

EL DELINCUENTE VIOLENTO Y LA FUNCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal – Universitat Rovira i Virgili

delincuencia violenta – penas alternativas a la prisión
penas privativas de libertad – prisión – sistema penal

La pena de prisión está prevista indistintamente para actos violentos y actos que no lo son, e incluso muchas conductas no violentas tienen previstos castigos más severos que algunas conductas violentas; se propone aquí una reflexión sobre la función de la cárcel y la configuración del sistema penal en relación con la seguridad o la inseguridad y su conexión con la delincuencia violenta.

Recibido: 22/07/09

Publicado: 27/07/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

1. La necesaria revisión de las respuestas comunes 2. La violencia como concepto jurídico y como *parte de la cultura* de nuestro tiempo 3. La violencia y la reducción del derecho penal 4. Violencia, miedo, inseguridad, y recurso a la prisión 5. La reconsideración del recurso a la pena de prisión 5.1. El reproche de “abolucionismo” 5.2. La cárcel como respuesta adecuada frente a sujetos “importantes” pero no peligrosos 5.3. La innecesaria homogeneidad de la respuesta penal 5.4. La difícil selección de lo violento 5.5. El efecto clasista 5.6. La prisión como recurso final inevitable 6. A modo de conclusión

1. La necesaria revisión de las respuestas comunes

Cuando en los Códigos penales se comprueba que la pena de prisión está prevista indistintamente para actos violentos y actos que no lo son, y que incluso muchas conductas no violentas, como falsedades, corrupción de funcionarios, delitos patrimoniales no violentos, algunos delitos de riesgo, tienen previstos castigos más severos que algunas conductas violentas, hay que llegar a la conclusión de que el ingrediente de *violencia* no determina visiblemente un aumento de lo injusto más que en algunos delitos concretos (robo, allanamiento).

Paralelamente se registra un permanente cuestionamiento de la utilidad de la prisión, y aumenta cada día el número de penalistas que entienden que la prisión, como respuesta frente a la criminalidad no violenta, no tiene sentido, más allá de la estrictamente necesaria prisión provisional para evitar fugas o destrucciones de documentos, pero siempre dando prioridad a otras penas como son, especialmente, las privativas de derechos, que a su vez tienen que ser objeto de revisión y reformulación. Es sabido que el cuestionamiento de la pena de prisión no sirve de nada, pues esa clase de pena continua siendo el primer *castigo natural* para toda especie de delito, y muy difícilmente los legisladores aceptan asumir la eventual reacción contraria de la opinión

pública (sin entrar aquí en lo que haya que entender por “opinión pública”). Por si esa primacía natural no fuera suficiente, la regulación jurídica de la determinación y ejecución de la pena aporta su importante contribución, y así todas las reformas operadas desde la entrada en vigor del CP de 1995 se han orientado a exasperarla y hacer más duro su cumplimiento¹. Es cierto que la pena de privación de libertad ha sido eliminada en algunos pocos delitos –que ahora se castigan con multas o privaciones de derechos y antes se castigaban con prisión–, pero no es preciso hacer un examen muy complicado para verificar la ausencia de *un debate profundo sobre les primacía natural*.

Lo cierto, pese a todo, es que el sistema penal contempla la pena de prisión como consecuencia tan lógica para los delitos violentos como para los delitos no violentos, lo cual es en esencia contradictorio, y, además olvida la vieja preocupación por trazar diferencias entre la criminalidad violenta y la no violenta. En el clasicismo penal se decía que todos los delitos podrían reunirse en torno a las ideas de “fuerza” y de “fraude”², y la primitiva criminología y sociología criminal alumbrada por el positivismo trazaba netas diferencias entre el delincuente violento y el no violento, registrándose en ese tema, por cierto, la equivocación de pronóstico en que incurrieron los positivistas, que estaban convencidos de que conforme las sociedades se fueran desarrollando y aumentara la técnica y el bienestar material, se iría reduciendo la criminalidad violenta y aumentando la criminalidad astuta o fraudulenta. Tenía una explicación, de todos modos, su separación de los delincuentes en dos categorías, puesto que el *objeto único* del positivismo determinista era el *delincuente violento*, y para él se preconizaba la inocuización en nombre de la defensa social frente a su peligrosidad.

No hay razón para sostener que aquella distinción de hace un siglo haya perdido razón de ser, como tampoco sería admisible *un derecho penal de la violencia* diferente del derecho penal para los actos no violentos. Debe de establecerse una doble política criminal en lo que concierne a prevención y reacción, cierto, pero dentro de los objetivos de una política criminal común, pues lo contrario podría conducir a un binarismo intolerable.

2. La violencia como concepto jurídico y como parte de la cultura de nuestro tiempo

Parece haber unanimidad en torno a la idea de que nuestro tiempo ha acogido la violencia como un elemento de la vida cotidiana, que despliega su presencia sin duda en el delito, pero también en otros conflictos, y es materia presente en el cine, la televisión y la literatura, además, cómo no, de ser tema cotidiano en la información de prensa y radio. Convivimos, pues, con la violencia, y al derecho penal se le encomienda la lucha contra la violencia, lo cual hace que el encargo sea difícil de cumplir con éxito.

Nada de extraño tiene, para los penalistas, que la sociedad que tan cómodamente convive y acepta la estética de la violencia, deplora la incapacidad del derecho penal para atajar a esa violencia, se manifieste en la calle o en la pareja, en la escuela o en espectáculos deportivos.

¹ Cfr. García Albero, Ramón / Tamarit Sumalla, Josep Maria, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; José Luis Díez Ripollés, “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-07 (2006).

² La idea estaba ya en Hobbes, que en su *Leviatán* escribió: “[...] consecuencia de esta guerra de todos contra todos es que nada puede ser injusto, y la fuerza y el fraude son en la guerra las dos virtudes cardinales [...]”(Cap. XIII, 13).

Pero hay un hecho cierto, y que se corresponde también con la *percepción ciudadana*: según se aprecia en las últimas Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en España está produciéndose un preocupante aumento del número de delitos violentos, incluyendo el de homicidios y asesinatos, sin entrar a analizar las causas o factores que lo determinan, pues eso nos llevaría muy lejos. Los más alarmistas entienden que la modernización o la evolución social conducen *inexorablemente* al empeoramiento, de la clase de criminalidad que esa sociedad produce. Otros, más resignados, temen que el progreso económico, el desarrollo cultural o la mera evolución de la sociedad tenga necesariamente un precio plasmado en el aumento de delitos, y, lo que es peor, en el aumento de los delitos más graves.

Todo eso es, como no, tema estrella en el debate político, tal como lo hemos podido comprobar en las pasadas elecciones: la inseguridad es una consecuencia de la mala gestión de los políticos, y de nada vale invocar razones de otra clase. Las virtudes del aumento constante de la represión no parecen ser puestas en juicio por nadie, con una convicción más o menos expresa de que sólo sirve la dureza, y cuanto más, mejor.

Los penalistas debemos poner de nuestra parte lo posible para que la ciudadanía evite esa simplista explicación del mal y selección de la receta curativa. Sin duda que la criminalidad es *coherente* con las características de cada sociedad, y en la historia de nuestra disciplina se registran numerosos modelos de explicación de la cantidad y clase de la criminalidad así como de predicción estadística³.

La Criminología de nuestro tiempo no se aglutina en una sola orientación ideológica, y parecen superados los años en que algún grupo pretendió dar explicaciones tan completas como insuficientes –en el mejor de los casos– acerca de la génesis del crimen y de la violencia misma. En los años 70 se extendieron ideas como las del *labeling approach* o las del grupo de la criminología crítica encabezado por Jock Young y Ian Taylor –en el cual estuvo, aunque sólo en un primer período, una personalidad de la importancia de Alessandro Baratta⁴–, el *European Group for the Study of Deviance and Social Control*, aglutinado, en el fondo, en torno a la idea de que la totalidad del sistema penal no era otra cosa que respuestas de opresores sobre oprimidos, y, por lo mismo el derecho y los tribunales, meros instrumentos de control social. Por supuesto no se ofrecía un sistema alternativo y articulado, lo cual hizo que el

³ Los primeros ensayos de estadística criminal datan de la primera mitad del s. XIX. Esos trabajos darían paso a la Sociología criminal, y dentro de ella se propusieron al correr los años teorías múltiples, que no es del caso enumerar ahora, de entre las cuales algunas fueron particularmente sugestivas en su época, como la llamada ley de “saturación criminal” formulada por Enrico Ferri en 1887, conforme a la cual, y según él, existe una relación directa entre ingredientes sociales y económicos y número y clase de delitos. Esos ejercicios estadísticos tuvieron y tienen, qué duda cabe, una parte de razón., pero sólo eso, una parte. En otra dirección, la Escuela de Lyon (Lacassagne y Tarde) desarrolló también a fines del s.XIX sus ideas sobre la gestación biológica del delito (la sociedad como caldo de cultivo en el que crece el virus, que es el delincuente). Por el contrario, otros movimientos han partido de factores diferentes, como, por ejemplo, la inmigración masiva de italianos en relación con el nacimiento de la mafia.

⁴ Su extraordinario libro *Criminología crítica e crítica del diritto penale*, Bolonia, 1982, expresa su pensamiento de aquellos años. Lo realmente significativo es que Baratta no podía seguir la senda del abolicionismo que era la más atractiva para el grupo. Baratta había llegado a la criminología crítica desde la sociología crítica, pero aceptando que la idea de una sociedad perfecta que lograra desprenderse del derecho penal era utópica. Así las cosas lo único que podía razonablemente impulsarse era la reducción del recurso al derecho penal hasta conseguir un derecho penal mínimo (*vid.*: “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della lege penale”, en *Dei delitti e delle pene*, III, 3).

movimiento, brillante en la crítica destructiva, perdiera paulatinamente interés, aun cuando sus más destacados miembros no lo ven así⁵.

En la misma línea se situaba, con especial referencia a la prisión, Michel Foucault y su famoso libro *Surveiller et punir* (1975), en el que a partir de un análisis histórico del uso de la represión llega a la concreción de su tesis central según la cual la base de las sociedades modernas es una rigurosa organización de la disciplina, y es en ese marco en el que se inserta la función de la cárcel. Se trata pues de una tesis atractiva como todas las destructivas, pero que no resiste un análisis profundo, no ya jurídico, sino ni siquiera sociológico. No ha de extrañar, por lo tanto, que aunque las ideas de la criminología crítica o las de Foucault sigan teniendo defensores y seguidores, no han conseguido impregnar plenamente ninguna línea destacable de pensamiento penalístico, o, si se prefiere, de explicar y comprender lo que el *problema penal para las sociedades de nuestro tiempo*.

Por supuesto que mucho menos es capaz de hacerlo la criminología “clásica” o “liberal”, que comparte la aceptación del Derecho Penal como sistema necesario. Pero sus ideas sobre la etiología del crimen se perciben como caducadas cuando se trasladan a la efectiva creciente violencia de hoy –incluso excluyendo la específicamente terrorista– protagonizada por tipos de persona que escapan de aquellos análisis, como son los que pertenecen a la criminalidad organizada, las bandas del Este o de Latinoamérica, los miembros de los disueltos ejércitos de Estados antes comunistas, por citar ejemplos conocidos. Mención separada merece la llamada violencia de género.

Sería grave miopía olvidar la aportación que la desigualdad social, el sistema de reparto del poder y la riqueza, la crisis misma del modo de producción capitalista, la debilitación de los antiguos esquemas de relación entre poder empresarial y poder sindical, han hecho a la realidad de la sociedad de nuestro tiempo. La traducción de todo eso en explicaciones tanto de la criminalidad como del modo en que se utiliza el sistema represivo es, en cambio, mucho más complicada, y a ello se están dedicando complejos análisis que se esfuerzan por comprender los cambios culturales y sociales que ha traído la llamada posmodernidad, frente a explicaciones criminológicas que mantienen un ingenuo etiquetamiento y repartos de papeles que hace ya muchos años que ha periclitado. El derecho penal es poder y es represión, pero el salto a la simplista afirmación de que es “superestructura instrumentalmente puesta al servicio del bloque dominante para controlar la eficacia de la explotación”, como se dijo en un tiempo, no es ya posible⁶.

Por eso mismo la moderna sociología criminal renuncia a explicar la producción de delitos con tan lineal simpleza, sobretodo porque de una lado se ha desarrollado hasta niveles desconocidos en el pasado la psiquiatría y psicología criminal, pero sobre todo por el grado de conflictos que arrastra el progresivo crecimiento de la masa urbana con desaparición de vida en pueblos o zonas rurales, pero sin ofrecer paralelamente una esperanza de vida digna en las metas urbanas a donde va a parar esa masa. La progresiva reducción de la delincuencia rural no indica que en el agro sean más buenos y justos, sino que cada vez vive menos gente. Del mismo modo, el aumento de la

⁵ Como puede leerse en Renm van Swaaningen: “Critical Criminology on the European Continent: Its History, Rise, Fall and Resurrection”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, Kluwer Law Internacional, vol.1, 1998.

⁶ De especial interés a este respecto es el excelente trabajo de Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo portmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

criminalidad urbana no procede de la influencia nociva del espacio urbano, sino de la acumulación demográfica y las mejores condiciones de clandestinidad que ofrece a grupos o individuos, sin caer en la consabida imputación a la inmigración, sin negar que desde fuera han llegado grupos de delincuencia profesional.

En suma pues, el crimen es a la vez un hecho social y un suceso individual, y partiendo de esa constatación ha de aceptarse un importante grado de imprevisibilidad de los derroteros por los que puede desarrollarse la criminalidad en el futuro más o menos inmediato. La afirmación, a veces oída en voces sin dudas cargadas de buena intención, de que el delito es fruto del egoísmo de unos, que arroja a las tinieblas de la desesperación a muchos desfavorecidos sembrando así la semilla del drama criminal, del que será causa principal el sistema social y económico, es inadmisibles por parcial o superficial. Por otra parte, el enorme volumen de delincuencia de altos vuelos que conoce nuestra sociedad no se puede explicar en nombre de especie alguna de marginación, sino de la pura y simple codicia o ambición.

No obstante, y aun dentro de la labilidad de los pronósticos o explicaciones de la criminalidad, algo nuevo está sucediendo en las sociedades europeas para que incluso naciones tradicionalmente muy pacíficas se estén transformando en escenarios de desmedidas violencias callejeras o de crímenes espeluznantes. El constante aumento de la criminalidad violenta en España, plasmado en el número de delitos contra la vida, la integridad física o la libertad es elocuente. En cabeza, por supuesto, se coloca la llamada violencia de género, terreno en el que cunde la sensación de impotencia del derecho penal; pero a la vez hay que contemplar el incremento del número de delitos contra la vida y la integridad física⁷, que constituyen una cuarta parte del total de los delitos dolosos.

Crece pues la violencia, y en algunos casos se ven muestras de crueldad extrema. Eso propicia que algún sociólogo hable del agotamiento del mito de la felicidad de las democracias capitalistas, olvidando que en las democracias “fallidas”, donde el Estado institucional tiene un funcionamiento peor, la violencia es mucho mayor, por no hablar de la calidad media de vida en lugares de la Tierra que apenas pueden considerarse Estados operativos, en los que impera simplemente la ley del más fuerte. También, cómo no, se propicia la xenofobia pues es fácil imputar a la inmigración del este europeo, a la latinoamericana, a la norteafricana o a la asiática la causa única del incremento de delitos. Cuando se hace eso se apunta sin duda a un hecho cierto que sería ingenuo negar: la fuerte presencia de personalidades criminales entre esos colectivos; pero si sólo se dice eso se olvida también que pertenecen a esos

⁷ Excluyo del análisis la violencia terrorista etarra y también los problemas del terrorismo islamista en Europa, tema que requiere su propio estudio. La violencia de ese origen *llueve* sobre las sociedades occidentales absorbiendo una buena parte de sus esfuerzos en la prevención del crimen, con el sobreañadido problema de la inutilidad de las ideas de prevención general o especial, absurdas ante realidades como el delincuente suicida. Se trata de un enfrentamiento entre democracias más o menos imperfectas y sistemas autoritarios y reaccionarios o teocráticos que han decidido liberar su frustración colectiva por la vía de no transitar jamás hacia el Estado de Derecho y sus derechos y libertades, panorama que, a su vez, se contempla como un invento satánico, y, simultáneamente, culpar a Occidente, *lato senso*, de todos sus problemas. Por lo tanto, sería descabellado tratar el tema de la expansión de la violencia islamista como un problema del derecho penal, de la política criminal o de la criminología. (del tema me ocupo en G. Quintero, “La revisión del delito político, la nueva concepción del terrorismo y la satanización del islamismo”, en el Libro conjunto *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, coord. por Cancio Meliá y Gómez Jara. Edisofer, Buenos Aires - Madrid, 2006).

mismos grupos humanos las principales víctimas de muchos delitos de explotación cometidos incluso por sus propios compatriotas.

Es sabido que la marginación, que existe en nuestra sociedad y que a veces sigue a los peores casos de inmigración, también contribuye a la producción de delitos, pero no es, por sí misma, la “explicación”. Cualquier persona puede comprender que la incitación a consumir, mezclada con paro, la obsesión morbosa por el triunfo y la extensión incontrolada de la violencia, en el cine o en la televisión, por tomar ejemplos estructurales, conducen a la desesperación del que nada tiene o de aquel al que no le basta lo que tiene, así como generan un impulso de emulación –como sostuvo el siglo pasado Gabriel Tarde con sus *leyes de la imitación*– capaz de empujar a espíritus deficientemente educados, cosa diferente de la incultura, aunque pueda coincidir con ella, a la agresión delictiva.

3. La violencia y la reducción del derecho penal

Aunque no falten los que opinan que el sistema penal es el generador de la violencia, que no deben ser confundidos con los pensadores que entienden que el derecho es violencia⁸, lo cierto es que en una apreciación primaria es el derecho penal el que *se encuentra con la violencia como problema*. Ciertamente que la violencia, en tanto que realidad humana, excede en mucho a la capacidad del derecho penal, y ha de ser abordada desde una pluralidad de ángulos, comenzando por la educación y continuando con el control sobre las diferentes maneras de rendir culto a la violencia. En nuestro tiempo nos asombramos o estremecemos cuando, por ejemplo, niños o adolescentes filman palizas a otros niños con las cámaras de sus teléfonos móviles, y tácitamente asumimos que la apología del héroe violento que han podido ver desde su nacimiento en toda clase de medios de comunicación, algo de culpa tendrá.

Tampoco creo demostrable, pese a todo, que nuestro tiempo genere más violencia que el pasado, aunque sin duda es mucho mayor la conciencia de la gravedad del problema y la información que sobre él se tiene (el caso de la violencia doméstica es un claro ejemplo de eso) muy superior a la que otrora pudiera haber. Sea como fuere, y prescindiendo de que haya manifestaciones de violencia en muchos ámbitos de la actividad humana, hemos de situarnos en la óptica del derecho penal y preguntarnos solamente una cosa, al menos como primera demanda: qué puede hacer el derecho penal ante la violencia, o, si se prefiere, cuál ha de ser la respuesta del derecho penal ante el delito violento.

No es posible responder a esas preguntas básicas sin recorrer una serie de pasos previos. En primer lugar, desde la Criminología se advertirá que es preciso interrogarse

⁸ La idea de que el derecho es violencia merece una advertencia, pues se trata de un planteamiento filosófico de antiguas raíces, y, por contextualizarlo en el Estado moderno, se puede ver en Hegel, quien asume la idea de la violencia del derecho como violencia necesaria para anular otras violencias injustas, y de esa mutua compensación podrá nacer la paz. Pero también puede hablarse del derecho como violencia estimando que la afirmación del Estado y de su autoridad inexorablemente ha de conducir al uso de la violencia cuando no a la guerra (sobre ello, *vid.* : Jacques Derrida, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997). Esa clase de reflexiones sobre el derecho son, a mi entender, imprescindibles para el penalista precisamente en orden a comprender la importancia de limitar el recurso a las respuestas jurídicas violentas. Cuestión diferente, y de escaso interés, es que con lamentable frivolidad se afirme que el derecho es siempre violencia sin razonar ni por qué, ni para qué ni, sobre todo, traducir esa afirmación en consecuencias explícitas.

sobre las razones profundas del comportamiento violento, y se dirá que su génesis puede tener componentes múltiples que van desde la desesperación hasta la alteración psíquica. La violencia gratuita, ritual, la ejercida como manifestación de poder, o la dirigida a amedrentar a la víctima para asegurar su silencio, incluso la violencia sádica, serán todas diferentes manifestaciones de conducta que no pueden reducirse a una sola explicación etiológica ni consienten una sola clase de respuesta⁹.

Todo eso es sin duda cierto, pero no es privativo ni del derecho penal ni de los delitos violentos. Conviene recordar que *los sistemas punitivos no tienen como misión primaria corregir las fuentes sociales y personales de las agresiones y los conflictos, aunque los juzguen o repriman*, como tampoco son los llamados a velar por la salud mental de la ciudadanía, a pesar de que a la justicia penal vayan a parar muchos sujetos que padecen alteraciones mentales. *Sé muy bien que esta idea es abiertamente criticada y censurada por muchos excelentes penalistas*, que con razón señalan que no es admisible introducir el sistema penal en un cuerpo social injustamente organizado para que se dedique a reprimir a todo el que se salga de la vía, y que eso, puro control y represión, pretenda llamarse “derecho”. Por lo tanto, lo único que puede hacer una sociedad, y no es poco, es evitar los desequilibrios en el grupo social y cuidar un poco mejor los mensajes éticos y estéticos que pueden contribuir a generar delincuencia, y, de otra parte, asumir la presencia de las alteraciones mentales como una realidad que exige prevención y atención. Pero lo que muchos no pueden admitir es que se olvide que en todo caso el derecho penal es un sistema de control¹⁰.

Aceptemos que el sistema penal pueda ser visto como sistema de control, e incluso que contribuya a perpetuar las injusticias del mundo¹¹, cosa que desde hace mucho tiempo es asumida porque ha de serlo y porque solo así se puede intentar paulatinamente limar los ápices más insoportables del derecho penal. Pero si no caemos en el abolicionismo con todas sus debilidades, contradicciones y utopías¹², tendremos que procurar mejorar el derecho penal *desde dentro*, lo cual, por cierto, tampoco es una idea o pretensión nueva, sino que ha determinado la obra de imponentes pensadores como, especialmente, Dorado Montero¹³, y, mucho más recientemente, Alessandro Baratta y otros a través del derecho penal mínimo¹⁴.

⁹ Sobre la violencia juvenil, de interés, Javier Elzo, *Los jóvenes y la felicidad*, Editorial PPC, 2006.

¹⁰ Al respecto son esenciales los trabajos de A. Baratta, *Criminología crítica...*, antes citado; Máximo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI Editores, México, 1983; Dario Melossi, *El estado del control social*, Siglo XXI Editores, México, 1992, 161.

¹¹ Bueno es leer al respecto la obra de un pensador no jurista, como Hans Magnus Enzensberger, *Política y Delito*, Seix Barral, Barcelona, 1968.

¹² Vid.: Eduardo Demetrio, “El Pensamiento Abolicionista”, en Diego Díaz Santos / Fabián Caparrós (coord.), *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 35-52.

¹³ Basta pensar en obras esenciales suyas como *Valor social de leyes y autoridades* y *El Derecho protector de los criminales* (1916).

¹⁴ Sobre el significado y alcance del concepto de derecho penal mínimo, *vid.*: Baratta, “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, en *Dei delitti e delle pene*, 1985. G. Marinucci y E. Dolcini, “Diritto Penale minimo e nuove forme dicriminalità”, en *Riv. It. di Dir. Pen e Proc. Pen*, 1999. También Umberto Curi - Giovanni Palombarini, editores, *Diritto penale minimo*, Donzelli Editore, 2002; Pavarini, M., “La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo”, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, Volume terzo: La Criminologia*, Milano, Giuffrè, 2000.

La reducción de la presencia del derecho penal en la solución de los problemas que enfrentan a los individuos, propugnada desde el derecho penal mínimo, puede entenderse de dos maneras fundamentales: por la directa disminución del número de normas incriminadas de conductas y, alternativamente, por la renuncia a aplicar la pena privativa de libertad.

4. Violencia, miedo, inseguridad, y recurso a la prisión

La inseguridad ciudadana es sin duda un tema central en los discursos políticos, y todos los oradores se presentan como paladines de la paz pública y de la tranquilidad. Esas promesas se han transformado en un cepo en el que quedan atrapadas todas las posibilidades de reducción del derecho penal. La pena de prisión, lejos de revisarse, es considerada por muchos defectuosa y casi inútil, pero nadie osa sugerir que se mitigue su dureza o que se reconsidere el número de delitos que merecen ser castigados con esa clase de pena. Para redondear el panorama, son constantes los ataques al sistema progresivo en la ejecución de las penas, y abundan los partidarios del cumplimiento continuado y homogéneo, sin grados ni permisos.

Ése es el panorama, y la opinión pública comprueba cómo no se pone en duda la legitimidad y razonabilidad de los sentimientos de inseguridad, aunque sean infundados. La inseguridad (objetiva) y el “sentimiento de inseguridad” se han fundido en una misma cosa, y no parece haber interés alguno en que deje de ser así, lo cual no es justo, comenzando por lo que tiene de desprecio tácito a la ingente labor desarrollada por los cuerpos y fuerzas de seguridad.

En suma, que a pesar de los supuestos avances de la civilización occidental, continuamos anclados en el miedo a lo desconocido y al extranjero, como en los burgos medievales. Intentar modificar el discurso penal resulta poco menos que imposible, y, lo que es peor, se considera *ilegítimo*, porque *la extensión del derecho penal es lo menos que se le puede ofrecer al ciudadano para que satisfaga su derecho a sentirse seguro*. Sugerir que una pena de tres o cuatro años de cárcel impuesta por un pequeño robo, un tirón de bolso, por ejemplo, es algo *desproporcionado*, está condenado al desprecio. Si se argumenta que hemos alcanzado una de las más altas tasas de población penitenciaria de Europa, que no se corresponde con el número total de delitos –que es sensiblemente inferior al de otros Estados– se responderá que los equivocados son los demás.

Ni yo ni nadie puede negar que el problema de la seguridad constituye una preocupación central de gobernantes y gobernados, prescindiendo de la selección de las *causas de la inseguridad*, en donde, como ya antes he mencionado, concurrirán toda suerte de opiniones, mezclándose los análisis rigurosos –que por supuesto los hay– con sociología criminal barata aliñada de xenofobia o de inercias intangibles, como sucede, por ejemplo, con el problema del consumo de drogas que, como es sabido, y a causa de la criminalidad vinculada a la drogodependencia, aporta una buena dosis de inseguridad. Es esta una materia paradigmática de las contradicciones entre lo que se dice que sería conveniente hacer y lo que a la postre se hace, que es mantener la situación de prohibición y arrojar al drogodependiente, en especial si es de pocos recursos económicos, al gueto de la marginalidad desde la que puede saltar a la violencia en cualquier momento; con esa reflexión tampoco quiero que se interprete que en mi

opinión lo ideal sería la venta libre y sin reserva alguna de toda clase de drogas, pues no creo que fuera una solución ideal¹⁵.

Tampoco creo que sea admisible la *vulgarización* en el tema de la seguridad. Admitido que no existe base para un *ilimitado* derecho subjetivo a la seguridad, que llevaría a una perversión grave del sistema penal, es igualmente obligado plantearse lo que el objetivo de seguridad puede suponer para el Estado *social* (si lo quiere ser). Cuando Baratta describió el derecho penal mínimo partía de un presupuesto inolvidable: el ciudadano tiene derecho a la *seguridad de sus propios derechos*, y, a su vez, la ciudadanía, y no puede ignorarse esa dimensión, está constituida como conjunto de sujetos que desde un mutuo reconocimiento de igualdad, aspiran a vivir *en comunidad*.

Aceptada esa doble dimensión de la seguridad (individual y colectiva) es fácil reconocer que constituye uno de los presupuestos del disfrute de la paz. Sin esa seguridad no hay vida digna. Otra cosa es que se infle sistemáticamente el *globo de la inseguridad* para desde una desfiguración del problema legitimar el recurso abusivo al derecho penal o a otras respuestas jurídicas, o para justificar una “imprescindible” renuncia a derechos y garantías fundamentales en pro del interés superior de la seguridad.

Cuando eso sucede estamos ante una manipulación política del tema de la seguridad, y lo cierto es que ese riesgo es visible en toda Europa occidental. Los controles de todo tipo que se han establecido en nombre de la lucha contra la criminalidad, están privando a los ciudadanos de parcelas de intimidad personal y patrimonial cada vez mayores. Comunicaciones, transacciones, viajes, pagos con tarjetas, todo puede ser controlado. El complicado tema de la inmigración es sin duda complejo, y genera un abanico enorme de consecuencias buenas y malas, pero lo que no es admisible es que su primera característica sea la de *problema político-criminal*.

Tampoco se ha de olvidar que esencialmente es la violencia la determinante de la política de protección a las víctimas de delitos: La tutela jurídica de las víctimas, que hoy aparece como un deber del Estado y un condicionamiento absoluto de la política criminal¹⁶, comenzó, y es sobradamente sabido, como protección a las víctimas de *delitos violentos*, y así continúa siendo en lo esencial. Por lo tanto: la violencia no sólo es la causa primera de la inseguridad, sino la generadora indirecta del objeto de la victimología¹⁷.

¹⁵ Las hipocresías y contradicciones en el tema de las drogas son su primordial característica. Sobre ello, *vid.* Santos Pastor “Liberty versus Security: Should Drugs be Illegal?”, en Rolston, B. & Tomlinson, M. (eds.) *Civil Rights, Public Opinion and the State*, European Group for the Study of Deviance and Social Control, Belfast, 1987.

¹⁶ Josep M^a Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998; G. Quintero Olivares, “La víctima y el derecho penal”, en *Estudios de Victimología: Actas del 1er Congreso Español de Victimología*, coord. Por J.M. Tamarit, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

¹⁷ A una primera decisión de indemnizar y proteger a las víctimas de los delitos terroristas, siguió esta necesaria ampliación a las víctimas de cualquier delito intencional violento (muerte, lesiones, violación). La protección a las víctimas por el Estado era además una recomendación reiterada por el Consejo de Europa (resoluciones de 1977, 1985 y 1987). Esas resoluciones no se limitan a aconsejar una reparación económica, sino que se extienden a procurar el bienestar material y físico-psíquico anterior al delito, a la ayuda, asistencia e información de la Policía y otros poderes públicos sobre sus derechos y el curso de la investigación policial y el proceso penal, la prevención de la venganza que pudiese intentar el delincuente, para lo cual es preciso controlarlo e inocularlo sin violar sus propios derechos... No hay que olvidar que *no es posible reclamar que los jueces puedan poner en práctica medidas alternativas a los*

5. La reconsideración del recurso a la pena de prisión

La cárcel es contemplada como respuesta que, ante todo, sofoca la peligrosidad de determinados sujetos y, por eso mismo, genera seguridad. Por otra parte, si sinceramente se quiere indagar lo que el ciudadano tiene por inseguridad se llega fácilmente a una conclusión: en esencia se trata del miedo a la violencia física, sea violencia absoluta o sea intimidatoria. Sólo en segundo lugar se sitúan los ataques a la propiedad (hurtos y robos), e irrelevantes para la “generación de inseguridad” son todas las demás infracciones penales, aunque afecten a bienes de primera importancia, como puedan ser la salud, el ambiente, la solidaridad colectiva, el patrimonio común, etc. La inseguridad es por lo tanto un problema *que solamente “justificaría” una parte de las respuestas penales, pero que en modo alguno puede ser la legitimación profunda de todo el sistema penal.*

La búsqueda del equilibrio entre el uso de la violencia legal y la demanda ilimitada de seguridad se presenta como un problema que por ahora recibe respuesta desequilibrada, y no porque falte una adecuada reflexión sobre las causas determinantes de la violencia y lo injusto de lanzar la represión sobre la violencia directamente generada por el sistema social, pues ese es un tema de constante debate, sino porque *no existe una mínima reflexión efectiva y clara sobre cuáles son las conductas que hacen necesaria la respuesta más violenta del derecho, que es sin duda la cárcel.* Si en verdad deseamos alcanzar un derecho penal mínimo tendremos que asumir, como antes indiqué, que éste no consiste solo en una reducción del número de infracciones penales, sino también en una reducción del número de delitos castigados con pena de prisión.

En una primera respuesta podría decirse, aun a conciencia de los espacios oscuros que ello arroja, que la respuesta violenta sólo es razonable frente a la acción violenta, mientras que la acción no violenta (el delito no violento) no merece una respuesta *violenta como es la cárcel.* Pero hay que ser consciente de las muchas objeciones con que, con toda seguridad, toparía esa idea, objeciones que intentaré sintetizar:

- a) Reducir la aplicación de la pena de prisión a los delitos violentos supondría casi una abolición de más de la mitad del derecho penal, pues las respuestas diferentes de la prisión carecen de la suficiente fuerza motivadora, en términos de prevención general, la cual solamente se consigue mediante la conminación de la pena privativa de libertad.
- b) Una gran parte de la ciudadanía estaría en desacuerdo con que la privación de libertad no fuera la respuesta necesaria frente a grandes escándalos financieros o masivos fraudes patrimoniales. Si los autores de esos hechos pudieran seguir circulando libremente, la ciudadanía se sentiría, con razón, legítimamente humillada.
- c) La pena de prisión no se puede contemplar solamente como “respuesta violenta al violento”, es también castigo a la conducta gravemente antijurídica, y por ese motivo es absurdo contemplarla como una respuesta “talionar”, pues

castigos duros para brindar una oportunidad de recuperación al delincuente, ni es posible esperar una actitud social comprensiva con la moderación del sistema represivo si, mientras tanto, las víctimas de los delitos quedan abandonadas a su suerte.

ni es eso ni puede pretenderlo. Entre acción (del individuo) y respuesta penal (del Estado) no hay ni tiene por qué haber “homogeneidad”.

- d) Aun en el supuesto de que se aceptara que la prisión es violencia que ha de reservarse para los delitos violentos, sería difícil decidir a qué conductas corresponde dar el calificativo de conductas “violentas”.
- e) Sociológicamente, atendiendo al tipo de sujetos que actúan violentamente, es fácil comprobar que mayoritariamente pertenecen al mundo de la marginalidad o a los estratos sociales más bajos económica y culturalmente. El derecho penal más duro quedaría así reservado para marginales y pobres.
- f) Aunque se desarrollaran otras penas (pecuniarias, privativas o restrictivas de derechos) habría que prever la respuesta *sustitutiva* para el supuesto de que éstas fracasaran (impago de la multa, incumplimiento de la prohibición o limitación), y por esa vía habría que recuperar el recurso a la prisión.

Las objeciones podrían ser más, pero creo que en orden al objetivo que persigo en estas páginas basta con las señaladas, a las que creo que cuando menos se les puede argumentar en contra, y lo haré siguiendo el mismo orden.

5.1. El reproche de “abolicionismo”

La idea de que la reducción de la pena de prisión equivaldría casi a la abolición de más de la mitad del derecho penal, que es sin duda la objeción más grave, me parece, así expresada, reveladora de una concepción atávica de la justicia penal, impropia del siglo XXI. Tras cientos de escritos demostrando el balance que hoy da la pena de prisión resulta escandaloso que se la pueda tener como la respuesta coherente tanto frente al violador como frente al falsificador de documentos, tanto frente al homicida como frente al receptor, tanto frente al incendiario como frente al imitador de modelos industriales. La incapacidad o falta de imaginación del legislador penal no deja de asombrar. Hace cuarenta años se hablaba de la pena de multa como pena del futuro, y no ha sido así; hoy se dice lo mismo de las penas privativas de derechos, y siempre argumentando que aunque sea cierto que la pena de prisión supuso un avance frente a la extensión de la pena de muerte, las penas de azotes, las deportaciones, los trabajos forzados, etc., también puede afirmarse que no es herético sugerir su agotamiento histórico, aun admitiendo lo lejos que estamos de que sea ni tan solo reducida su presencia.

Cuando se piensa en el contenido aflictivo que entraña la pena de prisión, dos pueden ser las reacciones. La primera entender que ese sufrimiento es lo que se corresponde con su mala conducta. Si esa es la valoración que merece la cárcel estaremos ante una ideología *expiacionista* vagamente retribucionista, pero, sin lugar a duda, absolutamente ajena a la idea de pena con fin propia del Estado social, que supone *la orientación a fin tanto de la pena como de cualquier norma penal*, idea que es por lo menos tan antigua como el viejo “programa de Marburgo”. La pena entendida como pura aflicción carece de sentido. Si pasamos a una segunda valoración de la prisión – y repito que no quiero entrar en la polémica sobre los procesos de criminalización– se dirá que *frente a determinados individuos la prisión es la única respuesta adecuada*, y eso a su vez se podrá basar en la ya mentada necesidad de castigo, ajena a su utilidad, o bien en la *necesidad de prevenir la especial peligrosidad que caracteriza a una parte de los delincuentes*.

Llegamos así al cogollo del tema, que pasa por reconocer como primera y tal vez única función de la cárcel la de prevenir la peligrosidad de determinados sujetos. Sobre la clase de peligrosidad que tienen esos sujetos es patente que sólo puede referirse a la *posibilidad de que realicen acciones violentas contra otros*. No faltará quien diga que la permanencia en prisión también impide cometer, durante ese tiempo, delitos no violentos: el estafador encarcelado, durante el tiempo de prisión difícilmente podrá urdir un fraude. Pero no olvidemos que estamos contemplando el problema penal colocando en primer lugar la “seguridad” como derecho de los ciudadanos en su conjunto, y, en segundo lugar, que nada hay más injusto que tratar igual lo desigual, esto es, privar de libertad tanto a peligrosos como a no peligrosos. Se dirá entonces que la pena de prisión para el no peligroso es “retribución”, mientras que para el peligroso es a la vez retribución y prevención frente al peligro que encarna, solo que esa doble explicación de la función de la pena es inadmisibles, además – y ese es otro eje de la cuestión – de que es también insoportable la tesis de que la cárcel es la *retribución natural*, pues puede haber otra clase de castigos que también se justifiquen como retribución en todo o en parte, y no consistan en privación de libertad.

5.2. La cárcel como respuesta adecuada frente a sujetos “importantes” pero no peligrosos

Es cierto que una gran parte de los ciudadanos no entendería ni aprobaría que ciertos delincuentes económicos, financieros o patrimoniales, a gran escala, no sufrieran en sus carnes, acostumbradas a las delicias de la vida de los poderosos, el dolor de la prisión. Ese sentimiento es visible, y ciertamente se equivocaría el legislador que en papel de déspota ilustrado impusiera reformas incomprensibles para la ciudadanía. Es precisa una previa reflexión social abierta y profunda, que en primer lugar deben promover los partidos políticos, que visiblemente no la van a suscitar porque su rédito electoral parece nulo. Pero bueno sería que esa misma ciudadanía ávida de ver entre rejas al otrora poderoso y envidiado personaje asumiera que por cada uno de esos personajes, que en dos o tres décadas se pueden contar con los dedos de una mano, cientos de desconocidos individuos sufren la pena de prisión, que tal vez pudiera evitarse, por acciones no violentas y que no tienen transcendencia social. La supuesta satisfacción por el encarcelamiento del gran delincuente financiero tiene pues una raíz difícilmente asumible: la venganza colectiva, y, en segundo lugar, tiene un costo adicional insoportable.

Es también sabido que para muchos la pena de prisión es la única con fuerza contra-motivadora frente al delincuente financiero, pues cualquiera otra (económica, privativa de derechos, etc.) resulta ineficaz por carecer de fuerza intimidatoria (la multa se puede computar como pérdida o coste) o por ser fácilmente burlable (recurriendo a sociedades diferentes o a testaferros). Pero ese argumento descansa en una premisa que por lo menos es *revisable*. La creación de nuevos delitos y penas, como, por ejemplo, comenzando por la regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas, y continuando con la incriminación de la creación o tenencia o uso de sociedades para eludir las prohibiciones derivadas de una sentencia penal, la actuación como testaferro, o castigos como la prohibición de contratar ni por sí ni por otro sin fiscalización de un responsable designado por el juez, la de poseer acciones u obligaciones sin autorización judicial, para verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del delito, la extensión del comiso a todos los bienes adquiridos desde una determinada época, la indagación del origen de todos los bienes disfrutados que formalmente pertenezcan a

otro, que a su vez pueda ser, por eso mismo, acusado de favorecimiento, y así sucesivamente. Si todo eso existiera, el panorama del gran delincuente financiero podría ser otro bien distinto.

5.3. La innecesaria homogeneidad de la respuesta penal

Una objeción oída, también importante, es la que atañe a la relación de homogeneidad o de proporcionalidad material entre la pena de prisión y la naturaleza del delito cometido. Según esa crítica, *la pena de prisión no se puede contemplar solamente como “respuesta violenta al violento”, porque eso sería vaciar gravemente su sentido*. La prisión es un mal, una aflicción, y por eso se ha de aceptar que es castigo a la conducta gravemente antijurídica, y en modo alguno una respuesta simétrica a la conducta del delincuente, del mismo modo que la multa tampoco aspira a ser la respuesta “coherente” con una infracción administrativa: su función ha de buscarse en su capacidad disuasoria. De la pena de prisión se podrá criticar que sea excesiva o demasiado benigna, pero no que carezca de una “homogeneidad” que no hay que esperar.

Esta crítica puede ser admitida, en la misma medida en que no lleva a ninguna conclusión válida sobre la bondad de la pena de prisión. Esta no se conmina porque sea *lo que corresponde*, sino que se acude a ella en el convencimiento de que eso es lo que tiene *fuerza disuasoria*. Pero si ese es el razonamiento quedará también aceptado que, si la capacidad disuasoria puede ser alcanzada con otra clase de castigo *no habrá razón alguna para preservar la primacía de la pena de prisión*, salvo que se quiera entonces pasar a otros argumentos como el de la “fuerza simbólica” o “ejemplarizante” del castigo a pena de cárcel. Mas entonces, ya pasamos al terreno de lo irracional.

5.4. La difícil selección de lo violento

Es esta una objeción profunda. Decidir la frontera entre lo violento y lo no violento es difícil; y si de ello hubiera de depender la opción por la pena de prisión, la tarea sería grave. La inseguridad, relacionada con el miedo, va asociado a la fuerza, y no al fraude; hasta ahí podemos estar todos de acuerdo. Pero la concordia se puede diluir al pasar a integrar el concepto de delincuente *violento*.

Con cierta facilidad incluimos a todos aquellos sujetos que recurren a la vía de la violencia absoluta o ablativa, pudiendo extender ese concepto de violencia absoluta a las acciones letales o peligrosas para la salud que no ostentan violencia física (por ejemplo, los venenos, las intoxicaciones, la adulteración de fármacos) así como a la violencia material que puede alcanzar a las personas (por ejemplo, incendios, estragos). Habrá que añadir, como es lógico, las violencias relativas o intimidaciones, presentes en gran variedad de delitos (libertad, libertad sexual, intimidad y domicilio, patrimonio, administración de justicia, orden público, ejercicio de derechos fundamentales). También habrá que incorporar las conductas que revelen la preparación para la violencia (tenencia y porte de armas y explosivos, organización de bandas para el asalto y robo en viviendas).

El catálogo es pues muy amplio, y aún quedan infracciones muy graves que pueden no integrar violencia primaria, pero que pueden engendrarla o fomentarla, y que van desde la colaboración con banda armada u organización terrorista hasta el tráfico de

drogas (prescindiendo ahora del debate sobre la conveniencia de reducir el ámbito de lo prohibido).

Pues bien: a pesar de la amplitud del elenco de infracciones penales que pueden ser adjetivadas como más o menos violentas, *subsiste una gran cantidad de infracciones en las que ese componente no existe*, y son esas las que no debieran tener como respuesta la prisión.

5.5. El efecto clasista

Se resume en una crítica: si se reduce la prisión para solo los delitos violentos, la consecuencia será a la postre que a la cárcel solo irían los pobres. Esa es una objeción demagógica, porque en el fondo no es más que una reproducción a escala de la idea vulgar y superficial de que el derecho penal cae solamente sobre los pobres, imagen que no se corresponde con la realidad. Es obligado aceptar que las condiciones de marginación y pobreza son propicias para el salto al delito, pero eso, que es punto de partida de criminología y sociología de la desviación, no es un argumento lo bastante sólido como para extraer un tosco silogismo: como la mayor parte de los delincuentes son pobres, y los pobres carecen de formación adecuada para el delito “técnico”, caerán en el delito violento, y a la postre a la cárcel solamente irán los pobres, porque los que no lo son, en el improbable caso de ser atrapados y condenados, como mucho serán castigados con penas no privativas de libertad. En resumen: la cárcel para los pobres, y así cumplirá su función primaria que es sofocar la protesta de la masa desesperada.

El razonamiento tiene aspectos admisibles, pero de ellos no se puede ni culpar al sistema penal ni, menos aun, extraer la consecuencia de que como ese es un análisis impecable, sería injusto reservar la pena de prisión para la criminalidad violenta.

5.6. La prisión como recurso final inevitable

Este último argumento es también débil pues parte de un presupuesto discutible, a saber: que aunque se desarrollaran otras penas (pecuniarias, privativas o restrictivas de derechos) habría que prever una solución para cuando esas penas fracasaran por impago o por incumplimiento, y esa respuesta sustitutiva no podría ser otra que la prisión sustitutiva, y eso acabaría conduciendo a la prisión a sujetos que habrían sido condenados por delitos no violentos. Pero, como antes he dicho, esa idea de la inexorable llegada a la prisión sustitutiva puede ser negada, porque da por sentado que *otro sistema penal* sería incapaz de encontrar modos de garantizar el cumplimiento de las penas sin necesidad de acudir a la prisión sustitutiva, que a su vez es una solución abiertamente cuestionada desde hace tiempo¹⁸.

¹⁸ Vid. J.M. Tamarit, en G. Quintero y otros, *Comentarios al Nuevo código penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, 2005, comentario al art. 53; también, Jacobo López Barja de Quiroga “El arresto sustitutorio: una pena a la pobreza”, *Jueces para la democracia*, Nº 4, 1988, págs. 14-19; antes, G. Quintero Olivares, “El arresto sustitutorio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977.

6. A modo de conclusión

Mucho sería que al menos aceptáramos que ya ha llegado la hora de dejar de repetir la gastada y vieja frase de que la pena es un amargo recurso, etc. etc., que va a cumplir cuarenta años de circulación. También convendría ser consecuentes con esas afirmaciones de que la cárcel es un tosco modo de responder al delito, que ponen de manifiesto la falta de imaginación de los legisladores penales, a la vez que muestran un vergonzante miedo a las críticas de los demagogos, que desde cualquier medio de comunicación parecen capaces de atenazar la voluntad de partidos políticos, operadores jurídicos, penalistas y sociedad toda.

La progresiva renuncia a la pena de prisión ha de comenzar en algún momento y por algún grupo de delitos. La reflexión sobre la función de la cárcel en relación con la seguridad o la inseguridad y su conexión con la delincuencia violenta propicia, sin especial esfuerzo, llegar a la conclusión de que sería conveniente *comenzar a andar*, aunque en esta materia, como en casi todas las que afectan a la modernización del derecho penal, lo cómodo y políticamente fácil es no hacer nada de nada.