

PROBLEMAS Y SOLUCIONES AL MODELO TRADICIONAL DE APLICACIÓN DE LA SANCIÓN CRIMINAL

Zainer PIMENTEL CAVALCANTE COSTA

Sumario: I. Introducción, II. Los límites del *Ius puniendi*, III. La pena privativa de libertad y otras alternativas, IV. El abolicionismo penal, V. Valoración final, Bibliografía.

I. Introducción

La condena a un reo acusado por una acción delictiva que respete todas las garantías del debido proceso legal tiene como consecuencia lógica: la asignación por un tribunal al condenado de una pena legalmente establecida que deberá cumplir según las normas procedentes de de la ejecución¹. La sanción, según Saguinetti, puede tener diversas finalidades como la intimidación, la retribución o la enmienda². Sin entrar todavía en esta cuestión, puesto que las finalidades de la pena han sido objeto de muchas divergencias entre los científicos del Derecho penal, lo cierto es que su aplicación, en la mayoría de los casos, se viene demostrando poco eficaz, independientemente de los fines que con ella se persigan.

En los ordenamientos jurídicos actuales la sanción penal puede ser aplicada de diferentes maneras: la privación de la libertad, la restricción de derechos y las multas son apenas algunas de ellas. En defensa de la pena privativa de libertad se aduce que tiene la ventaja de excluir del medio social y neutralizar a los individuos que rechazan frontalmente la norma. El problema que enfrenta este argumento es que no está del todo probada su validez a la hora de reinsertar estos delincuentes, ni tampoco que sirva para intimidarlos. La pena privativa de derechos, por su parte,

* Este texto está dedicado a mi valiente padre (Zacarias), que sigue luchando en estos últimos momentos de su existencia.

¹ Para Antolisei la pena puede definirse como: “*la sofferenza comminata dalla legge e irrogata dall’Autorità giudiziaria mediante processo a colui che viola un comando della medesima*”. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, 12 ed., Giuffrè, Milano, 1991, p.600.

² SANGUINETI, Luigi Maria, *Diritto Penale Ragionato: dolo, colpa nesso di causalità, reato continuado delitti contro la famiglia, la libertà sessuale, la inviolabilità del domicilio e dei segreti*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 8.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

parece inocua ante ciertos tipos de criminalidad, principalmente hacia los elementos delictivos que rechazan deliberadamente el ordenamiento jurídico. Finalmente, la pena pecuniaria tiene un buen nivel de eficacia, y aunque, en muchos casos, sus efectos preventivos se ven mermados, puede eliminar los inconvenientes de la privación de libertad de corta duración. En cuanto al abolicionismo penal, pese a ser una valiosa construcción conceptual, se ha demostrado una teoría difícil de aplicar en nuestros días, en vista del acentuado clima punitivista en que vivimos.

Por todo ello se hace indispensable estudiar las nuevas formas de aplicación de la sanción penal sin olvidar que deben, por un lado garantizar escrupulosamente los derechos fundamentales del penado y, por el otro, proteger el ordenamiento jurídico y la sociedad de los ataques más fuertes al sistema normativo de convivencia.

Este texto pretende estudiar los problemas del sistema de aplicación de la pena, poniendo el acento en la pena privativa de libertad (sus ventajas y desventajas), debido a su impacto en el sistema sancionador. Paralelamente se hace un análisis crítico de otros modelos penológicos, buscando explicar que pese a las buenas intenciones que viene aparejado en ellos, su aplicación a la mayoría de los supuestos delictivos es de dudosa eficacia.

Aquí, lo que se propone es una solución descriminalizadora para algunas figuras delictivas recientemente introducidas en muchas legislaciones de nuestro entorno cultural, forzosamente creadas con el objetivo de responder a demandas de persecución del delito que no obedecen a una lógica racionalmente criminal, sino a cuestiones ajenas a la materia delictiva.

II. Límites del *Ius puniendi*

Según Polaino Navarrete se pueden definir diferentes funciones, fines y consecuencias de la pena. Las funciones que desempeña la pena son de prevención general y especial negativa y se centran en la idea de la protección de los bienes jurídicos. La pena tiene como campo de acción el propio delincuente (prevención especial negativa) y la colectividad (prevención general negativa)³ Por otro lado, este autor, afirma que los efectos preventivos generales y preventivos especiales positivos no son funciones de la pena, sino una finalidad resocializadora que la pena debe tener –en el caso de la prevención especial positiva– y una consecuencia inmediata de la misma –en el caso de la prevención general positiva⁴.

Parece sugerente la afirmación de Bustos Ramírez según la cual los tipos legales se configuran de manera primordial para la protección de bienes jurídicos y no de ideologías políticas, éticas o culturales. Esto supone que el ámbito situacional descrito en el tipo afecte realmente a una relación social, lo cual sólo puede suceder

³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 132.

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal...*, op., cit., p. 132

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

mediante la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico⁵, ya que sólo de este modo el Derecho penal puede cumplir su función garantista dentro del Estado de derecho.

El Estado democrático y de derecho impone una serie de límites a la función de punir a él atribuida, de modo que la pena que se sobrepone a estos límites carece de legitimidad⁶. Por supuesto que estos límites son impuestos por un imperativo de política criminal y como tales su aplicación está relacionada con la posibilidad de racionalizar la aplicación de la pena. En efecto, si bien la pena no es la solución para los innumerables conflictos sociales, como se verá más adelante, el ordenamiento jurídico en los países de cultura jurídica avanzada, que todavía impone límites rígidos a la coerción estatal, viene flexibilizando de manera peligrosa los mínimos aceptables de ésta.

III. La pena privativa de libertad y otras alternativas

La prisión como institución penal no es una creación antigua, tanto es así que en la Edad Media apenas existía, y en Roma los hombres libres no la sufrían [mejor invertir, primero lo más antiguo y después lo más reciente]. Las primeras “Casas de corrección” surgen entre los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza. En Inglaterra tenían como objetivo la reclusión y la reforma; eran casas de corrección destinadas a vagabundos, mendigos, prostitutas, pobres, pequeños delincuentes e incluso locos. En Holanda también son enviados a las instituciones penitenciarias todo tipo de delincuentes, tanto menores como peligrosos. La duración de la detención era indeterminada. El penado salía cuando estaba corregido o no era más útil para el trabajo que se desarrollaba en estos establecimientos carcelarios. Alemania también sigue el ejemplo holandés del principio del trabajo forzoso. La excepción la constituye Suiza, que en el siglo XVII, construye su sistema a partir del trabajo útil de los detenidos, y no del mero tormento⁷.

Sin embargo, bajo la influencia de John Howard las penas de prisión se empiezan a dotar de aspiraciones y contenidos más amplios que la mera segregación de los condenados. Con ello los sistemas penitenciarios aparecen vinculados a los movimientos de reforma. Se pretende asegurar que el custodiado sea reeducado en condiciones de privación de libertad. La denuncia del estado de las prisiones

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991, p. 3.

⁶ Bacigalupo cita a Liszt para sostener la necesidad de la pena proporcionada: De todo ello deduce Liszt un principio que lo separa radicalmente de las teorías absolutas: sólo la pena necesaria es justa. La pena debe ser entonces coacción psicológica o motivación. Aparece como una adaptación artificial del delincuente a la sociedad, sea mediante mejoramiento o intimidación. BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1993, p. 62.

⁷ GARCÍA VALDES, Carlos, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, CPC, n. 1, Madrid, 1977, pp. 43 a 45.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

efectuado por Howard coincide con la del sistema punitivo por parte de Beccaria, lo cual abre paso a la conciencia de la necesidad de un derecho punitivo más humano.

El primer sistema penitenciario que recoge estas ideas aparece a finales del siglo XVIII. Es el llamado pensilvánico o filadélfico, caracterizado por el aislamiento absoluto de los reclusos con respecto al exterior y entre ellos mismos. Este régimen pretendía obtener el arrepentimiento del condenado a través de la meditación y evitar el “contagio” entre los penados. Se pueden listar aquí los numerosos efectos negativos de este sistema: llevaba al suicidio, la neurosis, la irreversibilidad del individuo, además mantenía al sujeto en un completo régimen de improductividad laboral, lo que finalmente le llevó a la ruina.

El sistema pensilvánico dio paso al auburniano, así denominado por haber sido aplicado en la prisión de *Alburn*, donde se cambió la lógica del completo aislamiento por la reclusión nocturna en celdas, pero permitiendo el trabajo diurno, si bien los presos no podían hablar entre sí. Sin embargo, aunque este sistema supone una parcial mejora en las condiciones de vida del preso y una ganancia para el Estado (porque los presos pasan a ejercer una actividad laboral), no significó una esencial mejora en las condiciones de vida en las prisiones, puesto que no se eliminaron los castigos corporales.

Aún hoy muchos de los sistemas penitenciarios están organizados bajo la filosofía de los sistemas progresivos, que aparecieron en Inglaterra en la primera mitad del siglo XIX, formulados por algunos directores de cárceles que pretendían encauzar el deseo de libertad de los reclusos, estimulándoles a la emulación como vía para salir de la prisión. Como denota del nombre, la idea es preparar progresivamente el penado para la libertad con la introducción de fases en el cumplimiento de la pena, que van desde las reclusiones más duras hasta la libertad condicionada. Sus principios se basan en las tesis rehabilitadoras, una vez superadas la pura expiación y la corrección moral de los penados que guiaban a los regímenes anteriores.

Actualmente la institución penitenciaria es un modelo francamente en crisis, no sólo porque precariamente cumple uno de sus objetivos –la reinserción social–, sino también porque en una sociedad pluricultural el propio concepto de resocialización se ve puesto en cuestión. Son numerosas las investigaciones sobre la efectividad de la pena privativa de libertad que ponen en tela de juicio el objetivo reformador de la cárcel. En general está demostrado que éste tipo de respuesta al delito no persigue resocializar, sino que, por el contrario, estigmatiza. Es decir, en algunos tipos de conductas delictivas llega a suceder que lo que implica un mayor rechazo por el medio social no es el hecho de haberlas cometido, sino el propio cumplimiento de la pena de prisión. En efecto, la privación de libertad, ni intimida a los delincuentes más peligrosos, ni tampoco los resocializa, sino que provoca un efecto inverso de marginación de los pequeños delincuentes que la sufre y también produce una importante carga para la familia del penado. Además, también ha supuesto un

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

considerable coste económico para el Estado, en vista del aumento de la población carcelaria, llegando en algunos países a niveles insostenibles. Otro fenómeno a tener en cuenta es la hipertrofia que provoca este tipo de pena, lo que una vez más pone en tela de juicio la eficacia del sistema preventivo. En definitiva, la cárcel deja secuelas psíquicas y sociales irreparables en el penado además de provocar -en muchos casos- un efecto criminógeno difícil de reparar.

La ruina de la institución de la pena privativa de libertad es un hecho real y sin fronteras. Aunque en algunos países esta realidad se presenta como flagrantemente problemática y en otros no tanto, casi todos los estudiosos (penalistas, criminólogos y sociólogos) señalan la necesidad de buscar formas alternativas a este tipo de pena. Los motivos por los cuales la privación de libertad da señales de agotamiento son diversos, aunque lo principal es su incapacidad para conciliar la finalidad clásica de la pena -sea ella retributiva o incluso preventiva- con su realidad concreta.

Pese a todos los aspectos negativos de la privación de la libertad mencionados, es cierto que consigue neutralizar a algunos individuos que amenazan gravemente el sistema social, principalmente aquellos violentos y peligrosos. Quizás esta es una de las razones por las que nuestro sistema no ha prescindido de ella. De cualquier forma, abolirla actualmente supondría un cambio estructural en el sistema penal difícil de realizar en la práctica. Sin embargo, ello no supone excluir la posibilidad de sustituir la privación de la libertad por otras formas alternativas de pena con una función semejante. En efecto, frente a las sólidas críticas al sistema celular, que ponen en duda su eficacia, han surgido muchas alternativas que intentan dar nuevas soluciones al problema del cumplimiento de las sanciones estatales.

Uno de los planteamientos contemporáneos para mejorar la ejecución de la pena de privación de libertad es la prisión abierta, su aplicación rebaja la carga de las coacciones a que es sometida el delincuente en el sistema tradicional prisional cerrado. Aunque ya constituyen la penúltima fase del sistema progresivo, responden a una filosofía preventiva resocializadora. Este régimen suprime los tradicionales medios carcelarios para incorporar medios de coacción blandos, capaces de aumentar los niveles de reinserción social del penado.

Otra alternativa a la pena privativa de la libertad, esta vez desde fuera de sus fronteras, es la pena pecuniaria. Esta busca afectar directamente al patrimonio del individuo, algo que, sin duda, en muchos casos representa un factor muy potente de persuasión contra el crimen. Sin embargo, en las diversas legislaciones en que se ha aplicado, se ha optado por ella en los casos en que el supuesto delictivo comporta una lesividad moderada de los bienes jurídicos. De cualquier forma, ese modelo no es nuevo, y su aplicación se reporta ya en las legislaciones romanas (en Roma los magistrados además de las multas imponían verdaderas penas pecuniarias); germánicas (en el derecho germánico existía una multa de carácter penal por

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

violación del orden jurídico) y en el derecho canónico (se aplicó a partir del siglo XI; además de la confiscación de bienes de los herejes)⁸.

Actualmente es más común en los códigos modernos la pena de multa, que suele ser aplicada con arreglo a la condición económica del penado. Puede ser de mayor o menor cuantía en función de la situación económica del penado. Las ventajas de esta especie sancionadora en relación a las otras es su alto nivel de eficacia, que la convierte en una solución a ser tomada en consideración, aunque en el derecho moderno –en muchos casos– carece de efectos preventivos. Lo más destacable de esta pena es que puede sustituir razonablemente bien a la privación de libertad de corta duración, eliminando sus inconvenientes. A diferencia de la privación de la libertad no añade una degradación psicológica para el penado y su familia, ni tampoco constituye un obstáculo para la rehabilitación social de la persona afectada.

Ahora bien, la insolvencia del delincuente puede ser un impedimento para aplicación de la pena de multa. Es difícil establecer una multa para determinados tipos de delincuencia de baja gravedad, cuyos actores disponen de pocos medios para el sustento personal y de su familia y no pueden sufragar los gastos de la multa. En el extremo contrario, la aplicación de la pena de multa puede no tener ningún efecto preventivo para los delitos de gran calado financiero, en los casos en que los penados son adinerados, en cuyo caso el pago de determinada suma no supone ningún sacrificio para el condenado. En ambas hipótesis, los efectos de este tipo sanción son inocuos, en un caso porque la insolvencia obliga al juez a aplicar otro tipo de pena, y en el otro porque el objetivo de la pena se ve mermado.

Las penas privativas de derechos también aparecieron como una solución razonable para amenizar el impacto (individual y social) que genera la privación de la libertad. Son medidas que, sin perder su carácter sancionador y aflictivo, aparecen como un sustituto de la prisión convencional. Por ejemplo, la restricción de derechos comporta una disminución sustancial en el ámbito de la libertad de acción del sujeto, sin que suponga el trauma personal y social de la privación de la libertad. Presenta el problema de que para una serie de supuestos no cumple los objetivos preventivos que se le pide a la pena. Es decir, para muchos delincuentes la amenaza que supone la restricción en el ámbito de las facultades de actuar no surte el efecto deseado, puesto que no les causa temor a la hora de infringir la norma. Esto se ha visto, por ejemplo, en las legislaciones que han aplicado penas privativas de derechos para los delitos de tráfico. Un gran número de conductores no se sienten intimidados debido al bajo grado de amenaza aparejada en la sanción en abstracto.

VI. El abolicionismo penal

El pensamiento abolicionista en el sistema penal tiene sus raíces en el método filosófico fenomenológico y, desde el punto de vista del delito, se opone a una solución estatal de los conflictos y plantea una política criminal desreguladora. Aunque no cabe

⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal (Parte general)*, Bosch, Barcelona, 1926, p. 534.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

aquí profundizar en su estudio, quisiéramos hacer una aproximación a algunos aspectos de este movimiento que, pese a haber sido objeto de críticas profundas desde la doctrina del Derecho penal, ha contribuido a generar nuevos debates sobre la sanción dentro de las teorías penales. Las críticas del movimiento abolicionista favorecieron el debate en torno a la humanización del sistema penal a través sus contundentes objeciones al mismo.

En las distintas vertientes del abolicionismo podemos hallar importantes planteamientos que se resumen en dos principales, que se basan tanto en la criminología crítica de tendencia marxista⁹; como en el anarquismo libertario autogestionario que, en contra de la marxista, plantea la respuesta social al problema del conflicto no desde la mera represión, sino a través de la mediación en el mismo. Dentro de la primera corriente algunos pretenden la abolición sólo de la pena privativa de libertad, aduciendo que su fundamento está en el sistema de producción capitalista, en el que la sanción se basa en un sistema autoritario proveniente del capitalismo tardío (Mathiesen). En el segundo grupo se plantean la eliminación del sistema penal en su totalidad como una realidad que nace de la propia idea lógica de justicia (Hulsman) y deposita una confianza mayor en los procesos de regulación social que en las estructuras estatales.

Sin prejuicio de muchos otros, los postulados fundamentales del abolicionismo son: que el sistema penal está concebido para hacer el mal, que es una respuesta pública violenta, que puede incitar la violencia en otros ámbitos de la vida y que mantiene la falsa idea de poder proporcionar a las víctimas ayuda y protección¹⁰.

Quizás el interés por el abolicionismo esté asociado a la propia crisis de la criminología y del sistema penal que no ha conseguido resolver de forma satisfactoria –o lo ha hecho de forma parcial– los conflictos de tipo social.

La primera crítica que se dirige a este pensamiento es que sus defensores no desarrollan un proyecto alternativo a la privación de libertad y al sistema penal que sea viable. En consecuencia, el abolicionismo es tachado de utópico por su excesiva confianza en la resolución autónoma de los conflictos sociales, mientras que desconfía del poder del Estado y de sus instituciones. Además sostiene la idea de la supresión del castigo desde de la posición de la víctima (que tiene derecho a sancionar al culpable)¹¹ o desde planteamientos que critican la gran impunidad de los criminales poderosos.

⁹ Las diversas teorías críticas planteadas (teoría de las subculturas criminales, concepciones psicoanalíticas, teoría del etiquetamiento), han contribuido sobre todo a derrumbar los fundamentos ideológicos del Derecho penal tradicional, que consideraba el delito como una patología social.

¹⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El pensamiento abolicionista” en: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 40.

¹¹ No compartimos esta última idea toda vez que supone un retroceso, ya que parece cercana a la de la venganza privada, que afortunadamente ya forma parte de la historia de nuestras legislaciones.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Tienen mucho fundamento las afirmaciones de Demetrio Crespo, que sitúan el abolicionismo en una dirección deseable y correcta, pero señalan que antes debe existir un paso previo consistente en un Derecho penal de intervención mínima que avanza en el sentido garantista, incluso incorporando nuevos límites y una progresiva humanización del sistema¹². En efecto, un derecho penal subsidiario sería previo a la abolición del sistema penal, pues éste es un objetivo a alcanzar con el avance de la sociedad. Sin embargo, lo más preocupante hoy es el reciente retroceso con respecto a la noción de un derecho penal mínimo y de respeto a las garantías formales para su intervención que vienen apareciendo en nuestro sistema en detrimento de una creciente criminalización.

En definitiva, las pretensiones abolicionistas parecen muy deseables, tanto es así que se pueden compartir desde muchos puntos de vista, pero todavía está lejos el tiempo en que veremos abolido el *ius puniendi* estatal. Está muy lejos todavía el tiempo en que el poder estatal usará su capacidad para establecer sanciones solamente contra el núcleo duro de la criminalidad (delitos socioeconómico, violentos contra la vida o contra la libertad). No obstante, en este trabajo no vamos entrar a problematizar sobre la complicada cuestión de la legitimidad del poder estatal para crear delitos y punir al delincuente.

VII. Valoración final

Descartando, por el momento la posibilidad de acoger por la vía práctica las tesis abolicionistas en materia sancionadora, nos resta afirmar que, aunque los sistemas tradicionales de aplicación de las penas han pervivido hasta nuestros días, su validez general está seriamente puesta en duda. La pretendida reinserción social del sistema carcelario no cumple sus objetivos siquiera entre los delincuentes peligrosos¹³. No es descabellado decir que siquiera cumple el objetivo de la reinserción entre los delincuentes peligrosos. La realidad penitenciaria actual es claramente insatisfactoria, puesto que una de las finalidades del encarcelamiento debía ser la enmienda, pero en la práctica se sigue manteniendo una lógica dentro de la cual el detenido es humillado y tratado como un ser inepto para la vida social.

¹² DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El pensamiento...”, *op. cit.*, p. 51.

¹³ En la actualidad se vive, existen experiencias que intentan reducir el área de aplicación de la pena de prisión, que se fundamenta en un complejo de motivaciones: en primer lugar, por una acentuación de la fase de criminalización primaria no siempre de manera racional, que crea una verdadera “inflación penal” e impulsa un uso económico de la pena en general y de la privativa de libertad en particular (Bricola, 1977, 364); en segundo lugar, por un incremento de la criminalización secundaria, que eleva progresivamente los índices de delincuencia, de la población carcelaria y de reincidencia, frente al cual la prisión no tiene respuesta satisfactoria y en tercer lugar, la reconsideración crítica con respecto de las posibilidades reales de llevar a cabo un proceso de resocialización a través de la institución carcelaria”. Vid. DE SALA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la pena de prisión*, PPU, Barcelona, 1996, p. 8.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Urge, por lo tanto, buscar una solución ajustada que atienda las necesidades de la sociedad contemporánea, sin eliminar las garantías del condenado, puesto que para el derecho penal éste debe ser tratado como una persona portadora de derechos y garantías de carácter general.

Sin embargo, no parece que en la actualidad el legislador quiera seguir este camino. La esquizofrenia en materia sancionadora ha alcanzado niveles escalofriantes. Solo por citar un ejemplo, en el ámbito de la UE se ha llevado el modelo criminalizador a materias antes alejadas del ámbito sancionador. Se ha disfrazado la pena privativa de libertad de muchas formas, en algunos casos llamándola con otro nombre: internamiento. Así es como se denomina la reclusión de los ciudadanos extranjeros que no dispongan de permiso legal de residencia en el ámbito de la Unión Europea. Fue así que el Parlamento Europeo aprobó la Directiva de Retorno (Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008) que prevé el internamiento de hasta 6 meses con una simple orden administrativa para los extranjeros extracomunitarios que no disponen del permiso de residencia dentro de la Unión¹⁴. Está flagrante vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona aprobada en el legislativo comunitario debe ser armonizada en toda la Unión¹⁵. Como si no fuera suficiente, en esta misma dirección Italia ha introducido (en el Código penal – 2009) el llamado delito de inmigración ilegal, que sanciona con pena de cárcel a los extranjeros que permanezcan en su territorio sin los permisos legales de residencia. No se puede negar que estos ejemplos denotan una clara orientación criminalizadora del sistema penal occidental. El mal llamado “Pacchetto Sicurezza” que contiene la “legge n. 92/2008, de 24 de luglio 2008 (Gazzeta Ufficiale de 24 luglio, n 170) del gobierno italiano, elevó al rango de delito la simple permanencia en territorio nacional de las personas que no porten permisos de residencia¹⁶. ¿Qué lesión grave a un valor constitucionalmente relevante hay en esta

¹⁴ Directiva 2008/115/CE:

art. 15. 5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve en buen término. Cada Estado Miembro fijará un periodo limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses, más con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, puede presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido: a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate o b) demora en la obtención de terceros de la documentación necesaria.

¹⁵ No se puede aceptar que dicha normativa obedezca el consagrado principio de *nulla poena sine crimen*.

¹⁶ La ley italiana impone sanciones penales por infracciones administrativas en conductas como permanecer en territorio italiano cuando expira la validez de un visado, la entrada irregular en el territorio. Si bien la Directiva de la Unión Europea planteaba para estos casos una larga prisión administrativa, la legislación italiana la convirtió estas infracciones administrativas en delito. Esta ley introduce un nuevo delito rubricado como “ingresso e soggiorno illegale nello Stato” con el art. 10. bis del texto único sobre la inmigración, que pune con la multa de 5000 a 10000 euros al extranjero que entra ilegalmente en el territorio del Estado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

conducta para comportar una sanción penal? Aquí la criminalización no se justifica, puesto que no estamos ante un atentado grave a la convivencia, requisito exigible para calificar una acción como penalmente punible, sino que, como mucho, estamos ante una infracción de orden administrativa.

Al contrario de esta tendencia, lo más racional, a nuestro juicio, es probar el recurso a la descriminalización o por lo menos una mejora sustancial en los criterios objetivos a la hora de la criminalización de determinadas conductas. La descriminalización es el proceso por el cual ciertos comportamientos que el legislador había clasificado como crimen en un momento dado son eliminados de dicha categoría¹⁷. No parece insensato sostener que esas medidas producen una mejora en los resultados en la aplicación de la pena. Por el contrario, carece de fundamentación jurídica y criminológica que comportamientos adecuados a la convivencia, que no constituyen un peligro grave para el individuo y la sociedad, como el hecho arriba expuesto, sean incluidos en las estrictas listas de las conductas criminales bajo la tipificación de los códigos penales actuales. Sin hablar de la fuerte carga sancionadora que viene aparejada con estos delitos.

Una medida de racionalidad a la hora de tipificar una conducta puede reducir de manera importante el número de penados. Se dejaría la sanción penal solamente para aquellas conductas más graves, que afectan de manera determinante al sistema de convivencia. Esto tiene la ventaja de aliviar la carga sobre el sistema penal, permitiéndole el desarrollo de un buen trabajo cuando el asunto reviste gravedad. Por otro lado, esta opción reduce los males que la sanción penal comporta al sistema y al individuo. Ahorra al sistema las consecuencias económicas y sociales del delito y de la sanción. Naturalmente, hablar de uso del Derecho penal en los extremos más graves de la fricción en la convivencia no es ninguna novedad, es uno de los principios básicos de cualquier ordenamiento penal liberal. Una prerrogativa que nos reporta a los clásicos del derecho penal, como lo eran Howard y Beccaria¹⁸. Además, la criminalización aplicada sólo de forma moderada también tiene la ventaja de alejar del sistema de justicia penal a los infractores de las normas que no

Art. 10. bis (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato) 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007 n. 68 è punito con l'ammenda de 5000 a 10000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

¹⁷ RICO, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Editora siglo XXI, México, 1979, p. 130

¹⁸ “*Ogni pena che non derivi dell'assoluta necessità, dice Il gande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che no derivi dall'asoluta necessità è tirannico*”. De esa manera radicalmente opuesta a la criminalización se expresaba: BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e delle pene*, Acquarelli, Bussolengo, 1996, p. 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

revisten gravedad, dejando la solución de este tipo de problema a cargo de las numerosas instituciones sociales ajenas al derecho sancionador.

Cuando la descriminalización no fuera posible y la sanción sea necesaria en vista de la gravedad del delito, un criterio importante dentro del sistema sancionador que evita ahondar la ruina del sistema es que no se debe aplicar ninguna sanción más severa que la racionalmente merecida con arreglo al acto criminal por el cual el autor haya sido condenado. Ello permite que el penado salde de manera solvente y justa sus deudas con la sociedad y vuelva a participar lo más antes posible de la convivencia social.

BIBLIOGRAFÍA:

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, 12 ed., Giuffré, Milano, 1991.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1993.

BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e delle pene*, Acquarelli, Bussolengo, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal (Parte general)*, Bosch, Barcelona, 1926.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "El pensamiento abolicionista" en: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995.

DE SALA DUEÑAS, Angel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la pena de prisión*, PPU, Barcelona, 1996.

GARCÍA VALDES, Carlos, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, CPC, n. 1, Madrid, 1977.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

SANGUINETI, Luigi Maria, *Diritto Penale Ragionato: dolo, colpa nesso di causalità, reato continuato delitti contro la famiglia, la libertà sessuale, la inviolabilità del domicilio e dei segreti*, Giuffré Editore, Milano, 2002.

RICO, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Editora siglo XXI, México, 1979.