prevención especial? que fundamentalmente -como emerge en sus inicios- no observaba lo que el hombre hizo, sino lo que podría hacer en el futuro; es decir individualizaba la pena a partir de la indeterminada y futura peligrosidad del individuo, sobre esa posible sustitución refiere Mercedes García Arán: “Este concepto es lo suficientemente resbaladizo como para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada a su delito, con el pretexto de reeducarlos”

La culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, ella aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho aislado, en otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre hizo y no a lo que el hombre es, apartando el peligroso Derecho penal de autor; por otra parte al fundar la pena en lo que el hombre hizo y no en lo que podrá hacer (es decir su peligrosidad futura argumento esencial de la prevención especial) separa la pena de su compañera: la medida de seguridad.

El Derecho penal postula una igualdad formal que se hace real, precisamente, en, y, a través de la culpabilidad que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al trasgresor, no por su peligrosidad criminal sino apreciando al grado de participación subjetiva en el hecho.

No cabe duda alguna que desentrañar los elementos que definen los distintos grados de participación subjetiva del individuo, es

decir, los elementos a partir de los cuales la culpabilidad cumple la función de medida de la pena, determinará la propia concreción de la pena en su medida.

LA PREVENCIÓN

Para llegar a este punto (la prevención como medida de la pena), no se encontró, en los autores estudiados, ninguno que abordara la temática de esta manera específica, lo cual no quiere decir que sea un juicio sin fundamento anterior; todo lo que he tratado en este trabajo de alguna manera es el desarrollo de un pensamiento precedente.

Un primer aspecto a definir claramente es que la prevención no la entendemos como un fin directo o específico de la pena sino del Derecho, y este sí no es un argumento nuevo, como ya se refirió antes, tiene sus antecedentes, primero, en Hegel, quien niega que la pena tenga un fin propio y aislado del Derecho, y luego en Hans Welzel que afirma que la prevención es un fin del Derecho; ahora, el hecho que, como afirmamos, no sea un fin de la pena en sí, no quiere decir que no determine a la pena, y que, a su vez, no esté determinado, en su consecución, por la pena. El hecho de ser un fin del Derecho hace que sea, a su vez, un fin que interesa y afecta a cada una de sus partes, un fin de cada una de sus partes, un fin que depende de cada una de sus partes.

Existen antecedentes en los cuales podemos relacionar la prevención con la medida de la pena, por ejemplo, plantea Santiago Mir Puig como principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social:

- *Principio de utilidad en la intervención penal:*

Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad.

En otras palabras, la pena ha de ser útil y lo es cuando previene, cuando un tipo de pena es incapaz de prevenir no debe ser empleada.

- *Principio de humanidad de las penas* donde plantea:

Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen (...) las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida (...) Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años (...) El Derecho no admite la cadena perpetua.

O sea que, no se trata de una prevención a cualquier precio, sino, con determinada medida, donde se tome en cuenta tanto la sociedad como al sancionado, donde, en nombre de la sociedad no se sacrifique al sancionado, y

- *Principio de resocialización:* “Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como intento de ampliar las posibilidades de participación”; en otras palabras, la pena no ha de ser, *per se*, resocializadora o reeducadora, ella, como máximo, debe proponerse “facilitar” al sancionado su resocialización, brindar la posibilidad del cambio, pero no imponer el cambio, buscar, como pretensión necesaria e implícita en ella, la reinserción social del sancionado.

La resocialización es una labor en que se implican otras esferas o medios sociales, fundamentalmente relacionada con la “práctica de valores” en, y, a través, de prácticas productivas, culturales y otras, donde no interviene, directamente, la represión; consecuentemente lo que no puede hacer la pena es desocializar o impedir la resocialización, ella como condición indispensable ha de ser “no desocializadora”, no debe entorpecer

por su contenido o medida la labor resocializadora de esas otras esferas o, como en otros términos la entiende Mercedes García Arán: No debe imponer cambios al sancionado y debe evitar su desocialización. La resocialización se transforma, de un objetivo a lograr, en una barrera que no se puede cruzar; pasa de fin a límite de la pena.

Otros autores, dentro del principio de *prohibición de exceso*, reconocen el de Adecuación a fin de que en síntesis quiere decir que la pena debe ser “apta” para alcanzar los fines que la justifican, que no puede ser otro que el de prevención.

Por ejemplo, la experiencia acumulada en la práctica social de la privación de libertad ha llevado a varios autores a afirmar que las penas privativas de libertad superiores a quince años no sólo impiden o entorpecen el fin preventivo de la pena, sino que, esencialmente, producen un efecto absolutamente contrario a tal objetivo: Llevan al sancionado a la desocialización. En consecuencia, la privación de libertad en tal “medida” (o sea superior a quince años) no sólo es: “inútil” “inhumana”, “irresocializadora” e “inadecuada a fin”, sino, aún más, resulta contraria al fin preventivo del Derecho. En ese caso, el sistema penal podría ser rápido y certero, sin embargo por la medida en que se emplea la pena, no se alcanzaría el fin preventivo que pretende. Subsiguientemente la prevención no resulta sólo de la pena pronta y certera sino además proporcional; la rapidez y la certeza validan el Derecho, pero aún no determinan el carácter o la posibilidad preventivos, a ella se llega si además la pena es proporcional.

En el caso de la multa sucede algo parecido, en el sistema de días-cuotas el número de cuotas ha de corresponderse con el hecho, pero el monto de cada una de ellas ha de tomar en cuenta la “situación económica del sancionado”, cuando por el monto de las cuotas se afecta la economía del sancionado en tal magnitud que le obligan a restricciones en su vida social o le lleva a cumplir la pena en prisión por no poder pagar, resulta, igualmente, una pena que en esa medida no

es apta a la prevención, pues en realidad la impide, la obstaculiza.

Consecuente con todo lo anterior, para determinar el contenido (el bien a restringir) de la pena y su medida, no sólo se debe tomar en cuenta el bien jurídico dañado en el delito, la participación subjetiva del sujeto en el hecho aislado, sino, además la prevención como un objetivo del Derecho que requiere de una pena “apta” a tal propósito, pues no cualquier bien a restringir ni en cualquier medida o monto es “apto” para alcanzar la prevención por el sistema penal. En otras palabras, la celeridad y la certezas son problemas fundamentalmente del todo: El Derecho penal, en cuyo propósito contribuye o participa la pena siendo proporcional; un Derecho penal ágil y certero pero desproporcional difícilmente alcance la prevención pues, justamente, la desproporción en sus penas se lo impide, por otra parte, un castigo puede ser todo lo proporcional que se requiera, pero, si no es impuesto por el sistema penal al que pertenece de manera pronta y certera trascenderá a la conciencia social más como violencia o coerción que como la sanción de ese sistema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvira Martín, F. (1984). *El efecto disuasor de la pena. Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, VII: 11-24, 1984
- Bonesana, Cesare (1991). *De los delitos y las penas*. S.P.: Del diario.
- Carbonell Mateu, J.C. (1996). *Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales*. España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Carrara, F. (1889). *Programa del curso de Derecho Criminal (Tomo I y II)*. / Costa Rica: Tipografía Nacional.
- Cobo Del Rosal, M. (1984). *Derecho Penal. Parte General*. España: Universidad de Valencia.
- Engels F. (1977). *Anti Dühring*. Cuba: Pueblo y educación.

- _____ (1974). *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*. S.P.: Progreso.
- Fabelo Corso, J.R. (1989). *Práctica conocimiento y valoración*. Cuba: Ciencias Sociales.
- Fernández Bulté, J. (1997). *Filosofía del Derecho*. Cuba: Felix Varela.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teorías del Garantismo Penal*. España: Trotta.
- García Arán, M. (1995). *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. España: Aranzadi.
- García Ramírez, S. (2003). "Consecuencias del delito: Los substitutivos de la prisión y la reparación del daño boletín mexicano de Derecho Comparado". Nueva serie, Año XXXVI, Núm. 107, Mayo-Agosto 2003. En línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91>
- González, R.L. (s.f.). "El concepto material de pena en la dogmática y en la Política Criminal". En línea: <http://www.unne.edu.ar/cyt/2001/1-Sociales/S-039.pdf>
- Hegel, G.W.F. (1985). *Filosofía del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.
- Jescheck, H.H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. España: Comares.
- Kant, I. (1994). *La metafísica de las costumbres*. España: Tecnos.
- Karayev, T. E. (1988). *La reincidencia en el delito*. Cuba: Ciencia Sociales.
- Kopnin, P. V. (s.f.). *Lógica dialéctica*. Cuba: Imprenta Universitaria Andre Voisin.
- Lenin V. I. (1960). *El Estado y la revolución*. Rusia: Progreso.
- Lenin V. I. (1986). *Golpea duro, pero no mates. (Obras completas)* Rusia: Progreso.
- Mezger, E. (1933). *Tratado de Derecho Penal (Tomo II)*. España: Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal. Parte general*. España: S.E.
- _____ (1994). *Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. España: Ariel.
- Muñoz Conde, F. (1993). *Derecho Penal. Parte general* España: Tirant lo Blanch.
- Pavarini, M. (1983). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI.
- Pérez Manzano, M. (1986). *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. / España: Universidad Autónoma de Madrid.
- Quirós Pérez, R. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Cuba: Felix Varela.
- _____ (1985). *El pensamiento jurídico-penal burgués: Exposición y crítica. Revista jurídica*, núm. 8 año III, julio-septiembre.
- Ramírez Delgado, J.M. (1995). *Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. México: Porrúa.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. España: Civitas.
- Shishkin, A. F. (1966). *Ética Marxista*. México: Grijalbo.
- Von Litz, F. (1929). *Tratado de Derecho Penal*. España: Reus.
- Welzel, Hans (1993). *Derecho Penal Alemán*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E.R. (s.f.). "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión". En línea: <http://www.carlosparma.com.ar/penazaffa.htm>

_____ (2002). “Culpabilidad por la vulnerabilidad”. Discurso en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado. Italia: Universidad de Macerata. En línea: <http://www.carloparma.com.ar/zaffamacerata.htm>

_____ (1989). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*. Argentina: Ediar.

LA PENA DE MUERTE

Eduardo López Betancourt

Universidad Nacional Autónoma
de México
elb@servidor.unam.mx
México

RESUMEN

La pena de muerte debe aplicarse debido a múltiples ventajas, argumentos que los abolicionistas se han esmerado en pasar por alto. Es urgente llevar a cabo esta sanción ya que los entes cancerígenos de la sociedad deben ser erradicados para que los problemas sociales no se sigan expandiendo. Sin embargo, esta pena debe aplicarse bajo ciertos criterios, es decir en casos extremos y siempre y cuando las autoridades y órganos policíacos hayan desaparecido. La pena de muerte representa el más elemental derecho de legítima defensa social.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Justicia restaurativa, A favor de la pena de muerte, Seguridad pública.

La pena de muerte, tema polémico, donde aparentemente se ha impuesto el criterio abolicionista, basado en un supuesto respeto a los derechos humanos, lo que, en la práctica, ha producido confusión e impunidad en beneficio de los peores criminales, nauseabundos sujetos que sistemáticamente desprecian la vida de sus semejantes. Los abolicionistas olvidan irresponsablemente los derechos de quienes han sido lacerados, mutilados, traumatizados, y peor aún, a los deudos que han padecido en manos de antropoides, la pérdida irreparable de sus seres queridos.

De antemano estoy cierto, las voces frívolas de juristas aterciopelados se imponen, sin reparar ante la relevancia que la misma ha tenido a través de toda la historia de la humanidad; los abolicionistas se rasgan las vestiduras aduciendo violaciones, abusos y barbarie, ignorando la cruel actitud del delincuente, quien intencionalmente arrebató la vida de su prójimo.

Para quien secuestra y no asesina, está perfectamente justificada la cadena perpetua; empero para quien mutila, mata a mansalva o comete actos de alta criminalidad, la pena debe estar acorde al daño causado, sólo así habrá equidad y plena justicia. Es aquí donde se impone de manera absoluta la PENA DE MUERTE, esto es, erradicar de la sociedad a los entes cancerígenos.

Un argumento baladí e irresponsable de los abolicionistas, es que la pena de muerte no logra disuadir la comisión de ilícitos, pecan de audaces al aseverar que dicha práctica sólo incrementa los hechos delictivos; ¿de dónde han encontrado esta información? ¡Vaya modo de tomarle el pelo a crédulos

o voluntades manipuladas! Aún en ese caso, lo cual, no se ha comprobado, insisto, fehacientemente, aplicar la pena de muerte a quien asesina, es un acto extremo, pero no por ello injusto.

La también llamada pena capital, encaja perfectamente en la definición más estricta de lo que es la sanción, esto es, la retribución del mal, hecho en su justo peso y medida.

A favor de la pena de muerte hay sinnúmero de razonamientos sólidos, solo por citar algunos:

1. Establece el medio eficaz, para garantizar la defensa social contra torvos criminales, quienes reclaman ser marginados y expulsados de una sociedad, como cuando se extrae un tumor pérfido del cuerpo humano.
2. Mentes privilegiadas han defendido la aplicación de la pena de muerte, destacan: Sócrates, Platón, Rousseau, Emmanuel Kant, Garófalo, San Agustín, Santo Tomas de Aquino, Lombroso, Hegel, Manzini, Cuello Calón, Edmundo Mezger y recientemente Juan Pablo II, quien en su Encíclica *Evangelio de la Vida*, menciona es factible aplicar la pena de muerte "en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo".
3. La pena de muerte resulta ineludible por ser un reclamo social; si los legisladores están prestos a respetar a sus mandantes, deben proceder con responsabilidad, de lo contrario, estarán siendo falsos representantes populares. La sociedad no busca explicaciones teóricas, sino respuestas concretas de quienes dirigen sus destinos.
4. El Estado está obligado a defender a la sociedad de energúmenos perversos que causan la muerte, o bien, de quienes producen efectos traumáticos irreversibles en sus infortunadas víctimas. La autoridad tiene el deber y el derecho de promover, conservar y restaurar el orden público; cuenta con el poder necesario para tal fin, por lo tanto, la aplicación de la pena de muerte debe ser ajena a posiciones viscerales, discusiones bizantinas, prejuicios, posturas demagógicas y oportunismos políticos.
5. La pena de muerte es expiatoria para quien la sufre, digna para el legislador que la formula, y correcta para el juez que la aplica; empero los legisladores no deben aprobar la pena capital, insisto, sin la autorización del pueblo, por lo cual, debe considerarse seriamente la realización de un referéndum, o por lo menos una consulta seria, donde la opinión pública sea debidamente valorada y respetada.
6. Cuando alguien niega el valor de la vida a otra persona, no puede bajo ningún concepto solicitar se respete la propia, ello sin desconocer los derechos intrínsecos del criminal; entre los cuáles, no se encuentra el permiso para que termine con la vida de sus congéneres. Lo cierto es, se debe proteger fundamentalmente al sujeto pasivo del delito.
7. La tesis abolicionista de que la pena de muerte es tortura, implica una postura oportunista, son simples planteamientos que no tienen nada en común, sólo la argucia de generar confusión.
8. Repudiar la pena de muerte como principio, nos llevará al extremo de impedir la legítima defensa, el estado de necesidad y otras relevantes causas de justificación. Matar no es grato, pero cuando se presenta la necesidad de salvar bienes de mayor jerarquía, no debe existir ninguna duda; el bienestar y la existencia colectiva constituyen un bien superior, por encima, aún de la vida de ruines energúmenos sociales.
9. En México pasamos por una época crítica de nula credibilidad, avasallada por la violencia y el crimen, con la subversión absoluta de valores, y en este drama las únicas voces que no han tenido cabida, son las de personas que han sido mutiladas, violadas o marcadas de por vida, así como las de los deudos, familiares conformados por padres, hermanos e hijos, que han perdido a un ser querido en manos de siniestros personajes, que todos sabemos, cuentan

con la COMPLICIDAD de jueces y agentes del Ministerio Público; quienes al actuar en forma venal, exoneran a peligrosos delincuentes y, despiadadamente les devuelven la libertad para continuar su carrera criminal. Al saber el maleante que puede cometer crímenes sin recibir castigo, y privar de la vida sin que la suya sea segada, incrementa la impunidad y por ende la delincuencia.

10. Especialistas que han estudiado la peligrosidad social de ciertos reos, arguyen con razón, que su agresividad hace imposible cualquier tipo de regeneración, aunado al hecho del elevado costo que representa para el erario público y por lo tanto, para la sociedad, mantenerlos sin posibilidad alguna de rehabilitación, derivando en una pesada carga económica sin beneficio para nadie, perdiéndose también la posibilidad de emplear dichos recursos en actividades preventivas de la delincuencia.
11. Quiérase o no, con la implementación de la pena de muerte, se pretende evitar la comisión de futuros ilícitos, dado su carácter de máxima sanción posee un fuerte elemento intimidatorio, es un arma decisiva y valiosa en la lucha contra la desmesurada criminalidad que nos agobia.
12. La imposición de la pena capital en países como Singapur, China y Japón ostenta un índice favorable, ha tenido un alto sentido constructivo, logrando armonía social, notable tranquilidad y por consiguiente, disminución en la criminalidad. Particularmente China y Japón, no sólo son dos potencias económicas dentro del sistema mundial actual, sino dos naciones herederas de una tradición cultural milenaria, con fuertes rasgos de cohesión social y respeto a los valores colectivos.
13. Es importante considerar el aspecto cuantitativo, podemos ver que de los 7 mil millones de seres humanos que habitamos este planeta, la mayoría vive en sociedades donde se aplica la pena de muerte; por ejemplo en China, donde habitan 1,350 millones de personas, no se puede concebir tranquilidad alguna, sino es mediante la imposición de la pena

de muerte. Cabe destacar, los crímenes más atroces se cometen en naciones que no aplican la pena de muerte, como recientemente aconteció en Austria, o para no ir tan lejos, en México, donde la decapitación y amputación de los dedos o de otros miembros del cuerpo, son actos habituales.

En relación con la pena de muerte, los juristas, más que mantener una actitud recalitrante y opositora, debemos propiciar el diálogo para analizarla objetivamente, presentar un análisis crítico que motive el estudio y la meditación de un tópico tan longevo, apasionante y debatido, pero insisto, sin duda eficaz.

La pena de muerte es imprescindible, empero más aún lo es la apremiante mejoría en la procuración y administración de justicia. Definitivamente el ente que secuestra priva de la vida o viola, tiene un gran cómplice: el mandatario, el gobernante; ese hombre rodeado de escoltas y servicios personales de protección, quien carente de sentimientos, nombra juez al más inepto e inmoral, designa procurador a su amigo, al incondicional, y como jefe policíaco a quien le reditúe pingües ganancias. En el ámbito federal y local, es obvia e innegable la corresponsabilidad penal del gobernante, quien actúa bajo una clara culpabilidad por omisión.

Es evidente que el grado de procuración de justicia, es patético en todo el país, por ello en tanto tengamos impartidores de justicia inmorales y procuradores incapaces, el crimen se irá fortaleciendo; por ende, poner en manos de tales sujetos la aplicación de la pena de muerte, sería un error garrafal.

Nuestro actual drama es que no hay respeto por la ley, vivimos en plena anarquía y nos gobernamos por gritos y sombrerazos. En resumen, antes de la pena capital, se hacen indispensables, buenos jueces, confiables procuradores y policía honesta, todo ello dentro de un marco legal, en el cual se margine la hiperinflación legislativa, la complejidad, el abuso y donde la independencia de las procuradurías y de los jueces, constituya un renglón de previo y especial pronunciamiento.

La pena de muerte constituye una legítima defensa social, es como cuando un particular posee en su domicilio un revólver; con responsabilidad lo mantiene bajo resguardo, procura que no esté al alcance de los menores; empero ¿creen ustedes, que a ese individuo le temblará la mano para defender la integridad de su familia, al tener que usar el arma contra el malhechor que violente su domicilio con intenciones delictuosas? A imagen y semejanza, la pena de muerte debe incorporarse en nuestra legislación, considerando utilizarla sólo en situaciones muy especiales, esencialmente, para garantizar la vida de los miembros de la sociedad.

Cabe aquí preguntarles a los abolicionistas, si su fariseísmo tendría lugar, cuando fueran ellos mismos o sus familias, las víctimas de los terribles atentados que merecen un riguroso castigo, ¿se mantendrían fieles a la indulgencia que ahora exigen? ¿continuarían abogando por la vida a los delincuentes?

Los abolicionistas cuentan con innumerables instituciones que apoyan su ideología, verbigracia, la Organización de las Naciones Unidas o Amnistía Internacional. No obstante, es conocido que la ONU, pese a sus eufemísticos dictámenes respecto a la pena capital, no ha vacilado en mantener tropas y enviar soldados a territorios en conflicto, para ultimar seres inocentes, ello es peor que la pena capital.

Termino señalando que la pena de muerte va de la mano con la historia de la humanidad, es indudable, enciende pasiones, sin embargo, implica una gran responsabilidad social; el desenfrenado incremento de la criminalidad hace más significativa y perentoria su aplicación y únicamente podrá proscribirse, cuando en la sociedad no se perpetren crímenes atroces que laceren el bien de bienes: la vida.

En síntesis, la pena capital sólo podrá aplicarse en casos extremos, cuando no exista otro recurso viable, teniendo como finalidad, primero, cubrir en su justa dimensión el daño causado, segundo, convertirse en escarmiento indispensable para quienes cometen delitos incalificables de grave impacto social, que motivan la consternación y repulsa general. La pena de muerte estará reservada preferentemente, para individuos que asesinan con todas las agravantes que establece la legislación penal: traición, alevosía, ventaja y premeditación, sin olvidar tal vez, otras conductas deplorables.

Nuestro corolario: no a la pena de muerte con aciagos e incompetentes jueces, malignos e infernales procuradores, ni corruptos órganos policíacos.

Sí, a la pena de muerte, como el más elemental derecho de legítima defensa social.

EL ACOSO SEXUAL INFANTIL A TRAVÉS DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

**Daniel Ernesto Peña
Labrin**

Instituto Iberoamericano de
Criminología Aplicada
oficinacist@yahoo.es
Perú

RESUMEN

El medio cibernético es un escenario idóneo para que se presenten diversas conductas criminógenas, aunque no necesariamente delictivas. El acoso sexual infantil es un ejemplo, ya que aprovecha el anonimato de la red para lograr ciertas conductas. La legislación tiene como reto avanzar de tal manera que la sociedad se sienta resguardada.

PALABRAS CLAVE: Criminalidad, Factores criminógenos, Medios de comunicación, Internet, Ley penal.

ASPECTOS GENERALES

La coyuntura social que vive la humanidad, con motivo del aceleramiento de la globalización, resultado de los avances hechos en el siglo pasado en innumerables sectores, especialmente en las comunicaciones e informática, se han fundido en el espacio y tiempo, teniendo aspectos positivos y negativos, repercutiendo en diversas parcelas del conocimiento y por su dinámica es irreversible. El cambio social y el progreso consiguen eliminar determinadas formas de delincuencia, sin embargo, inefablemente se reproducen otras nuevas, verbigracia: si cuestionamos hoy en día a nuestros niños y adolescentes, sobre si han recibido alguna vez una propuesta sexual por internet con un desconocido, la respuesta sería sin duda abrumadora.

En tal sentido, corresponde a los analistas identificar sus consecuencias y así, los actores sociales, puedan obtener los mayores beneficios de ella y evitar las perniciosas que vulneran los bienes jurídicos de la sociedad en su conjunto.

Po lo tanto, en la aldea global, todos los ciudadanos de una u otra forma encuentran su accionar habitual vinculado a la informática. Ergo, el uso de las computadoras y su interconexión ha dado lugar a un fenómeno de nuevas dimensiones: el delito fomentado mediante el uso del computador, hablándose hoy en día de la *ius cibernética*.

Asimismo, la web se ha convertido en una herramienta imprescindible en la humanidad. Gracias a la red de redes, podemos recibir y enviar desde nuestro domicilio o despacho jurídico todo tipo de información y en casi cualquier modalidad de formato y comunicarnos con personas de todo el globo terráqueo (Interpol, 2010). El salto tecnológico que hemos sufrido en los últimos decenios ha sido gracias a la informática en general y a Internet en particular, llanamente

rimbombante. Hemos pasado de tener como herramientas habituales de comunicación hace unos pocos años el teléfono, el fax, la radio, la prensa y la televisión, a penetrar inexorablemente en la informática, que se ha apropiado de casi todo lo que nos rodea y que está sustituyendo a los medios tradicionales en nuestras comunicaciones de la vida cotidiana (Blossiers, 2003, p. 6).

Si bien no existe aún una medida exacta de la importancia de estas transgresiones sexuales a través del internet, es probable que su incidencia se haya acentuado con la expansión del uso de computadoras y redes telemáticas. Los tipos penales tradicionales resultan hoy fragmentarios para encuadrar las nuevas formas delictivas en el ámbito sexual informático.

Debemos resaltar que los patrones de atención han cambiado y los peligros a los que los niños y adolescentes están expuestos, sin embargo, no han variado, al mismo tiempo, los paradigmas de cuidado de las familias y las escuelas. (Tavares, 2011, p.12).

Este grupo etario se ha tornado vulnerable en su propio hogar. Los adultos debemos tomar conciencia que Internet es “salir al mundo” y abre la posibilidad de tener contacto con desconocidos, aún en la “seguridad” del hogar, ciber cafés o locales de videojuegos: espacio compartido por adultos y niños, se han constituido en otro lugar en el que los depredadores sexuales informáticos, captan a sus víctimas. Lamentablemente estos son considerados por las familias como lugar de juego, o usados, a menudo, como “guarderías” por los padres. (ONG Paicabi, 2005).

El acoso sexual infantil o *grooming* a través de la web, es un escenario que se ha propagado rápidamente entre nosotros y que es materia de estudio de la sociología jurídico/penal. La irrupción de las nuevas tecnologías y el acceso masivo a la red de redes, han permitido la proliferación de conductas tendientes a contactar a menores de edad para involucrarlos en situaciones que atentan contra su indemnidad sexual.

Sin embargo, Torres (2009, p.4) agrega:

Se ha reaccionado frente a este nuevo peligro con demandas de mayor control y regulación para prevenir su proliferación. La intervención del Derecho Penal en este ámbito ha sido una de las principales herramientas que ha echado mano la comunidad internacional, tipificando las conductas que encierran esta práctica.

En suma, estamos hablando de lo que mi extinto maestro Blossiers (2010, p.13) denominaba: “Criminalidad globalizada”, que es en definitiva la criminalidad en el mundo globalizado, o sea la criminalidad tal como se presenta en nuestros días y como se proyecta hacia el futuro más próximo. En nuestro país no existe el tipo penal submateria, vale decir a esta nueva forma de abuso sexual virtual, contándose con numerosos casos que presentan estas características y que son denunciados por la prensa a diario. De allí que resulta impostergable que el legislador nacional proponga bríos legislativos que busquen proponer una eficaz regulación jurídico-penal al respecto (Peña, 2009, p. 118).

Por otra parte, en el panorama internacional, varios países ya han dado respuesta a esta problemática elevando los actos que la componen al estatus de delito. Esta iniciativa político criminal no está fuera de controversias en la doctrina, especialmente en lo que refiere a la legitimación de adelantar la intervención penal y la consecuente creación de nuevos tipos de peligro. No obstante, lo anterior, la elevada necesidad de protección de los bienes jurídicos involucrados, junto con la obligación de dar un efectivo cumplimiento a los compromisos internacionales comprometidos por los Estados, han predominado en la idea de criminalizar dichas conductas como delitos independientes.

Nuestro ensayo aspira a explorar, desde una perspectiva criminológica, el abanico de elementos que integran esta nueva realidad pluricausalista y multifactorial, analizando si ellos se encuentran amparados jurídicamente y de qué manera debería considerarse en nuestro ordenamiento punitivo. Asimismo, se intentará una aproximación a la regulación que

han efectuado las legislaciones comparadas en la materia, particularmente, con relación a la flamante reforma al Código Penal Ibérico, permitiendo ponderar el horizonte nacional e internacional y el contexto en el cual deben influir propuestas de reforma a los “Delitos contra la libertad” (Título. IV del Libro II), en el Capítulo IX denominado “Delitos de Violación de la Libertad Sexual” de Código Penal patrio.

No obstante, la desmitificación de las psicopatológicas sexuales y el aumento de la pobreza son identificados como los principales factores que explican la profundización de este delito. Hoy en día, las cámaras digitales y los videos grabadoras son cada vez más accesibles para cualquier sujeto. Empero, a medida que sigan bajando sus costos, las conexiones de banda ancha se multiplicarán propiciando su mejor aprovechamiento, por parte de la ciber delincuencia (Peña, 2011, p.112).

Ante esto, señala Tiedemann (2011, p. 267): “que la tarea del Derecho no es la de quedarse atado a viejas categorías teóricas que nada sirven sino más bien de adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección a la sociedad”. Es por ello por lo que el Derecho Penal Sexual debe revisarse y encuadrarse en estas situaciones que protejan a las personas y no esconderse en vacíos legales que no nos benefician absolutamente.

En tanto, el catálogo penal, debe resguardar los intereses de la sociedad en general, evitando manipulaciones computarizadas antisociales frecuentes o no, por ejemplo; hoy en día innumerables personas de toda edad cuelgan imágenes sugerentes a las redes sociales, como parte de la interactividad informática de nuestros tiempos, pero ignoran que a diario otros sujetos están dedicados a ingresar en sus cuentas copiar sus fotos y videos, para luego ser incluidos en páginas de contenido sexual para adultos, haciendo difícil su detección de estos ilícitos, aprovechándose de la impunidad, en este novísima clase de delitos.

REALIDAD LEGISLATIVA

Recordemos que el vigente Código Penal nacional aprobado mediante D. Leg N° 635 publicado el 8 de abril de 1991; vale decir hace

más de veinte años, debemos reconocer que nuestra realidad punitiva ha cambiado hasta el punto que podemos considerar el adjetivo “mutación del delito”, para puntualizar y resaltar la incidencia delictiva en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Nuestro el legislador nacional no ha incluido en el catálogo punitivo el delito de acoso sexual infantil a través de la web, como figura típica, antijurídica y culpable. Los tipos penales tradicionales resultan anquilosados ya que cuando se redactó el actual Código Penal de 1991, el legislador peruano no tomó en cuenta el derecho Penal Sexual/ Informático. En consecuencia si analizamos el cuadro de delitos sexuales, notaremos vacíos claramente definidos en la realidad, razón que a través del abuso de la informática se puede conculcar la inocencia del sector más débil de la sociedad como los es la niñez y adolescencia.

Sin embargo, la pornografía infantil, difundida depredadoramente en nuestros días, donde los “pedófilos *online*”, utilizan ese medio para saciar sus anómalos apetitos y perversiones sexuales, aflorando y poniendo en evidencia las psicopatologías sexuales, en donde un adulto se hace pasar por un niño y *chatea* con un menor. Intercambian información, fotos y videos. Inicia el chantaje. La víctima se sumerge en un remolino del que no podrá salir incólume sin socorro, existiendo hoy en día una inusitada demanda de un sinnúmero de personas que se conectan a la web incluyendo: *email*, audio, *chat*, *messenger* y video, aflorando una variedad de parafilias sexuales graves (Guzmán, 2005, p. 57).

Como notamos, nuestro Código Penal no tipifica el acoso sexual infantil a través de la web, pese a su múltiple incidencia en el ciber espacio, violentando la inocencia de sin número de niños y adolescentes que aún no gozan de amparo penal. De otro lado, hoy en día, cualquier bien jurídico podría ser vulnerado por el medio informático y sus flamantes manifestaciones: destacando en un lugar privilegiado los atentados contra el pudor de menores y los consecuentes delitos sexuales, los mismos que son contactados

inicialmente por el internet y el anonimato que este medio les proporciona son ingredientes que superan la técnica jurídica, a la cual el Estado dentro de sus facultades legislativas debe responder ante los clamores de incontables víctimas que son atraídos por medios informáticos y que se refugian en el principio de legalidad recordemos que el delito como base de la noción de contrato, no es más que su ruptura, vale decir, la infracción a la legalidad. En consecuencia, el delito resulta, pues, un concepto de estricto carácter convencional, jurídico, y, por tanto, en la clásica fórmula de Anselm Feuerbach, sólo es delito aquello que es así definido por ley: *Nulla crimen sine lege* (Bombini, 2010, p. 5).

PROBLEMÁTICA CRIMINAL

No obstante, de lo abordado hasta aquí, sobre el acoso sexual infantil a través de la web, vemos que los tipos penales de la sistemática del código sustantivo nacional, son laxos, esquivando el drama de miles de víctimas, no habiéndose hasta la fecha trabajado ninguna clasificación criminal ilustrativa sobre dicha temática, favoreciéndose con este hecho los pedófilos de la web que navegan con desenfreno en el internet, y unido a ello los organismos encargados del control formal de la criminalidad no cuentan con cifras de *criminometría*, que ilustren la magnitud de los referidos fenómenos sociales, y muy por el contrario se ven favorecidos por las lagunas legales, perfeccionándose en aquel medio para saciar sus anómalos apetitos, aflorando y poniendo en evidencia sus trastornos de personalidad, seduciendo a impúberes con el móvil de ultrajar su indemnidad sexual.

Recordemos, que en el campo de los delitos sexuales añade Ripolles (1985, p. 100):

El concepto de libertad sexual tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo, en el primero, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en lo social. En segundo término, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse sin su consentimiento en un contexto sexual.

En el caso submateria, el victimario aprovechándose de la inocencia del púber, lo contacta mediante sistemas informáticos, cautivándolo y posteriormente agota su comportamiento con la violación del menor; en tal sentido la descripción del tipo penal que analizamos, constituiría una herramienta coherente y sistemática, de las conductas criminales que esta actividad involucra. Empero, aquí ocurre una situación habitual y *sui géneris*, a menudo es la propia víctima la que busca al victimario a través del *chat* en el Internet (Peña, 2009, p. 112). Es por ello, sin duda alguna, que ha llegado el momento que la reacción punitiva del Derecho Penal responda a la realidad criminógena que la post modernidad demanda, y de esta forma, rompa su moldura rígida anacrónica y evolucione conjuntamente con el desarrollo del conocimiento científico, permitiendo así la real protección de bienes jurídicos, ya que al parecer, se está quedando lisiado en la materia de los novísimos delitos sexuales/informáticos.

EL DELITO DE ACOSO SEXUAL INFANTIL A TRAVÉS DE LA WEB

La expresión *child grooming* nos es una terminología recogida en nuestro ordenamiento jurídico peruano, sino que, se trata de una expresión que describe principalmente un nuevo fenómeno criminógeno. Por lo tanto, su enunciación apunta capitalmente al conjunto de acciones desplegadas por un adulto, para tomar contacto con un niño, a través de cualquier medio electrónico con el objeto de iniciar una relación con él, ganarse su confianza y en definitiva determinarlo a involucrarse en situaciones de connotación sexual (Inostroza y Maffioletti, 2008, p. 219).

No se trataría de criminalizar el mero acercamiento, puesto que los contactos son frecuentes a través de las nuevas tecnologías, sino que la intencionalidad del presunto pedófilo debe quedar clara a través de sus actos, verbigracia: sería el de la conducta de un mayor de edad que entrase en un "*chat*" frecuentado por menores, para contactar con un menor con quien iniciase un contacto habitual y estableciendo una serie de lazos

emocionales para ganarse la confianza de dicho menor y finalmente conseguir, bien un encuentro físico en el que se materialicen actos sexuales, bien un encuentro “virtual” por el que el menor resulte agredido o expuesto carnalmente (Rodríguez, 2010, p. 6).

Sin embargo, las conductas realizadas por estos adultos, en sí mismas, son atípicas y, mientras no rebasen los términos de cualquiera de los delitos que resguardan la libertad sexual, no son punibles. Su naturaleza, más bien, se afecta con actos preparatorios para la comisión de alguno de los tipos penales ya consagrados en nuestro ordenamiento penal sexual, no existiendo entonces, como una figura propiamente autónoma. Aclarado lo anterior, en el sentido que, como tal, no existe en nuestro derecho positivo, ninguna figura penal que regule estas conductas como un delito independiente, conviene entonces centrarse en la naturaleza de estas acciones, que como rotulamos, constituyen verdaderos medios de aproximación para la comisión de conductas que integran la protección punitiva frente a cualquier vulneración del espectro sexual de menores de edad, contenidos en el Código Penal.

Torres (2008, p. 3) añade:

La regulación de los actos preparatorios en el Derecho Penal no es pacífica, en el sentido de si deben o no, ser castigados. Sin embargo, en el panorama internacional, en atención a la función de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal, se ha impuesto la idea de elevar los actos preparatorios a la categoría de delito.

Este es el caso de la reforma del Código Penal Peninsular que en el acápite siguiente analizaremos.

En suma, el acoso sexual infantil a través de la web, deberá ser englobado dentro de los denominados delitos computacionales, pues supone la instrumentalización que ejerce el sujeto activo, para aproximarse a su posible víctima, con el *animus* de victimizarlo sexualmente. Dicha temática tiene estrecha vinculación con una de las cuestiones más preocupantes suscitadas a través del internet,

como lo es la impudicia. Aún cuando, no existen lamentablemente estudios jurídico-sociológicos sobre la materia en exégesis. Se estimaba que el 15% del material existente en Internet es de contenido erótico, pornográfico y/o intolerable y ello debido a que la pornografía, especialmente la infantil, es un negocio provechoso que produce alrededor de ocho a diez billones de dólares al año, siendo considerada la tercera más grande actividad de la criminalidad organizada, después del tráfico ilícito de drogas y las apuestas (Zabale y Beltramonte, 2003, p. 48).

Empero, Silva (2001, p. 5) añade que la propensión a mejorar la tutela punitiva, cualidad angular del llamado fenómeno de la expansión, se puede instaurar positivamente, especialmente, a través de dos perspectivas: por una parte la situación del *iter criminis* (delitos preparatorios y tentativas de participación) y de otro lado, el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto), enlazados intrínsecamente, así entonces, los delitos de *iter criminis* constituirán una cualidad de delitos de peligro, mientras que los delitos de peligro irrumpirán habitualmente una visión en el proceso delictivo (Cury, 2005, p. 561).

Ergo, la ausencia de un marco normativo específico para internet impide el castigo punitivo de todas las actividades ilícitas que pueden concretarse a través de medios informáticos. Sin embargo, se tiene una lectura errada sobre la incidencia de estas conductas antisociales al pensar que como somos un país en vías de desarrollo, no tenemos altos índices de esta moderna actividad delictiva, situación que colisiona con las noticias de tinta roja que se difunden a diario en los diferentes medios de comunicación, sobre la perpetración de una infinidad de delitos sexuales y su incidencia con las tecnologías de información y comunicación (Peña, 2009, p.118).

No perdamos de vista, que la óptica del Derecho Penal con relación a estos mecanismos es controversial y fuertemente discutida. Y su aplicación no puede estar a la deriva de los principios y restricciones de la vigilancia punible.

En efecto, destaca Torres (2009, p. 4):

Frente a la constatación de la creciente introducción de tipos penales que tipifican actos preparatorios, la frontera de legitimidad se concluye, en primera línea, de principios constitucionales, de los cuáles se desprende que el objeto de protección de estos tipos penales sólo puede ser un bien jurídico concreto, con un contenido estrechamente limitado.

De esta manera, sólo la punición de conductas realmente peligrosas, vale decir, con un *animus* de vulnerar bienes jurídicos, concuerdan sistemáticamente con el principio de proporcionalidad, contemplado en el artículo VIII, del título preliminar del código sustantivo nacional.

EL NUEVO TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 183 DEL CÓDIGO PENAL IBÉRICO

El novísimo artículo 183 del Código Penal Español, nos ilustra sobre la redacción del tipo penal en referencia y en tal sentido dispone:

El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En amparo de la Decisión 2004/68/JAI del Consejo de Europa, de 22 de diciembre de 2003, destinada a enfrentar la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

En suma, avizoramos en su tipo objetivo ciertos aspectos. Primeramente, la elevación al estatus de delito a un conjunto de acciones no típicas que se hallan orientadas a consumir

cierto delito involucrado en la indemnidad sexual de menores de edad.

Empero, se exalta que estas conductas se ejecuten a través de cualquier medio electrónico, y el sujeto activo debe realizar la proposición destinada a concretar un encuentro con un *animus sexual*. Sin embargo, para que se entienda cometido el tipo penal específica que existan además del mero contacto “actos materiales encaminados al acercamiento” (Rodríguez, 2009, p. 2).

Aquí surge la vacilación de si en este último caso (actos materiales) concordarían con algún acto ejecutivo (principio de ejecución) de alguno de las descripciones típicas ya efectivas en materia de protección de la indemnidad sexual y libre desarrollo de la personalidad de los menores involucrados en el derecho español. En el evento que así fuese, estaríamos frente a la figura del concurso de la ley penal en tiempo, y la controversia se zanjará de acuerdo con las fórmulas generales dispuestas por el derecho penal sustancial.

Y en cuanto al tipo subjetivo, surgen algunas incógnitas en atención a la naturaleza que presenta la vigente premisa: “a fin de cometer cualquiera de los delitos...”, donde no queda del todo claro si se está aludiendo al dolo o algún otro elemento subjetivo distinto de éste. Se entiende que tal requerimiento, en relación a la estructura del tipo, (*dolo de grooming*) el cual debe abarcar todo el perfil objetivo descrito originalmente. Vale decir, se exige el conocimiento acerca que los actos ejecutados estén encauzados a disponer la realización de cualquier conducta, que, desplegada en el futuro, envuelva a un menor de edad en una situación sexual prohibida por cualquiera de los tipos penales contenidos en los artículos 178 a 183 y 189 del CP español.

REFLEXIONES FINALES

Todavía queda largo camino por recorrer para lograr una legislación equivalente en todas las jurisdicciones contra el abuso sexual virtual de los niños y adolescentes. Las discrepancias pueden causar dificultades para las investigaciones tanto a nivel nacional como internacional y, aunque la tipificación

penal de estas actividades es esencial, la adecuada prestación debe hacerse en nuestro país incorporando una nueva legislación destinada a garantizar el éxito de los resultados de investigación punitiva, es por ello que exhortamos al consenso legislativo a que sea sensible a los cambios que las tecnologías de información y comunicación han aportado en la aparición de estas nuevas conductas delictivas.

Debemos recalcar, que para preservar los intereses sociales el Estado, éste debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal otorga, antes de acudir a éste, como última ratio, lo cual podrá determinarse sólo a través de una regulación previa a la penal que determine qué es lo debido y lo indebido en la red. (Ley N° 28119, 12/12/2003).

No obstante, tal como sostiene Mir Puig (1996, p. 189) “sólo cuando ningún mecanismo administrativo o civil sea suficiente, entonces estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad”. En consecuencia, las funciones del acceso y tránsito de la red y sistemas informáticos resultan ser las pautas sobre las que deberá construirse la regulación acorde a la realidad que el derecho exige, para ubicar, perseguir, enjuiciar y punir a los responsables de estos delitos, hasta ahora premunidos del cálido manto de la impunidad, y que la legislación nacional enlace sus limitados brazos naturales y las persecuciones se programen, ejecuten y consumen en colaboracionista forma supranacional, reflejando decisiones efectivas de intervenirlos.

Como hemos advertido a los largo de nuestro ensayo, quedan aún varios temas pendientes en nuestro Código Penal y del variopinto universo electrónico. Se deberá identificar y reconocer la necesidad impostergable de tipificar el delito de acoso sexual infantil a través de la web, como un problema criminógeno de esta segunda década del siglo XXI. Ello obligará al Estado a incluir su urgente adición al Código Penal y acercarlo más a la realidad concreta observable, gestando leyes que incorporen los nuevos delitos ya detectados. Hasta que ello ocurra para

la alta tecnología nacional e internacional será terreno fértil para cualquier ensueño delictivo de su realización, hoy en día basta con elaborar un programa, una PC conectada a Internet, un ratón y darle ferozmente al clic.

Por último, el tema no está agotado muy por el contrario lo que nos motivó abordar esta enmarañada problemática criminógena, son los innumerables vacíos legales argumentados ultra supra y con ello fomentar el debate multidisciplinario y polivalente, convocando a las instituciones de la sociedad civil y porque no decirlo a las autoridades y políticos a quienes les hemos encomendado la protección de nuestros derechos y libertades, los mismos que deben girar irrefutablemente sobre el egocentrismo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Debemos reconocer el amplio camino aún para lograr una legislación equivalente en todas las jurisdicciones contra el abuso sexual virtual de los niños y adolescentes. Las discrepancias pueden causar dificultades para las investigaciones tanto a nivel nacional como en el extranjero. Sin embargo, resulta impostergable su tipificación en nuestra legislación nacional penal y consecuentemente constituiría una herramienta legal eficiente para contrarrestar el aumento de la actividad delictiva a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

SEGUNDA: Ante tal situación, es natural la aparición de renovadas disposiciones penales en salvaguarda de los bienes jurídicos que urgen de protección. La sociedad debidamente organizada, a través de sus instituciones ilustres y los obligados a legislar, tiene la palabra para establecer propuestas técnicas que permitan su control y consecuente punición.

TERCERA: Como es reconocido, el vertiginoso adelanto informático permite agilizar el conocimiento y las comunicaciones, pero también es verdad que su imparable evolución ha permitido que emerjan conductas antisociales y delictivas que atentan contra

los méritos del adelanto científico, pensado y elaborado para dotar a la humanidad de lo necesario para su eficaz desarrollo y progreso.

CUARTA: Nuestro país y en las jurisdicciones en general, deben desarrollar y ejecutar programas que sensibilicen a los niños y adolescentes sobre la importancia del control de sus propias acciones electrónicas e informando a los adultos responsables de éstos, sobre sus posibles abusos y a las autoridades que ejercen el control social formal. Es ineluctable que se conciba la cooperación internacional, principalmente con los sectores privados y las organizaciones no gubernamentales. Asimismo, el Estado nacional, en el planeamiento de su política criminal incluya el tipo penal: **Acoso Sexual Infantil a través de la Web**, en la reforma a los **“Delitos contra la Libertad” (Título. IV del Libro II), en el Capítulo IX denominado “Delitos de Violación de la Libertad Sexual”** de Código Penal, entre sus prioridades de criminalización, y unido a ello facilite la prestación de adecuados recursos económicos y logísticos para su adecuada indagación punitiva local y nacional. Dado que el acceso a Internet continúa proliferándose velozmente, y el número de delincuentes a ser investigados por la ley está aumentando de manera exagerada, e incontenible.

QUINTA: Tenemos pleno conocimiento que en todas las sociedades existirá siempre un nivel determinado de delincuencia, así como las enfermedades y malformaciones son inevitables, en todos los tiempos siempre existirán hombres con deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático que hacen imposible su integración social y por eso terminan cometiendo actos delictivos. Esto no se podrá evitar nunca. Por ello es necesario que el Estado comience a reformular la ley penal a esta problemática, de allí que es su deber indelegable controlarlas y proteger a la capa más sensible de la sociedad: nuestros niños y adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blossiers Hüme, J.J. (2003). *Criminalidad Informática*. Perú: Portocarrero.

Bombini, G. (2010). *De la Criminología a la Sociología jurídico-Penal: Breve Recapitulación Epistemológica en torno a la “Cuestión Criminal”*. Perú: La Plata y Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata.

Cury, E. (2005) *Derecho Penal, Parte General*. Chile: Pontificia Universidad Católica.

Diez Ripolles, J.L. (1985). *El Derecho Penal ante el sexo*. España: Reus.

Guzman Belzu, E. (2005). *Comentarios al Código del Niño y Adolescente*. Perú: Rao.

Inostroza, F., Maffioletti, F. y Car, M. (2008). “¿Qué es el Grooming o Ciberacoso sexual a niños a través de Internet?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 35.

Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal – Parte General*. España: PPU.

Peña Labrín, DE. (2011). “Derecho global”. En: Ponencia del I Congreso de Derecho: Nuevas Tendencias del Derecho en el Estado Social. Barranquilla, Corporación Universitaria Americana, Barranquilla. Disponible en internet: <http://www.coruniamericana.edu.co/web2/index.php/en/programas-pregrado/barranquilla/derecho/congreso>

_____ (2011). “El nuevo derecho penal sexual/informático”. En: *Revista Pensamiento Penal* N° 118, Disponible en internet: www.pensamientopenal.com.ar/16022011/doctrina04.pdf Argentina.

_____ (2010). “Tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el Perú”. *Morelia, Revista Jurídica de la Universidad Latina de América*, Disponible en internet: <http://www.unla.edu.mx/iusunla37/reflexion/ARTICULO%20LOS%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20LIBERTAD%20SEXUAL%20EN%20EL%20PERU%202010.htm> México.

_____ (2009). “Delito de ordenador”. En: *Quito, Revista on line de Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas*

- y Sociales de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*. Disponible en internet: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=572&Itemid=34
- _____ (2009). *El Derecho Penal sexual y las nuevas tecnologías*. Perú: Gaceta jurídica.
- _____ (2009). *Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual. Violación de menor*. España: VLex.
- Rodríguez Tena, S. (2011). *Acoso Infantil a través de Internet*. En: *Revista Electrónica Legal-Today*. Disponible en internet: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/acoso-infantil-a-traves-de-internet> España.
- Silva Sánchez, J.M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. España: Civitas.
- Tiedemann, K. (2000). *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Perú: Idemsa.
- Torres González, L. (2009). “¿Existe el delito de Grooming o Cyber Acoso Sexual Infantil?: Una Aproximación desde la Óptica Jurídico-Penal (especial referencia al Proyecto de Ley que modifica el artículo 366 quáter del Código Penal)”. Disponible en internet: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/a-existe-delito-grooming-o-ciber-acoso-sexual-infantil/a-existe-delito-grooming-o-ciber-acoso-sexual-infantil.shtml> Chile: Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional.
- Zabale, E. y Beltramonte, G. (2003). “Pornografía, racismo e internet”. En: *Libro de Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*. España: S.E.
- Zaffaroni, R. (2010). En: Prólogo póstumo de la obra de: Blossiers Hüme, J.J. *Criminalidad Globalizada y sus efectos en el mundo*. Perú: Edimarff.

SÍNTESIS CURRICULAR

DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio

Doctor en Educación, Doctor en Derecho y Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres; Abogado y Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1979. Investigador científico certificado y autorizado por CONCYTEC-RENACYT en el Grupo María Rostworowsky-Nivel I.

Su producción bibliográfica en libros de Derecho y de Criminología es vasta, como por ejemplo, “Criminología y Política Criminológica” 2017; “Un momento con la Criminología” 2016; “Criminología: Enfoques multidisciplinarios” 2016; “Quince Minutos de Derechos Humanos” 2007; “Diez Minutos de Derecho Penal Militar”, 2007; en numerosas investigaciones, tales como, “La fractura de la política criminológica en la Constitución y la realidad nacional”; “Análisis de la decadencia del sistema penal: las modificaciones penales y el índice de criminalidad”; “Las causas criminógenas de la criminalidad femenina en el Perú”; en ensayos como “La importancia de la educación para los derechos humanos y el gobierno de los Estados”; “El Derecho Internacional Humanitario en el Proyecto de Reforma Constitucional”; y en artículos científicos como “Enfoque criminológico de la violencia de género e intrafamiliar ¿es eficaz la respuesta penal?”; “La negación de la finalidad del proceso penal por acción del neo punitivismo. El caso peruano”; “La prisión preventiva como expresión del simbolismo penal e instrumento del derecho penal del enemigo. La negación de la justicia penal garantista. Un enfoque desde la criminología y la política criminológica”; “La pena de muerte o la muerte de la pena: Análisis criminológico de la pena máxima”; “Una propuesta de reforma política para el mejor cumplimiento de los fines del Estado: El empleo de la criminología para el diseño de una política criminológica”; “La violación de los derechos humanos en la cárcel: Propuestas para reivindicar la dignidad humana del ciudadano interno penitenciario y promover el ejercicio de sus derechos”; “La conveniencia de establecer el sistema de jurado en la justicia penal de los países periféricos hispanoamericanos”; “Relaciones e implicancias del determinismo biológico, el pensamiento freudiano de psicología criminal y la nueva criminología”; “La herencia de la criminología clínica”; y “El lado poco conocido de la globalización en la grave afectación a los derechos humanos: un enfoque criminológico para prevenir y reducir la criminalidad organizada a nivel mundial”.

Es Profesor en la Facultad de Derecho y en la Unidad de Posgrado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres desde el año 2002; expositor y ponente en eventos internacionales y nacionales de Criminología.

Premio Iberoamericano de Derechos Humanos otorgado por el Instituto Mexicano de Victimología. 2019, a través de su Academia Iberoamericana de Ciencias Jurídicas y Victimológicas, Derecho Victimal y Derechos Humanos, en reconocimiento a su amplia y exitosa trayectoria en el campo humanístico y de los derechos humanos, así como por su labor docente, social y compromiso con el bienestar y desarrollo humano.

Ganador del IX Premio de Estudios de Fomento de la Institución del Jurado, convocado por el Instituto Vasco de Derecho Procesal y la Asociación Pro Jurado de España, edición 2017.

Miembro del Comité Científico de la Revista Europa del Este Unida, revista de Humanidades y Ciencias Sociales. Miembro del Comité Científico de la Revista Inclusiones, revista de Humanidades y Ciencias Sociales. Doctor Honoris Causa por la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León A.C., institución académica de nivel superior que tiene status consultivo especial otorgado por la Organización de las Naciones Unidas. Setiembre, 2013. Medalla al Mérito Criminológico “Eugenio Raúl Zaffaroni” en el Concurso Internacional de Criminología organizado por la Sociedad Mexicana de Criminología. Medalla “Gran Educador en Derechos Humanos y la Paz” por la Sociedad Civil “Sembrando Valores” por ser verdadero defensor y promotor de los derechos humanos, contribuyendo al fortalecimiento de la educación y la cultura de paz. Medalla “Juan Pablo II El Peregrino de la Paz” por la Sociedad Civil “Sembrando Valores” por su liderazgo, práctica de valores humanistas y contribución a la formación de una cultura de paz. Medalla “Madre Teresa de Calcuta Premio Nobel de la Paz” por la Sociedad Civil “Sembrando Valores” por su liderazgo, práctica de valores humanistas y contribución a la formación de una cultura de paz. Profesor Honorario de la Universidad de Huánuco por reconocida labor en pro del Estado de Derecho y el ejercicio de la abogacía. Condecoración del Estado peruano “Cruz Peruana al Mérito Aeronáutico” en la Clase de Caballero por la Causal Esfuerzo Intelectual, mediante Resolución Suprema N° 525-DE/FAP de 13-07-98

Wael Hikal

Doctorando en Filosofía con Acentuación en Estudios de la Educación (becario del CONACYT) (Programa Nacional de Posgrados de Calidad), por la Facultad de Filosofía y Letras, Maestría en Trabajo Social con Orientación en Proyectos Sociales (becario CONACYT, UANL y FTSyDH) (Programa Nacional de Posgrados de Calidad), por la Facultad de Trabajo Social y Desarrollo Humano, Licenciatura en Criminología con Acentuación en Prevención del Delito e Investigación Criminológica (becario UANL-FACDYC), por la Facultad de Derecho y Criminología, de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Fundador-director de proyectos de la Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León (acreditada en la Organización de los Estados Americanos y en el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas). En el área de implementación ha realizado proyectos de prevención de la violencia con participación ciudadana enfocado a jóvenes, niños, mediación de conflictos, familia y mujeres. En el área académica, ha desarrollado la revista digital Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, la Wikipedia Criminológica, Medallas al Mérito Criminológico, Maestrías y Doctorados por causa de honor, temáticos especiales en la revista Ciencia de la Academia Mexicana de Ciencias. Sus líneas de investigación son la etiología de la criminalidad y la especialización de la criminología y la victimología.

Autor de: Introducción a la Criminología Moderna y Especializada, Criminología Psicológica, Guía para la Redacción de Tesis y otros Trabajos de Investigación para Estudiantes de Criminología-Criminalística, Criminología de los Derechos Humanos, Esquizofrenia. Enfoque Criminológico, Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal, Criminología Etiológica-Multifactorial. Los Factores Criminógenos, Criminología Sociológica, Coautor del Libro Negro de la Enseñanza de la Criminología en México.

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

DIRECTORES

Dr. Gino Ríos Patio

griosp@usmp.pe

Centro de Estudios en Criminología, Universidad de San Martín de Porres
Perú. Presidente de la asociación civil Ama Hucha

Mtro. Wael Hikal

wshc1983.2013@gmail.com

Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León
Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Autónoma de Nuevo León
México

COORDINADORES

Criminologías específicas

Mtro. Wael Hikal

Wshc1983.2013@gmail.com

Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo
Nuevo León
Facultad de Filosofía y Letras-Universidad
Autónoma de Nuevo León
México

Lic. Cristian Díaz Sandoval

cristian.science.ds@gmail.com

Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo
Nuevo León
México

Dr. Jorge Alberto Pérez Tolentino

Universidad del Golfo de México

ja_tolen@hotmail.com

México

Criminología pedagógica

Mtro. Agustín Salgado García

ssiggmma12@gmail.com

Academia Mexicana de Psicopedagogía
Jurídica
México

Criminología etiológica multifactorial

Mtro. Renzo Espinoza Bonifaz

aespinozab@usmp.pe

Universidad de San Martín de Porres
Perú

Criminología de la personalidad antisocial

Dr. Arturo Arrona Palacios

arturoarrona@tec.mx

Tecnológico de Monterrey
México

Criminología conductual

Dr. Osvaldo Tieghi

Asociación Civil Argentina de Criminología

Experimental

estudiotieghi@yahoo.com.ar

Argentina

Criminología infanto juvenil

Mtro. Carlos Omar Herrera González

carlsmarx@hotmail.com

Centro de Internamiento para Adolescentes
México

Criminología educativa

Mtra. Yadira Calixto Contreras

yadirac_contreras@yahoo.com

Comisión Especial para el Desarrollo de las
Criminologías Específicas
México

Criminología sociológica

Dr. Francisco Israel Hernández Fernández
paco hf20@hotmail.com
Colegio Mexicano de Ciencias Forenses

Dr. Jacobo Herrera Rodríguez
herrerajacob@yahoo.com.mx
Universidad de Guanajuato
México

Criminología global

Dr. Gino Augusto Ríos Patio
Universidad de San Martín de Porres
griosp@usmp.pe
Perú

Criminología jurídica penal

Dr. Jorge Alberto Pérez Tolentino
Universidad del Golfo de México
ja_tolen@hotmail.com
México

Criminología clínica penitenciaria

Mtro. Rogelio Romero Muñoz
rogerscrimags@gmail.com
Dirección de Prevención del Delito
México

Criminología preventiva

Mtro. Renzo Riega Cayetano
rrcayetano2702@gmail.com

Dr. Miguel Pérez Arroyo
mparroyo@inpeccp.org
Instituto Peruano de Criminología
y Ciencias Penales
Perú

Criminología de la seguridad

Lic. Camilo Valencia García
lic_camilovalencia@hotmail.com
Fiscalía General de Justicia del Estado
de México
México

COMITÉ NACIONAL

Dra. Alejandra Ojeda Sampson
aojedasampson@gmail.com
Universidad Autónoma de Aguascalientes
México

Dra. Carla Monroy Ojeda
crlmonroy@gmail.com
Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo
Nuevo León
México

Dr. Carlos Rodríguez Campos
carlos.rodriguezcampos@yahoo.com.mx
Instituto Mexicano de Victimología
México

Dra. Dora García Fernández
dgarcia@anahuac.mx
Universidad de Anáhuac
México

Dr. Gil David Hernández Castillo
gildavidhc@yahoo.com.mx
Universidad en Ciencias de la Seguridad
México

Dra. Martha Fabiola García Álvarez
grado.2004.2011@gmail.com
Universidad de Guadalajara
México

Lic. Úrsula Iliana Rubio Licona
ursulairubio@gmail.com
Universidad Nacional Autónoma de México
México

COMITÉ INTERNACIONAL

Dr. Carlos Elbert
carloselbert@yahoo.com.ar
Universidad de Buenos Aires
Argentina

Dr. Carlos Pérez Vaquero
cpvaquero@gmail.com
Sociedad Española de Criminología y
Ciencias Forenses
España

Dr. Chris Eskridge
ceskridge@unl.edu
Universidad de Nebraska
EUA

Dr. Cristian Rafael Marrero Díaz
cristian_marrero_diaz@yahoo.com
Pontificia Universidad Católica de Puerto
Rico
Puerto Rico

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
eraulzaffaroni@gmail.com
Universidad de Buenos Aires
Argentina

Mtra. Gloriam Z. Mercado Justiniano
gloriammercado@gmail.com
Escuela de Trabajo Social Simmons
EUA

Dr. Martín Ignacio Palladino
martin@estudiocriminal.eu
Centro de Formación Estudio Criminal
España

Dr. José Adolfo Reyes Calderón
adolfo.reyescalderon@gmail.com
Universidad de Occidente
Guatemala

Dr. Pedro Donaires Sánchez
donaires@gmail.com
Derecho y Cambio Social
Perú

ÍNDICE GENERAL

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 1

MANUAL DE USO DE LAS CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

Wael Hikal y Jorge Alberto Pérez Tolentino (coordinadores)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 1

Jorge Alberto Pérez Tolentino (México)

NACIMIENTO, SISTEMATIZACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LAS CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS EN MÉXICO

Wael Hikal, Jorge Alberto Pérez Tolentino
y Roberto Alonso Ramos Erosa (México)

UN ACERCAMIENTO A LA ESPECIALIZACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA

Cristian Díaz Sandoval (México)

LA POCA PRODUCCIÓN DE ARTÍCULOS CIENTÍFICOS CRIMINOLÓGICOS ELABORADOS POR CRIMINÓLOGOS DE LICENCIATURA: UNA EXPLICACIÓN DESDE LAS CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

Mayra Avileny Benítez Rivera y Lucero Rojas Hernández (México)

CRIMINOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. DESIDERATA PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CRIMINALIDAD

Gino Ríos Patio (Perú)

CRIMINOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FACTOR CRIMINÓGENO

Wael Hikal (México)

CRIMINOLOGÍA INFORMÁTICA. ANONYMOUS: ¿JUSTICIA CIBERNÉTICA O TERRORISMO ENMASCARADO?

Daniel Romano Ozcáriz (España)

CRIMINOLOGÍA INFORMÁTICA. EL CIBERESPACIO COMO MEDIO DE CONTROL

Antonio Silva Esquinas (España)

CRIMINOLOGÍA AMBIENTAL: LOS DELITOS AMBIENTALES

Israel Estrada Camacho (México)

FILOSOFÍA CRIMINOLÓGICA. DOS RESPUESTAS CRÍTICAS AL CRIMEN

Mario Antonio Vásquez Cohello (Perú)

**CRIMINOLOGÍA FAMILIAR. LA EDUCACIÓN PARENTAL
COMO FACTOR CRIMINÓGENO**

Luis Andrade Alarcón (México)

**ANÁLISIS DE LA INFLUENCIA QUE PUEDE TENER EL FUNCIONAMIENTO
DEL TREN INTERURBANO CIUDAD DE MÉXICO - TOLUCA, EN EL
AUMENTO DE ÍNDICES DE CRIMINALIDAD CON EL USO
DE CRIMINOLOGÍA DEMOGRÁFICA**

Carlos Chávez Manjarrez, Elías González Hernández, Francisco Denova Castillo,
María Berenise Ruíz Díaz y Raúl Hernández Cruz (México)

**ANÁLISIS DEL CINE MEXICANO A TRAVÉS DE LA TEORÍA DE LA
VENTANA DE OVERTON PARA EXPLICAR EL NARCOTRAFICO
DESDE LA CRIMINOLOGÍA DEL ARTE**

Mayra Avileny Benítez Rivera y Lucero Rojas Hernández (México)

**CRIMINOLOGÍA ESPACIAL. LAS CONDUCTAS ANTISOCIALES
Y DELINCUENCIALES FUERA DE LA TIERRA**

Wael Hikal (México)

LA CRIMINOLOGÍA LABORAL

Lizet Zavala Van Oordt (Perú)

CRIMINOLOGÍA Y MEDIACIÓN. UNA ESTRECHA RELACIÓN

Jorge Alberto Pérez Tolentino (México)

**CRIMINOLOGÍA DE LA CONSEJERÍA SOCIAL Y LOS MEDIOS
ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Jorge Alberto Pérez Tolentino (México)

CRIMINOLOGÍA BIOLÓGICA: UNA MIRADA DESDE LA GENÉTICA FORENSE

Rosa Elizabeth Carrera Palao (Perú)

**EL SISTEMA MEDIÁTICO MEXICANO DESDE UNA PERSPECTIVA DE
LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA: RETOS Y CONFLICTOS**

Roberto Alonso Ramos Erosa (México)

RETRATOS DE HOMBRES INFAMES A TRAVÉS DE LA CRIMINOLOGÍA DEL ARTE

Carlos Pérez Vaquero (España)

EL QUÉ HACER DE LA CRIMINOLOGÍA CIENTÍFICA. AMPLIANDO EL HORIZONTE

Wael Hikal (México)

**EN LA CIUDAD DEL POSITIVISMO PERDIDO: LECCIONES APRENDIDAS
PARA UNA CRIMINOLOGÍA URBANA**

Jorge Ramiro Pérez Suárez, Rebeca Cordero Verdugo,
Antonio Silva Esquinas y Daniel Briggs (España)

RESEÑA AL LIBRO: “CRIMINOLOGÍAS ESPECIALIZADAS” (¿LA OBRA QUE REVOLUCIONARÁ A LA CIENCIA CRIMINOLÓGICA Y ROMPERÁ PARADIGMAS?), DE: GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, ERICK
Wael Hikal (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN
Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 2

CRIMINOLOGÍA PEDAGÓGICA

Agustín Salgado García (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN
Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN
Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 2
Agustín Salgado García (México)

JURAMENTO DEL CRIMINÓLOGO
Rogelio Romero Muñoz (México)

EL ESTADO ACTUAL DE LA CRIMINOLOGÍA
Chris Eskridge (Estados Unidos de América)

TEORÍA DEL CAOS CRIMINOLÓGICO
Wael Hikal (México)

NUEVOS LINEAMIENTOS EN CRIMINOLOGÍA
María José Rodríguez Mesa (España)

10 PASOS PARA NO TRABAJAR DE CRIMINÓLOGO
David Buil Gil (España)

EL IMPACTO DE LA EDUCACIÓN DE LA JUSTICIA CRIMINAL EN EL CLIMA POLÍTICO-SOCIO-ECONÓMICO DE NACIONES DE TRANSICIÓN Y DESARROLLO
Chris Eskridge (Estados Unidos de América)

LAS 5 MALDICIONES DE LA CRIMINOLOGÍA EN MÉXICO
Luis Andrade Alarcón (México)

LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LOS CENTROS DE INTERÉS DE LA CRIMINOLOGÍA
Antonio García-Pablos De Molina (España)

PERFIL DEL CRIMINÓLOGO-CRIMINALISTA MEXICANO: PROPUESTA PARA UN CAMBIO

Wael Hikal y Yessica Nayeli Sumano Sánchez (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 3

CRIMINOLOGÍA ETIOLÓGICA MULTIFACTORIAL

Renzo Espinoza Bonifaz (coordinadores)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 3

Renzo Espinoza Bonifaz (Perú)

REVISIÓN TEÓRICA A LA GÉNESIS DE LA CONDUCTA CRIMINAL

Wael Hikal (México)

CREENCIAS Y OPINIONES DE ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS ACERCA DE LAS AGRESIONES SEXUALES Y EL ABUSO SEXUAL INFANTIL

Jaime Rosado, Miguel Ángel Garrido y David Cantón-Cortés (España)

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS CAUSAS DELICTIVAS Y OTROS ASPECTOS PARA ESTRUCTURAR LAS POLÍTICAS CRIMINALES

Martha Fabiola García Álvarez (México)

EDUCACIÓN Y LEYES DEL APRENDIZAJE SOCIAL Y CRIMINÓGENO

Oswaldo N. Tieghi (Argentina)

LA IMPUNIDAD COMO FACTOR CRIMINÓGENO

Rogelio Romero Muñoz (México)

LA FENOMENOLOGÍA Y ETIOLOGÍA CRIMINAL EN LOS ACTOS QUE IMPLIQUEN INMIGRANTES DE CONTRABANDO EN KOSOVO

Azem Hajdari (Kosovo)

CONFLICTOS PSICO-SOCIALES DE LA MUJER DELINCUENTE EN MÉXICO

Martha Fabiola García Álvarez (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 4

CRIMINOLOGÍA DE LA PERSONALIDAD ANTISOCIAL

Arturo Arrona Palacios (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 4

Arturo Arrona Palacios (México)

PERSONALIDADES CRIMINALES, DELINCUENTES VIOLENTOS Y PERFILES CRIMINALES: CÓMO DESCIFRAR EL COMPORTAMIENTO CRIMINAL

Beatriz Alejandra Moyano T. (Argentina)

PERSONALIDAD, VALORES Y MOTIVACIÓN CRIMINAL DEL SICARIO EN MÉXICO

Arcelia Ruiz Vázquez, Tonatiuh García Campos, Ferrán Padrós Blázquez
y Miguel Ángel Sahagún Padilla (México)

UN ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE GRUPO DE AMIGOS, EDAD Y CONDUCTA ANTISOCIAL: DELIMITANDO DIFERENCIAS DE GÉNERO

Juan Antonio Rodríguez Ramírez (Venezuela)

ADENTRÁNDOSE EN LAS MENTES CRIMINALES: PERFILACIÓN DE ASESINOS SERIALES

Marcela Anguiano (México)

LA POSIBILIDAD DE AUTOR FEMENINO EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Héctor Julián Cristóbal Luengo (España)

EL DELINCUENTE PSIQUIÁTRICO: VISIÓN HISTÓRICA, SU PROBLEMÁTICA EN MÉXICO Y UNA PROPUESTA CRIMINOLÓGICA

Roberto Alonso Ramos Erosa (México)

VIOLENCIA EN EL NOVIAZGO DE ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS VENEZOLANOS

Juan Antonio Rodríguez Ramírez (Venezuela)

VALIDACIÓN PSICOMÉTRICA DE LA ESCALA DE VALORACIÓN DE RIESGO DE VIOLENCIA EN ADOLESCENTES

Rolando Granados Muñoz (México)

EL ASESINO EN SERIE DESORGANIZADO

Rolando Granados Muñoz (España)

GEOGRAFÍA CRIMINAL Y EL HOMICIDIO SERIAL: EL CASO DE JUANA BARRAZA

Tonatiuh Suárez-Meaney y Luis Chías Becerril (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 5

CRIMINOLOGÍA CONDUCTUAL

Oswaldo Tieghi (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 5

Oswaldo Tieghi (Argentina)

**LA REVICTIMIZACIÓN PROCESAL DE LA AGRESIÓN SEXUAL
Y SUS CONSECUENCIAS NEUROPSICOEMOCIONALES:
INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y REACCIÓN A LOS MEDIOS SOCIALES**

Gloriam Zaid Mercado Justiniano (EUA)

INGENIERÍA CONDUCTUAL

Agustín Salgado García (México)

**CONDICIONAMIENTO INSTITUCIONAL CRÍTICO, NEUROQUÍMICA
CEREBRAL Y PREVENCIÓN CRIMINAL**

Oswaldo Tieghi (Argentina)

**ANÁLISIS DEL CONTROL SOCIAL DEL DELINCUENTE EN
LA INTERACCIÓN QUE CONFORMA EL DELITO**

Martha Fabiola García Álvarez (México)

**INVESTIGACIÓN NEUROQUÍMICA CEREBRAL Y APLICACIÓN
PREVENTIVA PARA LA REDUCCIÓN DE LOS ÍNDICES DE CRIMINALIDAD**

Oswaldo Tieghi (Argentina)

HALLAZGOS NEUROBIOLÓGICOS RECIENTES DE LA PEDOFILIA

Hugo Sánchez Hernández (México)

**HOLÍSTICA CRIMINAL. DESINTEGRACIÓN SOCIOCULTURAL
POR CONDICIONAMIENTO CRÍTICO Y SUBCULTURAS DELICTIVAS**

Oswaldo Tieghi (Argentina)

MODELO DE TRATAMIENTO EN INGENIERÍA ORTOCONDUCTUAL PARA LA RESOCIALIZACIÓN PENITENCIARIA: PROPUESTA PARA MICHOACÁN, MÉXICO

Agustín Salgado García (México)

NOCIONES ANALÍTICAS SOBRE LAS LEYES DEL APRENDIZAJE (SOCIAL O DESVIADO)

Oswaldo Tieghi (Argentina)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 6

CRIMINOLOGÍA INFANTO JUVENIL

Gloriam Zaid Mercado-Justiniano (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 6

Gloriam Zaid Mercado-Justiniano (Puerto Rico)

MENORES VÍCTIMAS Y SITUACIONES DE VICTIMIZACIÓN

Alejandra Andreu Fernández (España)

JUVENTUD, CRIMEN Y MUERTE: EL NAUFRAGIO DE LOS JÓVENES OLVIDADOS

Enrique Alejandro Zúñiga Vázquez (México)

OFENSORES SEXUALES JUVENILES: INVESTIGACIÓN DEL PERFIL PSICOSOCIAL E INTERVENCIÓN JUDICIAL EN PUERTO RICO

Gloriam Zaid Mercado-Justiniano (Puerto Rico)

**EL FENÓMENO DELICTIVO JUVENIL DE LA MARA:
UN ESTUDIO REGIONAL EN CHIAPAS**

Jorge Humberto Martínez Trejo y Verónica C. Castellanos León (México)

ACERCA DE LA EDAD DE INIMPUTABILIDAD EN ARGENTINA

Oswaldo Tieghi (Argentina)

DAÑO PSICOLÓGICO EN LA INFANCIA, UN CAMINO INCONSCIENTE AL CRIMEN

Luis Eduardo Torrez Pinto y Hugo Alberto Zambrano Pérez (México)

**EL MODELO CRIMINOLÓGICO DE EVALUACIÓN E INTERVENCIÓN
PARA MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY**

José Luis Alba Robles, Concepción Aroca Montolio y María Jesús López Latorre (España)

DELINCUENCIA JUVENIL Y PANDILLERISMO: HOMBRE Y SOCIEDAD

Rolando Barraza Pérez (México)

**CRIMINALIDAD JUVENIL Y VICTIMOLOGÍA ANIMAL:
PREVENCIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN**

Marillanos Reolid Rodenas (España)

**LA CARRERA DELICTIVA DE UN ADOLESCENTE TRAFICANTE
DE DROGAS DE SONORA, MÉXICO: REFLEXIONES DESDE
LA ELECCIÓN RACIONAL DEL CRIMEN**

Antonio de Jesús Barragán Bórquez (México)

**MENORES INFRACTORES ¿ES POSIBLE UN MODELO COMPARTIDO
DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO?**

José Luis De La Cuesta (España)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 7

CRIMINOLOGÍA EDUCATIVA

Yadira Calixto Contreras (coordinadora)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 7

Yadira Calixto Contreras (México)

PREVENCIÓN EDUCATIVA DE LA DROGADICCIÓN

Osvaldo Tieghi (Argentina)

**LA EDUCACIÓN COMO FACTOR DISUASORIO EN LA REINCIDENCIA
DE LA CONDUCTA DELICTIVA EN MENORES**

José Manuel Rojas Cervantes (México)

EDUCACIÓN Y ENTRENAMIENTO POLICIAL EN PAKISTÁN

Fasihuddin (Pakistán)

**LOS ESTABLECIMIENTOS ESCOLARES ANTE EL NARCOTRÁFICO.
EFECTOS Y PREVENCIÓN**

Rogelio Romero Muñoz (México)

ACOSO ESCOLAR

Juan José Nicolás Guardiola (España)

LA PEDAGOGÍA CRIMINOLÓGICA COMO POLÍTICA DE ESTADO

Agustín Salgado García (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 8

CRIMINOLOGÍA SOCIOLÓGICA

**Francisco Israel Hernández Fernández y Jacobo Herrera Rodríguez
(coordinadores)**

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 8

Francisco Israel Hernández Fernández y Jacobo Herrera Rodríguez (México)

**SEGURIDAD Y PODER MEDIÁTICO: LA PROTESTA SOCIAL
Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ENEMIGO**

Lynda Josefina Fernández Oliva (Perú)

**CONVERGENCIAS CONCEPTUALES ENTRE SEGURIDAD HUMANA
Y CRIMINOLOGÍA: APUNTES DESDE UN CASO DE ESTUDIO EN
CONTEXTOS DE POBREZA Y CRIMINALIDAD EN EL POBLADO
DE SANTA MARÍA MAGDALENA, QUERÉTARO, MÉXICO**

José Alberto Posadas Juárez, Emilio Paulín Larracochea,
Margarita Cruz Torres y María Aceneth González López (México)

**TERRITORIALIDAD, PODER Y AGRESIÓN: CONSTANTES EN LAS
PANDILLAS DE LEÓN, GUANAJUATO**

Jacobo Herrera Rodríguez, Jesica María Vega Zayas,
Julio César Kala y Ana María Chávez-Hernández (México)

DELINCUENCIA URBANA Y VICTIMIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Raúl Zaffaroni (Argentina)

SEMIÓTICA DEL CRIMEN

Manuel Monroy Correa (México)

ESTUDIO DEL MIEDO AL DELITO: PRINCIPIOS TEÓRICOS

David Buil Gil (España)

ASPECTOS SOCIOLÓGICOS SOBRE LOS HECHOS DE TRÁNSITO TERRESTRE EN EL MUNICIPIO DE AGUASCALIENTES, MÉXICO: EL CASO DEL CONDUCTOR DE VEHÍCULOS PARTICULARES

Francisco Israel Hernández Fernández (México)

UNA MIRADA DIFERENTE A LA PUNICIÓN DE LA CONDUCTA DESVIADA

Gino Ríos Patio (Perú)

IDEOLOGÍA DEL CASTIGO Y PROCESO DE NORMALIZACIÓN

Guillermo Lavín Álvarez (México)

CRIMINAL POSMODERNO EN MÉXICO: UNA MIRADA SOCIAL

Roberto Alonso Ramos Erosa (México)

EL ESCUADRÓN SUICIDA DE LA CRIMINOLOGÍA: INNOVACIÓN ETNOGRÁFICA EN CONTEXTOS DE OCIO NOCTURNO. CASOS MAGALUF Y RAVES

Antonio Silva Esquinas, Jorge Ramiro Pérez Suárez Y Daniel Briggs (España)

MIEDO AL CRIMEN, DESIGUALDAD Y CAMBIO SOCIAL EN MÉXICO. REFLEXIONES A LA LUZ DE DURKHEIM Y LA SOCIOLOGÍA DE LAS EMOCIONES

David Foust Rodríguez (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 9

CRIMINOLOGÍA GLOBAL

Gino Ríos Patio (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 9

Gino Ríos Patio (Perú)

LA REDEFINICIÓN DEL CRIMEN COMO PRESUPUESTO DE UNA CRIMINOLOGÍA GLOBAL

María José Rodríguez Mesa (España)

GEOGRAFÍA CRIMINAL Y EL HOMICIDIO SERIAL: EL CASO DE JUANA BARRAZA

Tonatiuh Suárez-Meaney y Luis Chías Becerril (México)

EL CRIMEN ORGANIZADO EN EUROPA: UNA GRAVE AMENAZA PARA LA SEGURIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO

Francisco José Rodrigo Luelmo (España)

LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN AFGANISTÁN

Marcela Anguiano (México)

LA FALSIFICACIÓN: UN DELITO GRAVE QUE PASA DESAPERCIBIDO

Sandro Calvani y Marco Musumeci (Italia)

EL CRIMEN ECOLÓGICO INTERNACIONAL

Carlos Pérez Vaquero (España)

EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CRISIS DE LA JUSTICIA MEXICANA A TRAVÉS DE UN CASO RESONANTE

Carlos Elbert (Argentina)

LA CRIMINALIDAD EN LA REALIDAD PERUANA: ¿QUÉ HACER? UNA APROXIMACIÓN Y PROPUESTA ESTRATÉGICA

Gino Ríos Patio (Perú)

DIÁLOGO ENTRE FE Y POLICÍA EN UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL Y LA CONSPIRACIÓN DE EURABIA

Fasihuddin (Pakistán)

CRIMEN FINANCIADO TRAS LA CRISIS EN EL REINO UNIDO

Vincenzo Ruggiero (Reino Unido)

CORRUPCIÓN PÚBLICA

Idalia Patricia Espinosa Leal (Corea del Sur)

LA YIHAD EN FRANCIA, LA PRESENCIA DEL TERRORISMO ISLAMISTA Y LA LUCHA CONTRA ESTA AMENAZA EN TERRITORIO FRANCÉS

Francisco José Rodrigo Luelmo (España)

“EL CRIMINÓLOGO EN LA EMPRESA” A PROPÓSITO DEL NUEVO MODELO DE PREVENCIÓN CRIMINAL INTRODUCIDO POR LA LEY N° 30424 MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1352

Gino Ríos Patio (Perú)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 10

CRIMINOLOGÍA PENAL

Jorge Alberto Pérez Tolentino (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 10

Jorge Alberto Pérez Tolentino (México)

PUNIBILIDAD, PUNICIÓN Y PENA

José Adolfo Reyes Calderón (Guatemala)

APORTACIONES AL MEJORAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO PARA PROMOVER LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y APUNTALAR EL RESPETO AL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Edgar Ramón Aguilera García y Yadira Calixto Contreras (México)

DE LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA A LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA... A TRAVÉS DE LA MITOLOGÍA PENAL... ENSAYO OBSERVACIONAL, EXPERIMENTAL, SITUACIONAL Y PROSPECTIVO

Gino Ríos Patio (Perú)

LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA PSICOSIS EN EL ÁMBITO JURÍDICO PENAL

Agustín Salgado García (México)

LA CÁRCEL PUNITIVA, NATURALEZA HISTÓRICA, CRISIS Y PERSPECTIVA

Gabriel Modesto Rodríguez Pérez de Agreda (Cuba)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN VERACRUZ

Jorge Alberto Pérez Tolentino (México)

LA LEY AGOTE. ANÁLISIS DEL PARADIGMA TUTELAR Y PRESUPUESTOS POLÍTICO – CRIMINOLÓGICOS DE SU CREACIÓN

Daniel Schulman (Argentina)

EL ASPECTO CIENTÍFICO DE LA TRILOGÍA “MINISTERIO PÚBLICO-POLICÍA-PERITOS” EN EL NUEVO PROCESO PENAL DE CORTE ACUSATORIO, ADVERSARIAL Y ORAL EN MÉXICO

Juan Antonio Maruri Jiménez (México)

EL TRATAMIENTO EN EL ORDEN PENAL DE LA FIGURA DEL DELINCUENTE PSICÓPATA

José Aróstegui Moreno (España)

TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS DE VIOLACION DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL PERU

Daniel Ernesto Peña Labrin (Perú)

EL CONCEPTO DE PENA ¿UN ASPECTO INCONTROVERTIDO EN SU TEORÍA?

Gabriel Rodríguez Pérez De Agreda (Cuba)

LA PENA DE MUERTE

Eduardo López Betancourt (México)

EL ACOSO SEXUAL INFANTIL A TRAVÉS DEL CODIGO PENAL PERUANO

Daniel Ernesto Peña Labrin (Perú)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 11

CRIMINOLOGÍA CLÍNICA PENITENCIARIA

Rogelio Romero Muñoz (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 11

Rogelio Romero Muñoz (México)

**RASGO ANTISOCIAL Y AFECTO POSITIVO Y NEGATIVO
EN POBLACIÓN PENITENCIARIA DE MÉXICO**

Ferrán Padrós Blázquez, Laura Patricia Rafael Hernández,
Víctor Edgar Soria Benítez y Sandra María Villegas Castillo (México)

**LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CÁRCEL: PROPUESTAS
PARA REIVINDICAR LA DIGNIDAD HUMANA DEL CIUDADANO INTERNO
PENITENCIARIO Y PROMOVER EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS**

Gino Ríos Patio (Perú)

**LA POBREZA DE LOS INTERNOS DE LA CÁRCEL DE
CHETUMAL, QUINTANA ROO, MÉXICO**

Maribel Lozano Cortés (México)

**PROGRAMA ESPAÑOL DE INTERVENCIÓN EN RADICALIZACIÓN VIOLENTA
CON INTERNOS ISLAMISTAS EN CENTROS PENITENCIARIOS**

Christian Moreno Lara (España)

**REFLEXIONES DE UN PROGRAMA INTEGRAL DE REHABILITACIÓN
EN UN CENTRO PENITENCIARIO**

José Abel Saucedo Romero, Luis Vicente Valera Espíndola,
Ruth Díaz Alcalá, Julisa Alcaraz Martínez y Juan Carlos Martínez Bernal

VICTIMIZACIÓN DE MUJERES EN PRISIÓN

Elías Neuman (Argentina)

GUÍA PRÁCTICA PARA LA ELABORACIÓN DEL DIAGNÓSTICO CLÍNICO CRIMINOLÓGICO

José Luis Prieto Montes (México)

EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO: ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DE GOBERNABILIDAD

Mariela N. Echegaray (Argentina)

DE LA REGENERACIÓN A LA RESTAURACIÓN: CIEN AÑOS DE PENITENCIARISMO MEXICANO

Idalia Patricia Espinosa Leal (Corea del Sur) y José Zaragoza Huerta (México)

EVALUACIÓN DE LA PERCEPCIÓN DEL CLIMA SOCIAL EN UN CENTRO PENITENCIARIO FEMENIL

Jacobo Herrera Rodríguez y Ana Karen Carranza Nájera (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 12

CRIMINOLOGÍA PREVENTIVA

Renzo Riega Cayetano y Miguel Pérez Arroyo (coordinadores)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 12

Renzo Riega Cayetano y Miguel Pérez Arroyo (Perú)

PREVENCIÓN SITUACIONAL EN EL PROGRAMA DE CONVIVENCIA Y SEGURIDAD CIUDADANA PARA EL MUNICIPIO DE AGUASCALIENTES

Rogelio Romero Muñoz (México)

PREVENCIÓN COMUNITARIA: MEDIDAS Y REFORMAS APLICABLES A PUERTO RICO A TRAVÉS DE UNA REALIDAD SOCIO-POLÍTICA PUERTORRIQUEÑA

Gloriam Zaid Mercado-Justiniano (Puerto Rico)

EL PLAN ESTATAL DE PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA, LA FUNCIÓN POLICIAL PREVENTIVA Y LA CONFIANZA INSTITUCIONAL

Francisco Israel Hernández Fernández y Darío Zepeda Galván (México)

ACERCA DE LA INVERSIÓN EN EDUCACIÓN COMO HERRAMIENTA DE LA ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN SOCIAL DEL DELITO

Daniel Schulman (Argentina)

LA CRIMINOLOGÍA COMO BASE FUNDAMENTAL DE LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA EN MÉXICO: ASPECTOS ESENCIALES DEL NUEVO PROCESO PENAL

Juan Antonio Maruri Jiménez (México)

IMPLICANCIAS DE UNA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA INEFICIENTE E INEFICAZ. LA AFECTACIÓN DESDE EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO DEL VALOR LIBERTAD Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Gino Ríos Patio (Perú)

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS CAUSAS DELICTIVAS Y OTROS ASPECTOS PARA ESTRUCTURAR LAS POLÍTICAS CRIMINALES

Martha Fabiola García Álvarez (México)

LA “POLÍTICA CRIMINAL” SEGÚN EL ANTIGUO TESTAMENTO

Carlos Pérez Vaquero (España)

LA INOCUIZACIÓN COMO PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

Jorge Alberto Pérez Tolentino (México)

APORTES PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL SOCIAL O PREVENTIVA

Osvaldo N. Tieghi (Argentina)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 13

CRIMINOLOGÍA DE LA SEGURIDAD

Camilo Valencia García (coordinador)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Gino Ríos Patio (Perú)

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

Wael Hikal (México)

PRESENTACIÓN DEL LIBRO 13

Camilo Valencia García (México)

LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA EN MÉXICO: ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU PERCEPCIÓN Y COMBATE

Idalia Patricia Espinosa Leal (Corea del Sur) y José Zaragoza Huerta (México)

**ENSAYO DE REFLEXIÓN INSTITUCIONAL: ACCIÓN
EJECUTIVA HACIA LA SEGURIDAD NACIONAL**
Norelia Lassalle Cortina (Estados Unidos de América)

EL ESTATUTO TRANSDISCIPLINARIO DE LAS CIENCIAS DE LA SEGURIDAD
Jorge F. Aguirre Sala (México)

TERRORISMO: CONCEPTUALIZACIÓN Y CONSECUENCIAS DE SU INDEFINICIÓN
Luis Miguel Sánchez Gil (España)

**SÍNDROME DE BURNOUT Y SATISFACCIÓN DE VIDA EN
POLICÍAS MINISTERIALES MEXICANOS**
José Luis Rojas-Solís y Teresita Morán González (México)

APROXIMACIÓN A LA INTELIGENCIA PARA LA SEGURIDAD NACIONAL
Luis Hurtado González (España)

PROXIMIDAD POLICIAL
Emma Selene Leyva Esparza y Melody de María García Martínez (México)

**VISIÓN CRIMINOLÓGICA DE LOS DELITOS CONTRA
LA SEGURIDAD VIAL EN ESPAÑA**
Juan Antonio Carreras Espallardo (España)

**EL PROCESO DE RECLUTAMIENTO DEL POLICÍA MEXICANO EN EL CONTEXTO
INTERNACIONAL**
Camilo Valencia García (México)

LA INSEGURIDAD Y EL TEMOR AL DELITO EN LA SOCIEDAD GLOBAL
Carlos Elbert (Argentina)

LA “SEGURIDAD” DEPREDADORA
Augusto Sánchez Sandoval (México)

**REFORMA DE CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ Y LA POLICÍA EN LA NUEVA EUROPA:
LECCIONES DE KOSOVO**
Thomas Feltes (Alemania)

ENFRENTAMIENTOS PÚBLICOS EN CANCÚN, QUINTANA ROO
Hugo Sánchez Hernández (México)

LA POLICÍA LOCAL ANTE LA AMENAZA TERRORISTA ACTUAL
Ángel Ros Romero y César Augusto Giner Alegría (España)

**DE MILÁN A PALERMO: LA APLICACIÓN DE MECANISMOS INTERNACIONALES
PARA ENFRENTAR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL**
Rubén Cardoza Zúñiga (México)

SÍNTESIS CURRICULAR DE LOS DIRECTORES DE LA COLECCIÓN
Gino Ríos Patio y Wael Hikal

COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS - COORDINADORES

ÍNDICE GENERAL COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

LIBRO 10: CRIMINOLOGÍA JURÍDICA PENAL

SE DIAGRAMÓ EN EL

Fondo Editorial USMP

JR. LAS CALANDRIAS 151-291, SANTA ANITA, LIMA 43 -PERÚ

CORREO ELECTRÓNICO: FONDOEDITORIAL@USMP.PE

TELÉFONO: (51-1) 362-0064 ANEXO: 3262

FEBRERO 2022 LIMA - PERÚ