



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas

de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

México

Medina Cuenca, Arnel

Los principios limitativos del ius puniendo y las alternativas a las penas privativas de libertad

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19, 2007, pp. 87-116

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# **LOS PRINCIPIOS LIMITATIVOS DEL *IUS PUNIENDI* Y LAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Arnel Medina Cuenca\*

## **SUMARIO**

- I. CONSIDERACIONES GENERALES
- II. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA
- III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS
- IV. LAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
- V. CONCLUSIONES

## **RESUMEN**

El derecho penal se fundamenta en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege y tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado, como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas. El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como de forma teórica se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una "barrera", ante posibles arbitrariedades. Resulta evidente que en los momentos actuales la búsqueda de alternativas a la cárcel se encuentra entre los objetivos pendientes del derecho penal, aspecto que explora este artículo.

## **ABSTRACT**

The criminal law is based in the necessary tutelage of the legal rights like trial of value that each classification protects and he/she has in the pain the opportune and appropriate mechanism, as artificial consequence of possible application for that has infringed the established norms. The right of punishing of the State, as in a theoretical way he/she is known, it is the ability that he/she has been granted to the State to impose a pain or a safety measure and this integrated one for a system of limitative denominated principles to the right of punishing, by means of which it is possible to introduce a "barrier", in the face of possible outrages. It is evident that in the current moments the search of alternative to the jail is among the pending objectives of the criminal law, aspect that explores this article.

\* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, miembro de número de las sociedades cubanas de Ciencias Penales y de Derecho Procesal y presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Las constituciones nacionales de los estados precisan los valores fundamentales de cada sociedad y corresponde a las normas de desarrollo, y a otras leyes del ordenamiento jurídico, determinar, por una parte los derechos que van a recibir protección del derecho penal y por la otra el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a los que los cometen.

El derecho penal se fundamenta en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege y tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado, como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades.

La facultad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero, en la posibilidad de legislar que se encarga al Parlamento, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes, que resultan imprescindibles proteger con mayor severidad, dibujándose en la ley penal el tipo y la pena tipo; de ahí se deriva su segundo sentido, encargar esta aplicación al órgano jurisdiccional.

La doctrina ha desarrollado como principios que hoy alcanzan rango constitucional, los de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que se erigen como escudos protectores del individuo frente al poder estatal.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Véase, entre otros autores, a José Arturo González Quintanilla, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1999, p. 19, donde afirma que “El derecho penal protege los más preciosos bienes (valores), constituyendo por tal motivo, la fórmula drástica para que el Estado pueda ejercer materialmente la cominación y coercibilidad cuando se transgrede la salvaguarda de dichos valores, en aras del bien común para una buena convivencia social, por supuesto, también sirve para ser utilizado en aspectos ajenos totalmente a tal finalidad, ya que, este instrumento en manos de la autoridad, lamentablemente puede ser usado para diversos logros.”

La Constitución cubana de 1976 ha refrendado expresamente los principios de legalidad<sup>2</sup> y de igualdad ante la ley,<sup>3</sup> mientras que los principios de proporcionalidad, humanidad de las penas, intervención mínima y re-socialización, entre otros han sido recogidos en el Código Penal.

El Código Penal de 1978,<sup>4</sup> constituyó un indiscutible avance con relación a su predecesor, el antiguo Código de Defensa Social de 1936, vigente desde 1938, pero muy pronto se vio superado por la realidad social ya que la tipificación como delitos de un alto número de figuras de escasa peligrosidad social, que en su gran mayoría eran las antiguas faltas de su predecesor, y la existencia en sus regulaciones de la Parte Especial de marcos sancionadores muy cerrados, con límites mínimos de las sanciones de numerosos delitos muy elevados, en unos casos, o muy cerrados en otros, entre otros aspectos y además el hecho de que fuera aprobado diez años después del inicio de su redacción, que lo hicieron envejecer antes de su nacimiento, por lo que resultó aconsejable someterlo a una transformación de tal naturaleza, que finalmente motivó que se adoptara con acierto la decisión de sustituirlo por uno nuevo.

Al regular el sistema de sanciones se destaca que por primera vez en Cuba se estableció una pena alternativa a la privación de libertad, la denominada limitación de libertad, que fue prevista en el artículo 32, como subsidiaria de la privación de libertad que no exceda de tres años, aplicable cuando, por la índole del delito, sus circunstancias y las características individuales del sancionado, existan razones fundadas para estimar que el fin de la sanción privativa de libertad puede ser alcanzada sin necesidad de internar al sancionado en un establecimiento penitenciario.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> La Constitución cubana aprobada en 1976 mediante referéndum constitucional y proclamada el 24 de febrero de ese año, posteriormente reformada en los años 1992 y 2002, consagra este principio en sus artículos 59 y 61.

<sup>3</sup> Al refrendar en su artículo 41 que todos los ciudadanos gozan de iguales derechos, mientras que en el 42 proscribe la discriminación por motivo de raza, color de piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otro tipo de tratamiento discriminatorio que resulte lesivo a la dignidad humana.

<sup>4</sup> Código Penal, Ley No. 21 de 30 de diciembre de 1978, *Gaceta Oficial*, edición ordinaria, No. 3, 1 de marzo de 1979. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, 1979. En su primer por cuento señala lo siguiente: "Es una necesidad imperiosa la adopción de un nuevo Código Penal que sustituya las normas penales aún vigentes, las cuales, pese a las importantes modificaciones que les han sido introducidas desde la victoria de la Revolución, ya no se corresponden con la realidad de nuestro desarrollo económico, social y político, ni tienen la coherencia requerida por los cuerpos jurídicos de ese carácter.

<sup>5</sup> En el tercer por cuento de la Ley No. 21 de 1978 se precisan, entre otros, los conceptos siguientes: "... se propone la reeducación antes que la represión; el aumento de las clases de sanciones como medio de elevar el grado posible de individualización de la sanción; el establecimiento de sanciones que no privan de libertad ni del contacto con el medio social y familiar a los sancionados por infracciones de poca gravedad; la posibilidad de reducir la sanción imponible al delito en los casos en que los infractores son menores de veinte años de edad; la regulación de la remisión condicional de la sanción y de la libertad

La Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987,<sup>6</sup> que puso en vigor el Código Penal, comenzó a regir el 30 de abril de 1988, en sustitución de la Ley No. 21 de 30 de diciembre de 1978, vigente desde el primero de octubre de 1979.

Este Código Penal es el resultado de la reforma penal<sup>7</sup> que se produjo en Cuba entre los años 1985 y 1988, la que estuvo caracterizada por las profundas modificaciones que se efectuaron en el sistema de justicia penal, en las que se percibe una clara orientación de la práctica cubana hacia la consagración de los principios de intervención mínima, legalidad, proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados; muestra de ello fueron entre otros, el Decreto-Ley No. 87 de 1985 sobre el Procedimiento Especial de Revisión y la propia aprobación del Código Penal de 1987.

Esta reforma, tal y como plantea uno de sus redactores,<sup>8</sup> el Dr. Renén Quirós Pérez, se basó en cinco principios fundamentales, que son los siguientes:

1. La sanción penal constituye la respuesta estatal, socialmente condicionada, ligada en su concepción, contenido, objetivos, aplicación y ejecución al desarrollo material y cultural de la sociedad que la instituye, aplica y ejecuta.
2. El sistema de sanciones debe ser lo suficientemente flexible para permitir al tribunal una aplicación individualizada y diferenciada

---

condicional con vista a otorgarla en todas las oportunidades en que, por los antecedentes del caso, sea presumible que los fines de la sanción pueden alcanzarse sin su ejecución o con sólo su ejecución parcial..."

<sup>6</sup> Código Penal, Ley No. 62 de 1987, actualizado. Colección Jurídica, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999. Véase la disposición final tercera, que señala expresamente que esta ley entraría en vigor el 30 de abril de 1988, seis meses después de su aprobación por la Asamblea Nacional del Poder Popular, lo que se justifica por el alto número de figuras delictivas que fueron despenalizadas, y por la reducción de los marcos sancionadores de muchos delitos, que hacían prever un alto grado de aplicación retroactiva del nuevo código en cumplimiento de lo regulado en el inciso 2 del artículo 3, como realmente sucedió; lo que requirió de un intenso periodo de preparación previa por parte de los operadores del sistema penal.

<sup>7</sup> Véase sobre este aspecto a Renén Quirós Pérez, "Las modificaciones al Código Penal", en *Revista Cubana de Derecho*, número 33, año xvii, abril-junio de 1988, en el cual se realiza un pormenorizado análisis de los principios fundamentales que tuvo en cuenta el legislador cubano del año 1987, que inspirado en el movimiento internacional de reformas en el derecho penal, asumió el reto de atemperar la legislación cubana a los cambios más renovadores de la doctrina y la política criminal, tomando en consideración especialmente el nivel de desarrollo alcanzado por la sociedad cubana en la década de los ochenta, las recomendaciones derivadas del Plan de Acción de Milán y los resultados de la viii Conferencia de la Asociación Americana de Juristas celebrada en La Habana en septiembre de 1987.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 10.

de la pena,<sup>9</sup> sin vulnerar el principio de igualdad real de todos ante la ley.

3. El nivel de conminación penal señalado en la ley debe hallarse en relación con las funciones de protección que incumben al derecho penal y a la sanción penal.

4. La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves.

5. La sanción penal debe reservarse para la prohibición, en la esfera del derecho penal, de aquellos comportamientos considerados intolerables por la sociedad, por amenazar o poner en peligro fundamentales relaciones sociales.

Entre los principales aspectos de la reforma, que fueron recogidos en el texto del nuevo Código Penal, resaltan los siguientes:

- La eliminación, en la medida de lo posible, de las sanciones privativas de libertad de corta duración.
- La exclusión de la esfera de lo penal de determinadas conductas de escasa significación social.
- Se instituyó la posibilidad de sustituir sanciones privativas de libertad por otras alternativas de acentuada influencia social.

## II. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Según el principio de subsidiariedad –también denominado (a partir de Muñoz Conde) “principio de intervención mínima”–, derivado directamente del de necesidad, el derecho penal ha de ser la “*última ratio*”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del derecho civil, del derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraeirse el derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios– sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Véase el tercer por cuanto de la Ley No. 62 de 1987, que precisa que “el régimen de sanciones previsto en el Código Penal por su coherencia, equilibrio y flexibilidad, debe responder a la gravedad de los diversos comportamientos delictivos, de manera que se garantice, al aplicar la sanción, una adecuada individualización de la misma”.

<sup>10</sup> Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general i. El “ius puniendi” (la potestad*

“En estrecha conexión con tal principio está el llamado ‘carácter fragmentario del derecho penal’, según el cual el derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penal todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes...”<sup>11</sup> Corresponden a otras ramas del derecho los ataques menos graves, “de ahí que se diga que el derecho penal tiene carácter ‘subsidiario’ frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico”.<sup>12</sup>

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad, Jakobs afirma: “Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras...”<sup>13</sup> Y añade que “el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas.”<sup>14</sup>

Como hemos afirmado, la presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de subsidiariedad, se exige además que la intervención del derecho penal, resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. “Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas.”<sup>15</sup>

La aplicación consecuente del principio de intervención mínima, como

---

punitiva), Editorial Universitas, 1996, p. 82.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>12</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 3ra Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 78.

<sup>13</sup> Günter Jakobs, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo, Universidad de Extremadura, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 60.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>15</sup> Ma. Dolores Fernández Rodríguez, “Los límites al *ius puniendi*”, en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, t. XLVII, Facsímil III, Madrid, septiembre-diciembre, 1994, p. 99, *apud* Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, donde aparecían valiosas reflexiones relacionadas con el principio de intervención mínima que, sin embargo, no se veían reflejadas en el texto articulado de este proyecto.

tendencia general ha de conducir a la reducción del sistema penal, lo que no significa que en determinadas circunstancias en que aparezcan nuevas áreas que requieran de la intervención punitiva del Estado no se tipifiquen otras figuras delictivas o se agraven las penas previstas para determinados delitos, como ocurrió en España con la introducción de elementos de los denominados delitos informáticos<sup>16</sup> y en Cuba con la agravación de las sanciones para los delitos relacionados con el tráfico de drogas.<sup>17</sup> “De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva, o lo que es lo mismo, que ésta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.”<sup>18</sup>

El proceso despenalizador que caracterizó las últimas décadas del pasado siglo, evidenció el grado de aceptación que ha tenido en muchos países la aplicación consecuente de este principio, al prescindir del derecho penal ante determinadas conductas que históricamente habían sido consideradas como delictivas, como son el caso del adulterio en la legislación española, y del maltrato de obra y la conducción de vehículo motor sin poseer licencia de conducción, en Cuba, a partir de la vigencia del Código Penal de 1987.

Roxin<sup>19</sup> valora la despenalización en un doble sentido, por la vía del no castigo en un estado social de derecho de una conducta que atentase sólo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la autopuesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que éste debe impedir el perjuicio ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social. Y a través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que sólo debería conminarse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva,

<sup>16</sup> Véase la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, que modifica, entre otros, los artículo 248, inciso 3, 270, inciso 3 y el 286, inciso 1 del Código Penal.

<sup>17</sup> La Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999. *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 15 de marzo de 1999, en su artículo 10 incrementó los límites de las sanción de los delitos de tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos similares, para los casos más graves, vinculados al tráfico internacional, o cuando los hechos se cometan por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o con la participación de menores de 16 años de edad.

<sup>18</sup> Santiago Mir Puig, “Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal”, en *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 151-152.

<sup>19</sup> Claus Roxin, “¿Tiene futuro el derecho penal?”, *Revista del Poder Judicial*, 3ra. Época, No. 49, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 49-50.

allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extrapenales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público, que por regla general en la actualidad son sancionables con simples multas.

En la medida en que se avance en las reformas penales y se disminuya los límites mínimos de las penas privativas de libertad se incrementa la posibilidad de aplicar sanciones alternativas, en correspondencia con la política penal que se aplique en cada país, la que lamentablemente no siempre mantiene el grado de estabilidad y coherencia requeridas para aportar resultados concretos en la estrategia de lucha contra la criminalidad a mediano y largo plazo, debido a que con frecuencia por circunstancias coyunturales y hasta de oportunismo político<sup>20</sup> se producen retrocesos en las estrategias aprobadas que en nada contribuyen al éxito de dichas reformas.

Esta situación de constantes avances y retrocesos en la tarea de consolidar una política penal, en la que sin dejar de proteger los bienes jurídicos prevalezca la tendencia reduccionista en la aplicación del derecho penal, por diversas razones generalmente coyunturales y al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, continúa siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en numerosos países<sup>21</sup> a una criminalización excesiva de determinadas

<sup>20</sup> Resulta frecuente en los parlamentos latinoamericanos y también en el español la presentación de proyectos legislativos que implican un retroceso a lo avanzado en la aplicación consecuente del principio de intervención mínima, que ha inspirado las reformas del sistema penal que se realizaron en la mayoría de los países de Iberoamérica en las últimas décadas del pasado siglo y en los primeros años del presente, con la característica de que en no pocos casos han prosperado, sin que existan causas que verdaderamente lo justifiquen. A esta situación se unen las medidas que se han visto obligados a adoptar numerosos estados para el enfrentamiento al terrorismo y a la criminalidad organizada trasnacional, fundamentalmente en el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de personas, en las que también, con frecuencia, se cometen excesos, lo que nos va llevando a un debilitamiento del derecho penal del ciudadano y, en consecuencia, al fortalecimiento del denominado derecho penal del enemigo.

<sup>21</sup> Véase, a modo de ejemplo, en la legislación española, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que establece medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que introduce negativos criterios retribucionistas que se distancian de los fines de resocialización de las penas, con el argumento, expresado en la exposición de motivos de la ley, de perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia; además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado la autorizada doctrina penal, se continúa señalando en la exposición de motivos, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. Un ejemplo claro de cómo se relativizan los principios y garantías, en correspondencia con la filosofía del denominado derecho penal del enemigo, es el siguiente párrafo

conductas y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito.<sup>22</sup>

Al respecto, Morillas Cuevas coincide con Silva Sánchez en destacar cómo se constata “la existencia de una tendencia claramente dominante hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los existentes, que puede enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica”.<sup>23</sup>

### III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

La exigencia del principio de proporcionalidad tiene entre sus antecedentes lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se señala que la ley no debe establecer más

---

de la exposición de motivos de la Ley Orgánica No. 7/2003: “La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.”

Que se adopten medidas de mayor severidad con los terroristas, cuenta con un alto grado de aceptación, pero la cuestión se complica cuando se le añaden “los más graves delincuentes” y las medidas se van extendiendo a una categoría no muy precisa de personas sancionadas a privación de libertad, con una tendencia al incremento de las categorías a incluir, como es el caso de las bandas organizadas, pues precisamente la tendencia actual de la criminalidad es al desarrollo de este tipo de asociaciones delictivas. Cuando se trate de delitos de carácter trasnacional, han sido incluidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, de noviembre del año 2000, conocida como la Convención de Palermo y sus dos protocolos complementarios, el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Si bien la Convención de Palermo y sus dos protocolos adicionales están encaminados a promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada trasnacional, en los delitos relacionados con el lavado de dinero, la corrupción, la obstrucción de la justicia y el tráfico de drogas y de personas, que son los que están incluidos específicamente en el texto de la convención y sus dos protocolos, también incluye los delitos graves (cuando la pena máxima prevista para el delito sea de al menos cuatro años de privación de libertad, u otra más grave), cuando sean de carácter trasnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

<sup>22</sup> Lorenzo Morillas Cueva, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 110.

<sup>23</sup> Lorenzo Morillas Cuevas, “El derecho penal mínimo o la expansión del derecho penal”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 25, enero-junio de 2005.

penas que las estrictamente necesarias y que éstas deben ser proporcionales al delito.

En la obra cumbre de Beccaria<sup>24</sup> encontramos entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas; y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la cruedad de las penas, sino su infalibilidad.

De las concepciones de Beccaria sobre la proporcionalidad, se aprecian dos vertientes: que la pena ha de ser necesaria, que se materializa en la idea de que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin, y por otra parte, la pena ha de ser infalible,<sup>25</sup> referida a la necesidad de que en la fase de ejecución hay que garantizar su cumplimiento efectivo.

Hay coincidencia en la doctrina en el hecho de que el principio de proporcionalidad de las penas, o de prohibición de exceso, se fue introduciendo como tal paulatinamente en los códigos penales a partir de la revolución francesa de 1789, pero no fue sino hasta finalizada la segunda guerra mundial y las declaraciones internacionales que le sucedieron, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>26</sup> adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuando se materializan en regulaciones bien precisas la eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El principio de proporcionalidad de las penas exige, por una parte, que la pena sea proporcional al delito, y por la otra, la exigencia de que la me-

<sup>24</sup> César Beccaria, *De los delitos y de las penas* (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente), Madrid, 1979, p. 71.

<sup>25</sup> Hoy, en los inicios del siglo xxi, han sido retomadas estas ideas de Beccaria en un sentido diferente al que ha predominado hasta ahora en el análisis de su obra, relacionado con sus criterios en contra de la pena de muerte y por la proporcionalidad de las penas y la humanización de las prisiones. Ahora se trata de reforzar el criterio de la necesidad de garantizar que las penas sean infalibles, como ocurre en España con la Ley Orgánica 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la que en su exposición de motivos declara que está dirigida a “perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica”. Esta ley ha sido señalada por diversos autores como ejemplo de la introducción en España de la doctrina del derecho penal del enemigo.

<sup>26</sup> *Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos*, publicado por el Instituto de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea, Talleres de Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 1998, p. 13.

dida de la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho,<sup>27</sup> teniendo en cuenta su trascendencia para la propia sociedad que se pretende proteger con la norma.<sup>28</sup>

En la Constitución española, si bien no aparece de forma explícita reflejado el principio de proporcionalidad, mayoritariamente la doctrina le confiere rango constitucional sobre la base de lo regulado en los artículos 1.1, que proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia y la igualdad; el 15, que proscribe la tortura y las penas inhumanas o degradantes;<sup>29</sup> el 17.2, que precisa que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y en el inciso cuarto del propio artículo 17, que le asigna a la prisión provisional un límite máximo de duración, establecido por la ley.

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

Por la sentencia 65 del Tribunal Constitucional Español de 22 de mayo de 1986, se ha precisado que el juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, al legislador, pero que ello no impide que la proporcionalidad debe ser tenida en cuenta por el juez en el momento de la individualización de la pena, ni excluye que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad allí donde la ley señale penas desorbitadas.<sup>30</sup>

En lo relacionado con la consideración de las penas como despropor-

<sup>27</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 133.

<sup>28</sup> Nieves Sanz Mulas, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Impresos Chávez, México, 2004. p. 395, al analizar los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de este principio, precisa que "el principio de proporcionalidad, en su perspectiva más garantista, está obligado a ponderar tres entidades: la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar".

<sup>29</sup> Lorenzo Morillas Cuevas, *Derecho penal. Parte general*, Op. cit., destaca que "la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido puede desprenderse del artículo 15 de la Constitución. Para nuestro Tribunal Constitucional el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, en relación con la cantidad y calidad de la pena sobre el tipo de comportamiento incriminado debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo".

<sup>30</sup> M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1990, pp. 71ss.

cionadas, en correspondencia con lo postulado en el artículo 15 de la Constitución española, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional Español,<sup>31</sup> han afirmado que sólo ha de estimarse que una pena desproporcionada vulnera este precepto constitucional en la medida en que conlleve sufrimientos físicos o psíquicos intolerables o provoque una humillación superior y distinta a la que supone toda condena.

Acerca del principio de proporcionalidad de las penas, en Cuba a partir de la Ley No. 62 de 1987, se presentó una situación favorable para los operadores del sistema de justicia penal, con marcos penales más flexibles y la posibilidad de apreciar facultativamente la reincidencia y la multirreincidencia, entre otras importantes regulaciones, que favorecieron un incremento significativo de la utilización de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

Modificaciones posteriores agravaron las penas de determinadas figuras delictivas<sup>32</sup> y también se incrementaron las disposiciones que favorecen y amplían las posibilidades de adecuación de la sanción por parte de los tribunales, incluyendo aquellas que especialmente permiten disminuir el límite mínimo del denominado marco penal legal normal, que facilitan la aplicación del principio de proporcionalidad, entre las que podemos destacar las siguientes:

- Los tribunales pueden rebajar facultativamente hasta en dos tercios los límites mínimos de las sanciones establecidas para los delitos, cuando los mismos se cometan en grado de tentativa.
- El artículo 17 que prevé en su apartado 1 que en el caso de las personas mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los mayores de 18 y hasta 20 años de edad, la rebaja puede ser hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducarlos, adiestrarlos en una profesión u oficio e inculcarles el respeto al orden legal.

<sup>31</sup> María Luisa Cuerda Arnau, *Aproximación al principio de proporcionalidad en el derecho penal*, S/E, S/F., p. 457.

<sup>32</sup> Véase el primer por cuanto de la ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 15 de marzo de 1999, página 1, que expresa en su único por cuanto que "en los últimos años se ha advertido un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana y exige una respuesta adecuada y energética, tanto en el orden a las medidas prácticas, como en la esfera de las normas jurídicas, en particular en las concernientes al Código Penal".

- El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede ser rebajado en la tercera parte a las personas que tengan más de 60 años de edad en el momento en que se le juzga.
- La regulación de que la sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajados en un tercio en sus límites mínimo y máximo (artículo 19.2).
- Mediante la aplicación de las denominadas circunstancias eximentes incompletas, los límites de la sanción pueden ser rebajados por el tribunal, en las proporciones previstas en los artículos 20 sobre la enfermedad mental, 21 en la legítima defensa, 22 sobre el estado de necesidad, 25.3 en la obediencia debida y 26.2 en el miedo insuperable.
- En la posibilidad de aplicar alternativamente a la sanción de privación de libertad que no exceda de cinco años, las sanciones subsidiarias<sup>33</sup> de trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento y limitación de libertad, cuando por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que la reeducación es susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 34 del Código Penal para el cumplimiento de estas sanciones.
- La posibilidad de sustituir la sanción de multa de hasta cien cuotas por la de amonestación, cuando por la naturaleza del hecho y las características individuales del infractor, sea razonable suponer que la finalidad de la sanción puede ser alcanzada sin necesidad de afectación patrimonial (artículo 36.2).
- El artículo 48 inciso 1 regula que los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de cinco días a ocho años o con multa de cinco a mil quinientas cuotas y la sanción no podrá exceder de la mitad de la establecida para cada delito en particular.
- La facultad que tienen los tribunales de disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito cuando concurren varias circunstancias atenuantes o se manifieste una de ellas de modo muy intenso (artículo 54.1).

---

<sup>33</sup> Arnel Medina Cuenca, “Las sanciones subsidiarias de la privación de libertad en la legislación cubana”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 40, Año xx, La Habana, enero-abril de 1990. Véase los antecedentes, requisitos y características de la aplicación de estas sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

- La extensión a cinco años del límite de la sanción que faculta a los tribunales para disponer la remisión condicional.<sup>34</sup>
- La posibilidad que tienen los tribunales de otorgar la libertad condicional a los sancionados a privación temporal de libertad, cuando apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que haya extinguido uno de los términos siguientes:
  - La tercera parte de la sanción impuesta para los menores de 20 años de edad.
  - La mitad cuando se trate de sancionados primarios.
  - Las dos terceras partes cuando se trate de reincidentes y multirreincidentes.

#### **IV. LAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

Como explicamos anteriormente, desde los inicios de la segunda mitad del pasado siglo el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluía ya medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad.

En la década de los ochenta del siglo xx, se produjo un incremento de las corrientes abolicionistas de las penas privativas de libertad, argumentándose que si bien no había llegado aún la hora de cerrar las cárceles, porque no existía la forma de sustituirlas,<sup>35</sup> tampoco resultaba posible alcanzar con el tratamiento penitenciario los fines de resocialización de los sancionados a privación de libertad que con diferentes matices se enumbraban en los códigos penales, las leyes de ejecución y los reglamentos penitenciarios.

La crisis de los sistemas penitenciarios, que se agudizan más aún con las tendencias crecientes a la privatización de las prisiones y la falta de recursos estatales de los países subdesarrollados para hacerle frente al

---

<sup>34</sup> El artículo 57 del Código Penal hasta el año 1997, en que fue modificado en su apartado 1 por el artículo 13 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de ese año, establecía el límite de tres años de privación de libertad.

<sup>35</sup> Las grandes desigualdades existentes en el mundo de hoy y la aplicación de fórmulas neoliberales que incrementan aceleradamente el desempleo, la pobreza y la desesperanza para cientos de millones de personas lejos de acercar la posibilidad de solución para el fenómeno de la criminalidad, lo que hacen es incrementarla a niveles alarmantes.

enorme costo social que significa el mantenimiento del sistema carcelario, ha llevado a algunos a afirmar que ha llegado la hora de derribar los muros de las prisiones<sup>36</sup> y que la verdadera reforma penitenciaria sería la abolición de las penas privativas de libertad.<sup>37</sup>

La realidad de hoy, a pesar de todos los esfuerzos e instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos de los reclusos, es bien diferente, y aun en países desarrollados como España, se ha llegado a afirmar que cuando en ese país se envía a alguien a la cárcel se le está condenando a algo más que a una pena privativa de libertad: lo precario de las instalaciones, el hacinamiento, la falta de personal especializado, la incidencia del sida, la violencia generada por las mafias carcelarias, las dificultades de los internos para incorporarse a la actividad laboral, etc., convierten con demasiada frecuencia a las privativas de libertad en esas penas inhumanas o degradantes que proscribe el artículo 15 de la Constitución española.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Carlos García Valdés, "La reforma de la prisión, historia y filosofía", *Divulgación Jurídica*, No. 47, Año 6, noviembre de 1989, Ministerio de Justicia de la República de Cuba, La Habana, p. 20ss. Véase sus comentarios en relación con el tema, cuando expresa la creencia de que no es la hora de cerrar las prisiones, como escribe Briggs, ni de los consejos de fábricas como únicos elementos válidos de reinserción social, como pretende ahora la nueva escuela penal de Bolonia, y así lo piensa, porque históricamente no puede hoy plantearse este tema, si no se quiere caer en fácil utopismo o en la demagogia, pues si dificultades existen hoy en día en hacer asumir a la sociedad una vía humanitaria de transformación responsable y cambio profundo, pero progresivo, los obstáculos no son los mismos y la autoridad moral de la que se parte no es comparable, si lo que se pretende es abolir las cárceles: reformar, rectamente entendido, es siempre hacer algo mejor, destruir sin alternativa válida alguna, es ofrecer el desorden absoluto.

<sup>37</sup> Lorenzo Morillas Cueva, "Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal Español", *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho penitenciario II*, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, xvi, Madrid, 2003, pp. 21-78. Al abordar los criterios sobre el abolicionismo de las penas privativas de libertad, afirma que pocos han sido los escritores que desde planteamientos generales han negado semejante necesidad, y muchos menos en clave estrictamente penal. Ciento es que, a pesar de ser la pena, como ya ha sido comentado, una empírica realidad constante en la historia de los seres humanos, no han faltado autores, más desde posiciones filosóficas que jurídico-penales que le han negado cualquier tipo de justificación... Predicciones abolicionistas de la pena y del derecho penal que han fracasado puntualmente, en ocasiones por sus propios errores de puesta en práctica ideológica. Ciertamente que me gustaría afirmar lo contrario, y que este trabajo terminara en este punto; ello significaría que hay otra sociedad, otra forma de vivir, otros parámetros de solidaridad, de igualdad y de respeto mutuo, en los que no sería imprescindible privar de libertad a nadie, porque todos se respetarían entre sí. Pero la realidad es otra, es la que Roxin afirma con rotundidad, y que yo comarto, "no será posible una supresión del derecho penal, ni de sus presupuestos básicos, como es la pena, el derecho penal todavía existirá dentro de cien años y posiblemente de muchos más" (Roxin, Claus, "El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo", en *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, p. 440. También Hassemer es rotundo y gráfico en este sentido, al afirmar que "quien pretenda abolir el derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú" (Hassemer, W., *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1985, p. 400). También Morillas Cueva, Lorenzo, en "Reflexiones" (*Op. cit.*, pp. 655-666).

<sup>38</sup> M. D. Fernández Rodríguez, *Op. cit.*, Apud. G. Landrovez Díaz, "La victimización del delincuente",

Esta situación, con relativa frecuencia en los últimos años, lejos de mejorar tiende a agravarse por los efectos negativos de la globalización neoliberal, las crisis económicas y las políticas de ajustes estructurales que vienen obligadas a aplicar los estados, conforme a las fórmulas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que con muy pocas excepciones, para nada favorecen las reformas penitenciarias que con muchos esfuerzos han emprendido algunos estados, pues los costos que ocasiona el sistema carcelario están precisamente enmarcados entre los que es necesario ajustar para disminuir el gasto público.

La difícil situación presupuestaria que han tenido que enfrentar las administraciones penitenciarias, unida a cierta sobrevaloración de las privatizaciones como solución para los males de la sociedad, trajo como consecuencia que algunos vieran en éstas una alternativa, dada la situación existente, en lugar de buscar otras soluciones por la vía impositiva y de la eficiencia de las administraciones penitenciarias para resolver la situación, y como una consecuencia también del desaliento ante los fracasos del modelo resocializador, en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que se asienten las estructuras de los sistemas penales y penitenciarios.

El surgimiento de este fenómeno, ha dicho Bernardo del Rosal Blasco,<sup>39</sup> tiene desde su punto de vista un motivo o causa común, y es la total desconfianza en que el aparato del Estado vaya a ser alguna vez capaz de resolver los problemas, o mejor, la agudización en las últimas décadas de los problemas a los que tradicionalmente se han venido enfrentando la policía, la administración de justicia o la administración penitenciaria y, por el contrario, la confianza en que la gestión o las iniciativas privadas ofrezcan soluciones allí donde la burocracia estatal ha demostrado su total ineeficacia.<sup>40</sup>

A pesar de que para la gran mayoría de los estudiosos del derecho

---

en *Victimología*, San Sebastián, 1990, fundamentalmente pp. 155ss.

<sup>39</sup> Bernardo del Rosal Blasco, "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, Fascículo I, Artes Gráficas, Madrid, enero-abril, 1990, pp. 559ss.

<sup>40</sup> Las primeras experiencias, a partir de 1983, en el condado de Hamilton, estado de Tennessee, a las que siguieron otras en California, Florida, Kentucky y otros estados, no han estado exentas de fracasos y de éxitos desde el punto de vista económico y aunque en determinada medida mejoraron las condiciones de vida de los reclusos, también se han producido los abusos propios de la combinación de una actividad eminentemente lucrativa, con el tratamiento resocializador de los privados de libertad, como ha ocurrido a modo de ejemplo, con la fijación de las remuneraciones y la determinación de las condiciones laborales. En la actualidad se han extendido a numerosos países como Australia, Francia, Alemania y el Reino Unido.

penal<sup>41</sup> está claro que el tema de la privatización de las prisiones en nada favorece la resocialización de la persona privada de libertad y por el contrario la convierte en una mercancía, sometida a las reglas del mercado y en sí entraña una contradicción muy difícil de reconciliar entre el delincuente público,<sup>42</sup> sancionado por el Estado, en uso de su facultad punitiva y una prisión privada con intereses distintos a los fines de resocialización.

Al referirse a la tendencia existente a favorecer la privatización de las cárceles, la que en los últimos años se ha extendido a numerosos países y ha comenzado a tomar fuerza en Europa, Zaffaroni ha destacado como “ante el fracaso de las ideologías de la resocialización y de todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas, resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados, lo que se asume discursivamente con el argumento de la superioridad de su administración por empresas privadas de mayor eficiencia que la administración estatal”.<sup>43</sup> Abunda a continuación que se trata de una tendencia genocida, que en definitiva se va a afiliar a la prevención especial negativa, a la idea de la prisión como pena de muerte eventual.<sup>44</sup>

En realidad, esta tendencia a situar en manos privadas, ya no sólo los talleres donde trabajan los reclusos o determinadas actividades relacionadas con los servicios de lavandería y mantenimiento de las instituciones penitenciarias, sino también las actividades propias de la administración de las cárceles, el orden interior y el tratamiento a los reclusos, ha sido objeto de reiteradas críticas por parte de todos aquellos que hemos abordado el estudio de estos temas con realismo y sentido común, considerándola como la más absoluta e intolerable dejación del Estado, en materia que hasta ahora había sido considerada como un deber ineludible de la administración pública.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

<sup>42</sup> A. Medina Cuenca y M. Goite Pierre, *Op. cit.*, pp. 242ss. Véase en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y Procedimientos para la aplicación efectiva de las reglas, que en la regla 73, inciso 1 se establece que las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la administración y no por contratistas privados, lo que evidentemente constituye un problema menos lesivo para el tratamiento del recluso, que la privatización de la institución como tal, porque aquí de lo que se trata es de la forma de contratación de la fuerza de trabajo.

<sup>43</sup> Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, *Op. cit.*, pp. 932-933.

<sup>44</sup> Con frecuencia se divulan con horror noticias de cárceles latinoamericanas en las que la falta de medidas eficaces para combatir enfermedades de transmisión sexual, como el sida, las penas privativas de libertad se convierten en la práctica en sanciones de muerte, no sólo para los reclusos, sino también para sus esposas.

<sup>45</sup> Debe tenerse en cuenta que les corresponde precisamente a los estados, que son partes en su mayoría, de todos o de varios de los principales tratados internacionales, convenciones, pactos y reglas que

Estas y otras realidades han reforzado el criterio de que la cárcel sea considerada como un mal necesario y de imposible desaparición, con muy escasas posibilidades de transformar la conducta de los internos,<sup>46</sup> lo que nos sitúa en un retorno al afianzamiento de los fines retributivos de la pena privativa de libertad, que de hecho convertiría a las prisiones en un simple lugar de castigo.<sup>47</sup>

En los últimos años ha surgido la tendencia a trazarnos objetivos más modestos, a no pedirles a las instituciones penitenciarias lo que ya sabemos que no nos pueden dar.<sup>48</sup> Conociendo que los establecimientos penitenciarios no son el lugar ideal para lograr la resocialización de los reclusos, estamos en el deber de luchar por un sistema penitenciario más humano, que ofrezca

---

conforman el sistema de derechos humanos básicos, que se aplican a todas las personas, incluidas las privadas de libertad, garantizarles a los reclusos el ejercicio de esos derechos, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad de la persona, a la salud, a no ser torturado o maltratado, al respeto de la dignidad humana, a la no discriminación de ningún tipo, a la libertad de cultos y otros que no se relacionen directamente con la esencia misma del cumplimiento de la sanción privativa de libertad, como ocurre en el caso del derecho al voto, la libertad de movimientos, a la privacidad, etc. Están en prisión como castigo, pero no para recibir castigos adicionales. Véase *Manual de buena práctica penitenciaria. Implementación de las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*, publicado por Reforma Penal Internacional, 1997. Versión en español publicada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Fundación McArthur, San José de Costa Rica, 1998.

<sup>46</sup> Nieves Sanz Mulas, *Op. cit.*, p. 342, aborda la crisis de la resocialización a partir del criterio de que “la meta a alcanzar mientras exista la cárcel, que parece ser que estará con nosotros durante mucho tiempo, debe seguir siendo la resocialización. Las objeciones vertidas sobre ella no son suficientes para arrinconarla de forma definitiva, y, por muchas que sean las dificultades prácticas, estimamos que son superables a medio plazo a través de una vía reformista con las inversiones adecuadas”.

<sup>47</sup> Elías Neuman, Conferencia impartida en La Habana, en el “Seminario Internacional sobre las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento a los Reclusos, en el año de su 50 aniversario”, efectuado los días 5 y 6 de octubre de 2005. En su intervención se refirió entre otros a los aspectos siguientes (notas del autor):

- Las prisiones son obsoletas y el ser humano tiene que buscar la forma de remplazarlas, buscando alternativas, pero no de golpe.
- No todas las personas deben ir al mismo depósito infra-zoológico al que se les envía. El juez debe tener alternativas.

<sup>48</sup> Véase el *Código Penal de la República del Paraguay*, Ley No. 1160 de 1997, publicado por el Instituto de Ciencias Penales del Paraguay, Editorial Intercontinental, 2000. En su artículo 3 plantea: “Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir”; y en el artículo 39, sobre el objeto y las bases de la ejecución de la pena privativa de libertad, se regula lo siguiente:

1. El objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad.
2. Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, se estimulará la capacidad del condenado para responsabilizarse de sí mismo y llevar una vida en libertad sin delinquir. En cuanto la personalidad del condenado lo permita, serán disminuidas las restricciones de su libertad. Se fomentarán las relaciones del condenado con el mundo externo, siempre que sirvan para lograr la finalidad de la ejecución de la pena.

a los sancionados algo más que la pura retribución al daño causado.<sup>49</sup>

A partir del reconocimiento expreso de que las prisiones no manifiestan síntomas de desaparición en ninguna parte del mundo, coincidimos parcialmente con María Dolores Fernández Rodríguez<sup>50</sup> en que las opciones más realistas apuntan a la conveniencia de mantener la privación de libertad para los delitos más graves, esgrimirlas como pena-choque<sup>51</sup> para algunos supuestos de pequeña y mediana criminalidad y sustituirla en todos los demás supuestos. Como es sabido, los mecanismos de sustitución más frecuentes en la actualidad son –entre otros– el perdón judicial, *la probation*, la prohibición de ejercer determinadas actividades, el arresto de fin de semana, las penas pecuniarias bajo la fisonomía de días-multa o de cuotas, o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Resulta evidente que en la búsqueda de alternativas a la cárcel, está el futuro del derecho penal, en lo que coincidimos con José Manuel Arroyo Gutiérrez<sup>52</sup> cuando enfatiza en la posibilidad de distinguir entre aquellas soluciones de corto alcance, de considerar las simples penas alternativas a la prisión, de otras de mucha mayor perspectiva, como la posibilidad de introducir un conjunto de sanciones alternativas dentro del derecho penal, tanto sustantivo como procesal y, lo que va aún más allá, la posibilidad de introducir alternativas que eviten el ingreso de determinados conflictos al sistema penal mismo, saliendo de esta forma del estrecho marco que hace distinción entre penas principales y penas accesorias.

<sup>49</sup> Sobre este tema véase a Heriberto Asencio Cantisán, “La individualización de la pena”, ponencia presentada en el “Seminario internacional sobre implementación de las penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil”, efectuado en La Habana, Cuba, los días 24 y 25 de febrero del 2005, auspiciado por Reforma Penal Internacional y la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Al respecto, añade: “Lo cierto es que sin esperar de la cárcel nada que no pueda ofrecer, puede ser al menos una oportunidad para el individuo que la sufre, que pueda adquirir algunos conocimientos, ampliar sus habilidades sociales y en todo caso prepararse mejor para la vida. [...] Recientemente, y acuñado sobre todo en los países del norte de Europa, se ha utilizado el término ‘normalizar las prisiones’, como sustituto del concepto de ‘resocialización’. No abandona los criterios preventivos-especiales, pero evita la concepción ideológica de la resocialización. Por ‘normalizar’ las prisiones debe entenderse todas aquellas actuaciones que ayuden a que la vida en la prisión sea lo más parecida posible al mundo exterior. Si el interno en definitiva ha de volver a la vida normal, cuando más parecida sea la vida interna en la prisión mejor preparado estará.”

<sup>50</sup> M. D. Fernández Rodríguez, *Op. cit.*, Apud. N. Morris, *El futuro de las prisiones*, México, 1978.

<sup>51</sup> En realidad, nuestra coincidencia parcial obedece al criterio de que la experiencia en la aplicación de las penas de corta duración, lejos de cumplir estos fines que se le han atribuido por algunos autores, han tenido el efecto contrario, al influir negativamente en la conducta de los sancionados, por lo que en la actualidad existe un criterio mayoritario en la doctrina, que favorece su no utilización y su sustitución por otras sanciones alternativas.

<sup>52</sup> José Manuel Arroyo Gutiérrez, *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Colegio de Abogados de Costa Rica, Gráfica Brenes, San José, Costa Rica, 1995, p. 95.

La sensibilidad de los ciudadanos, por el daño que se les causa a los que son sancionados con penas privativas de libertad, junto a la acción de la sociedad civil y la toma de conciencia de los encargados de aprobar las leyes y de los operadores del sistema penal, se expresará en la búsqueda de nuevas alternativas a la prisión y lo que es más importante, la acción de todos para que esas alternativas no fracasen y provoquen con ello los reiterados retrocesos que han caracterizado, como si fuera parte de su “contenido esencial”, a las reformas penales que se han realizado hasta el presente.<sup>53</sup>

En este marco, junto a los esfuerzos por humanizar las prisiones, en cumplimiento del principio de intervención mínima y acercarlas lo más posible a las condiciones del mundo exterior, ha adquirido vital importancia la búsqueda de alternativas viables y eficaces que resulten de utilidad como instrumento reduccionista de la cárcel como pena.

En Cuba, el legislador de 1987 al ampliar las posibilidades de individualización de la pena al caso concreto y sobre la base de la experiencia anterior, añadió a la sanción de limitación de libertad, existente en el código de 1979, dos nuevas sanciones subsidiarias de la privación de libertad, que no excede de tres años, las de trabajo correccional con internamiento y sin internamiento, aplicables en los casos en que el tribunal, apreciando la índole del delito, sus circunstancias y las características individuales del sancionado, determine que existen razones fundadas para estimar que su reeducación se puede obtener por medio del trabajo.<sup>54</sup>

En nuestro criterio, debemos situar el año 1988 como el momento en que en Cuba se incorpora al movimiento de reformas que en materia de alternativas a la privación de libertad, se venía aplicando en Europa desde los inicios de la segunda mitad del siglo XX y más tarde en nuestro entorno geográfico latinoamericano,<sup>55</sup> porque aunque desde la vigencia del código de 1979, ya se había incorporado a nuestra legislación penal

<sup>53</sup> Arnel Medina Cuenca, *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*, La Habana, 2002. En la bibliografía de la asignatura de Derecho penal. Parte general, en la página web del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, www.uh.cu

<sup>54</sup> Véanse los artículos 32 y 33 de la Ley No. 62 de 1987, modificados posteriormente por los artículos 6 y 7 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, para extender de tres a cinco años el límite de la pena privativa de libertad, inicialmente aplicada (G. O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997, p. 39).

<sup>55</sup> Sobre las primeras experiencias en Argentina y Brasil, véase: Arnel Medina Cuenca, “Las sanciones subsidiarias de la privación de libertad en la legislación cubana”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 40, Año XIX, enero-abril de 1990.

la sanción de limitación de libertad, en realidad no fue hasta el año 1988 cuando se comenzó a apreciar una tendencia creciente en su aplicación por los tribunales,<sup>56</sup> la que se ha visto incrementada con la extensión a cinco años del término de la sanción privativa de libertad inicialmente impuesta, a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 175 de 1997.

Otro elemento que ha contribuido a incrementar el ámbito de aplicación de las sanciones alternativas a la privación de libertad es el beneficio que pueden recibir los sancionados a privación de libertad, a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, que modificó el artículo 30 del Código Penal, en el sentido de añadirle los incisos 13 y 14, que facultan a los tribunales, a solicitud del ministerio del interior y oído el parecer del fiscal, durante el término del cumplimiento de la sanción privativa de libertad que haya impuesto, a sustituirla por alguna de las sanciones subsidiarias<sup>57</sup> previstas en los artículos 32, 33 y 34, por el término que al sancionado le reste de la privación de libertad inicialmente aplicada, cuando concurran los requisitos siguientes:

- Que el término de la sanción de privación de libertad no exceda de cinco años.
- El sancionado debe haber extinguido por lo menos la tercera parte de la sanción impuesta cuando se trate de sancionados primarios, la mitad cuando se trate de reincidentes y las dos terceras partes cuando se trate de multirreincidentes.

<sup>56</sup> Esta afirmación la fundamentamos en el criterio de que a pesar de las buenas intenciones del legislador de 1979 el nivel de aplicación de esta sanción subsidiaria fue muy limitado debido a la concurrencia de diversos factores, como su similitud en el orden práctico con la institución de la remisión condicional de la sanción, que existía ya desde el Código de Defensa Social y la poca confianza que tenían los operadores del sistema de justicia penal en su efectividad, a partir del hecho de que el control de su cumplimiento era encomendado a los denominados órganos de prevención del delito, los que en la práctica nunca fueron creados como tales y estas funciones fueron asumidas por otras instituciones y organizaciones, sin el nivel de organización y coordinación que existe en la actualidad. A los efectos de lograr una mayor comprensión de lo explicado, pueden consultarse las regulaciones del inciso 5 del artículo 32 de la Ley No. 21 de 1979 y compararlas con su similar del artículo 34 del Código Penal vigente y las regulaciones sobre el juez encargado de la ejecución de las sanciones.

<sup>57</sup> Se refiere a las sanciones subsidiarias de la privación de libertad que no excedan de cinco años, de trabajo correccional con internamiento (artículo 32), trabajo correccional sin internamiento (artículo 33) y de limitación de libertad (artículo 34). Si comparamos los requisitos exigidos para la aplicación de este beneficio, con los previstos para el otorgamiento de la libertad condicional, en el artículo 59 del Código Penal, podemos apreciar que en realidad en el caso de los reincidentes y los multirreincidentes, se encuentra prevista en el término en que le corresponde la evaluación de la libertad condicional y lo mismo ocurre con los sancionados primarios menores de veinte años de edad, por lo que en todos estos casos relacionados anteriormente debemos apreciarlos como una alternativa a la libertad condicional. Su aplicación, sin la opción de otorgar la libertad condicional, sólo se presenta como única alternativa para los sancionados primarios que iniciaron el cumplimiento de la sanción privativa de libertad de hasta cinco años, con una edad superior a los veinte años de edad.

En relación con la adecuación de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad que no excedan de cinco años, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular ha expresado que es doctrina reiterada de dicha sala de casación que las sanciones subsidiarias cuando se imponen conforme a las reglas establecidas, no resulta discutible su modificación por otra subsidiaria en casación (sentencias 57 de 6 de enero del 2000, 112 de 7 de enero del 2000, 165 de 10 de enero del 2000, 166 de 10 de enero del 2000, y 335 de 12 de enero del 2001), ello quiere decir que nuestro máximo órgano de justicia ha considerado, aunque no con carácter absoluto como veremos más adelante, que si el tribunal juzgador apreció las circunstancias del hecho debidamente y valoró las características de su comisor y entendió que el fin de la sanción podía cumplirse por medio del trabajo, en las sanciones de trabajo correccional con y sin internamiento y con el sólo cumplimiento de determinados requisitos en el supuesto de la sanción de limitación de libertad, esto facilitaría el cumplimiento de los fines de la sanción, y por lo tanto no procede su modificación por un tribunal superior.

Sobre la aplicación de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad, la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo, mediante la sentencia<sup>58</sup> No. 61 de 4 de enero de 1995, se aparta del criterio expresado anteriormente y señala en uno de sus considerando que al acusado “no le constan antecedentes penales y se le apreció la circunstancia atenuante de

<sup>58</sup> *Boletín*, Tribunal Supremo de la República de Cuba, 1995-1996, elaborado y editado por la Dirección de Colaboración, Divulgación e Información Judicial del Tribunal Supremo Popular, pp. 66ss. Véase cómo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, sustituyó la sanción privativa de libertad inicialmente impuesta, como sanción conjunta, en un caso en que el Tribunal Provincial Popular calificó los hechos que declaró probados como constitutivos de un delito de daños, dos delitos de lesiones y un delito de violación de domicilio previstos y sancionados en los artículos 339.1, 274 y 287-1 y 2 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal prevista en el artículo 52 ch) del Código Penal e impuso al acusado la sanción de multa de 250 cuotas de un peso cada una por el delito de daños y ambos delitos de lesiones y dos años de privación de libertad por el delito de violación de domicilio, y como sanción conjunta la de dos años de privación de libertad y multa de 500 cuotas de un peso cada una con las accesorias del caso y la responsabilidad civil correspondiente. La institución de la sanción conjunta aplicada en este caso se regula en el artículo 56 del Código Penal cubano y es aplicable tanto en situaciones como ésta, en las que en una misma causa se sanciona a una persona por la comisión de varios delitos, como cuando se juzga por un nuevo delito a quien ha sido ya sancionado, en el caso de que no haya comenzado a cumplir la sanción anterior, o en el de que ya haya iniciado su cumplimiento, con lo que se evita la existencia en los establecimientos penitenciarios de personas extinguiendo varias sanciones consecutivamente, lo que afecta la aplicación del régimen progresivo y el cómputo de los plazos que debe extinguir para obtener la libertad condicional. Esta situación quedó resuelta en las prisiones cubanas con la entrada en vigor del actual Código Penal, la Ley No. 62, a partir del 30 de abril de 1987, al regularse en los incisos 2 y 3 del artículo 56 la obligatoriedad de los tribunales de aplicar la sanción conjunta, en todos los casos, con excepción de la situación prevista en el inciso 4 que se aplica de forma muy excepcional.

la responsabilidad penal prevista en el artículo 52 ch) del Código Penal por lo que, a pesar de que el mismo mantiene una desajustada conducta social y los hechos tienen cierto grado de peligro social, la medida de privación de libertad impuesta por el delito de violación de domicilio resulta en su naturaleza severa, por lo que atendiendo a la juventud del acusado y a su desvinculación laboral, resulta aconsejable sustituir la sanción de privación de libertad por la alternativa de trabajo correccional con internamiento, con lo que se cumplirían los fines represivos, reeducativos y preventivos de la sanción penal; en consecuencia procede acoger favorablemente el motivo de fondo del recurso, establecido al amparo del ordinal sexto del artículo 69 del Código Penal y casar la sentencia combatida dictándose otra nueva conforme a derecho".

En correspondencia con el régimen progresivo, los sancionados a privación temporal de libertad también pueden ser promovidos al régimen correccional laboral, que está regulado en el Reglamento Penitenciario, en la etapa previa a la fecha en que les corresponde evaluar la libertad condicional. Este régimen se cumple en establecimientos abiertos, muy similares a los que se utilizan para los sancionados a trabajo correccional con internamiento, y con posibilidades de ampliar los vínculos con la familia y la comunidad, al poder disfrutar de permisos de salida de corta duración, que generalmente se les conceden los fines de semana.

A las anteriores medidas legislativas se ha unido la experiencia que ha desarrollado el Tribunal Supremo Popular de asumir el control del cumplimiento de las penas alternativas a través de los jueces encargados del control de la ejecución de las sanciones,<sup>59</sup> a partir del año 2000, los que en estrecha coordinación con las organizaciones de masas, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y las comisiones de Prevención y Atención Social, han asumido el control del cumplimiento de las sanciones de trabajo correccional con internamiento, limitación de libertad, privación de libertad remitida condicionalmente, de los beneficiados con la libertad

<sup>59</sup> Sobre esta experiencia véase Armando Torres Aguirre, "Alianzas con la sociedad civil en la implementación de las penas alternativas", ponencia presentada en el "Seminario internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil", efectuado en La Habana los días 24 y 25 de febrero del 2005, en la que destacan, entre otros, los aspectos siguientes:

- El contenido esencial de las instrucciones No. 163 del 2000 y 163-bis del 2004 dictadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular sobre el control de los tribunales de justicia del cumplimiento de las penas alternativas y otros beneficios penitenciarios.
- La vinculación de esta experiencia con las regulaciones de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, conocidas como Reglas de Tokio, que fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

condicional, la suspensión de la sanción de trabajo correccional con internamiento y las licencias extrapenales; así como de los sujetos a medidas de seguridad de entrega a un colectivo de trabajo y de vigilancia por los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria, lo que en la práctica judicial ha contribuido a que los jueces tengan una mayor confianza en la efectividad de las medidas alternativas y de los beneficios penitenciarios y se motiven a aplicarlos con mayor frecuencia.

La necesidad de lograr una mayor efectividad en la individualización y adecuación de las penas, reservando las más severas para las formas más dañinas de la actividad delictiva, actuando diferenciadamente cuando resulte pertinente, en los casos que revisten menor gravedad o se trate de personas cuyas características individuales así lo aconsejen, recomendando para los mismos, la utilización de sanciones subsidiarias de la privación de libertad y la aplicación de atenuación extraordinaria de la sanción, cuando concurren varias circunstancias atenuantes o se manifieste alguna de ellas de modo muy intenso,<sup>60</sup> ha sido abordada con acierto por la Instrucción No. 175 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 21 de julio del año 2004, que precisa acertadamente la necesidad de que los tribunales apliquen una política penal que se corresponda con las tendencias de la política criminal que se aplica actualmente en el país, en correspondencia con las condiciones sociales, políticas y económicas existentes en la actualidad, lo que en nuestra apreciación se ha convertido en una nueva motivación para ampliar el ámbito de aplicación de las sanciones alternativas a la privación de libertad.

Por otra parte, en relación con la aplicación de las medidas no privativas de libertad, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, que contiene las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad, conocidas como Reglas de Tokio, que contienen un conjunto de principios básicos para promover la aplicación de estas medidas y las salvaguardas mínimas para las personas a quienes se les aplican medidas sustitutivas de la prisión, las que tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como en fomentar su sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

<sup>60</sup> Véase el artículo 54 de la Ley No. 62 de 1987, tal y como quedó modificado por el artículo 3 del Decreto-Ley No. 150 de 6 de junio de 1994, que simplificó la redacción del inciso 1, eliminándole el requisito de valoración por el tribunal de la actitud del agente después de la comisión del delito, que exigía la Ley No. 62 de 1987 en su redacción original.

## CONCLUSIONES

1. El poder que se le atribuye constitucionalmente al Estado de determinar las conductas que se consideran delitos y las penas a aplicar a los que incurran en ellas, debe ser sometido a limitaciones, para evitar excesos, tanto por mandato de la Constitución, como de otras leyes del ordenamiento jurídico, a través de un sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores, en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales, en su función de aplicarlas a los comisores de delitos.
2. La aplicación consecuente de estos principios, supone la existencia de un derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúe sólo en los casos de los ataques más graves a esos valores, y que tanto en su elaboración, como en el ámbito de su aplicación, garantice el respeto a la libertad y dignidad humanas.
3. El legislador al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos, por lo que la potestad punitiva del Estado ha de quedar limitada a proteger sólo aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, afecten las libertades de los demás y en uso de esta facultad deberá procurar que la determinación de las penas esté en correspondencia con los valores constitucionalmente protegidos, procurando el mayor uso posible de medidas alternativas a la privación de libertad.
4. La utilización del derecho penal como método para garantizar la protección de los valores establecidos constitucionalmente, de los ataques más graves e intolerables a las relaciones de convivencia, no podrá ser abolida, ni en las actuales condiciones, ni tampoco en el futuro. El día que la humanidad se decida a adoptar formas de organización de la sociedad que garanticen una distribución más justa y equitativa de las riquezas, que conduzca a un modelo de sociedad más justo y solidario, con un alto grado de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus ciudadanos, se requerirá entonces de una menor aplicación de la represión penal para garantizar las relaciones normales de convivencia y la protección de los valores fundamentales de rango constitucional.
5. El derecho penal sólo debe actuar ante las violaciones más graves e intolerables de las normas de convivencia y para la represión de las mismas se deben utilizar penas, que sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas, en correspondencia con el principio de intervención mínima

o de *última ratio*, que inspiró el proceso despenalizador que caracterizó las reformas penales efectuadas en las últimas décadas del pasado siglo.

6. El principio de proporcionalidad parte de la exigencia de que la pena sea proporcional al delito y de que la medida de la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho, por lo que su aplicación ha de ser tenida en cuenta tanto por el legislador, que está obligado a determinar las penas correspondientes a cada delito, considerando que toda restricción a los derechos fundamentales debe estar justificada y ser proporcional a la afectación que le producen a la convivencia social, como también por los jueces y tribunales, en el uso adecuado de las facultades discrecionales que la ley les concede para individualizar la pena, procurando la mayor racionalidad posible en la determinación del tipo de pena a aplicar y su cuantía.
7. La denominada crisis de la prisión y el reconocimiento de que no resulta posible alcanzar la resocialización por medio de la ejecución de las penas privativas de libertad, no debe impedirnos que luchemos por un sistema penitenciario más justo, ni que conscientes de sus limitaciones no nos esforcemos por garantizar el respeto a los derechos humanos fundamentales de los privados de libertad, un tratamiento digno, en consecuencia con el principio de humanización de las penas y la mejor preparación para vivir en condiciones de libertad, mediante la ampliación de sus conocimientos y el desarrollo de su personalidad.
8. El futuro nos debe conducir a que las cárceles queden reservadas sólo para los casos más intolerables de violaciones de las reglas de convivencia mutuamente aceptadas por la sociedad y a una aplicación creciente de penas alternativas de todo tipo, con amplia participación de la comunidad, para las restantes violaciones de las normas penales, las que deberán mantener su tendencia a una disminución progresiva, lo que requiere de que todos los países trabajen por hacer realidad la consigna enarbolada por los más diversos movimientos sociales de que un mundo mejor es posible.

## REFERENCIAS

- Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, ED-ERSA, Madrid, 1999
- Arroyo Gutiérrez, Manuel, *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Colegio de Abogados, Costa Rica, 1995.
- Asua Batarrita, Adela y otros, *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.
- Ayo Fernández, Manuel, *La pena. Manual de determinación de las penas*, Aranzodi, 1997.
- Bacigalupo, Enrique, "Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo", *Revista del Poder Judicial*, No. 43-44, Madrid, 1996.
- \_\_\_\_\_, "Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa", en *De las Penas*, Revista en homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio R., García-Pablos, Antonio y otros, *De las Penas*, Homenaje al profesor Isidro de Benedetti, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Bajo Fernández, Miguel, *Derecho penal económico*, Civitas, Madrid, 1978.
- \_\_\_\_\_, *Manual de determinación de las penas. Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Editorial Aranzadi, 1997.
- Beccaria, César, *De los delitos y de las penas* (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente), Reimpresión, Madrid, 1979.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- Cavice, Leonard L., "La cárcel, una institución en crisis. La privatización de las cárceles", revista *El Correo de la Unesco*, junio de 1998.
- Cuerda Arnau, María Luisa, *Aproximación al principio de proporcionalidad en el derecho penal*, s/e, s/f.
- Cuesta, José L. de la, "Prisión y reinserción. Régimen abierto", *Memorias de las Jornadas de Derecho Penitenciario de Euskadi*, 16-17 de junio de 1995.
- Fernández Rodríguez, María Dolores, "Los límites al *ius puniendi*", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. xlvi, Fascículo III, Madrid, septiembre-diciembre de 1994.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, Universidad Autónoma de México, México, 1993.
- Fernández Bulté, Julio, *La pena de muerte en Beccaria y en Carlos Marx*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, 1998.
- García Valdés, Carlos, "La reforma de la prisión: historia y filosofía", *Divulgación Jurídica*, No. 47, Año 6, editada por el Ministerio de Justicia de la República de Cuba, noviembre de 1998.

- Gómez Grillo, Elio, *Las penas y las cárceles. ¿La pena de muerte?*, Editorial El Cojo, Caracas, 1988.
- González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1999.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo, Universidad de Extremadura, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.
- Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I, El "ius puniendi" (la potestad punitiva)*, Editorial Universitas, 1996.
- Medina Cuenca, Arnel, *La reincidencia y la multirreincidencia en la legislación cubana*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba, 1997.
- \_\_\_\_\_, "Las sanciones alternativas a la privación de libertad en el Código Penal cubano", *Revista Cubana de Derecho*, No 40, Año xix, enero-abril de 1990.
- \_\_\_\_\_, y Goite Pierre, Mayda, *Selección de lecturas de derecho penal general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- \_\_\_\_\_, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- Morillas Cueva, Lorenzo, *Curso de derecho penal español. Parte General*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, Editorial Dykinson, Madrid. 2004, www.dykinson.com
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Sevilla, 1980.
- \_\_\_\_\_, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, Porrúa. México, 1989.
- Pérez Parente, Juan Antonio y Barrada Ferreiros, Alfonso, "Las reglas para la aplicación de las penas en el Código Penal de 1995 y en el Código Penal Militar", revista *Actualidad Penal*, No. 41, 1996.
- Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1972.
- Quintero Olivares, Gonzalo, "Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (cuestiones generales)", en *Otrosí*, revista publicada por el Colegio de Abogados de Madrid, noviembre-diciembre de 1996.
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1989.

- Quirós Pérez, Renén, "La despenalización", en *Revista Jurídica*, No. 10, La Habana, 1986.
- \_\_\_\_\_, "Las modificaciones al Código Penal", en *Revista Cubana de Derecho*, No. 33, Año XVII, La Habana, abril-junio, 1988.
- \_\_\_\_\_, *Manual de derecho penal I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Rosal Blasco, Bernardo del, "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, Fascículo I, Artes Gráficas, Madrid, enero-abril de 1990.
- Roxin, Claus, "El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo", en *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998.
- \_\_\_\_\_, ¿Tiene futuro el derecho penal?, *Revista del Poder Judicial*, 3ra época. No. 49, Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, 1981.
- Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas*, española y mexicana, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Impresos Chávez, México, 2004, www.inacipe.gob.mx
- Tabío, Evelio, *Temas de derecho penal*, Editorial Obispo, La Habana, 1958.
- Zaffaroni, Eugenio R.; Plagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

### *Documentos*

- Humanización de la administración de justicia*, Congreso sobre el Delito y Tratamiento al Delincuente, Naciones Unidas, 1990.
- Manual de Buena Práctica Penitenciaria, Implementación de las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*, Reforma Penal Internacional, 1997. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Fundación McArthur, 1998.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Naciones Unidas, 2000. Tomado de internet.
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y procedimientos para la aplicación efectiva de las reglas*, Naciones Unidas, 1984.
- Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos*, publicado por el Instituto de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea, Talleres Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 1998.

### *Legislación*

- Código Penal*, capítulo v, vigente en Cuba y Puerto Rico por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, Artículos 97 al 117, sobre la ejecución de las penas.

*Código Penal*, Ley No. 62 de 1987, actualizado, Colección Jurídica, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

*Código Penal Español*, Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre (BOE No. 281, de 24-11-1995), Editorial Quiles, 1996.

*Código Penal y Ley 1768 Modificativa del Código Penal de la República de Bolivia*, Los Amigos de los Libros, La Paz, Bolivia, 1997.

*Código Penal de Brasil*, 36 edición, Editora Saraiva, 1998.

*Código Penal de Costa Rica*, revisado y actualizado por Ulises Zuñiga Morales, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Año x, 1999.

*Código Penal de la República del Paraguay*, Ley No. 1160 de 1997, publicado por el Instituto de Ciencias Penales del Paraguay, Editora Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2000.

*Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nueva León*, Avelar Editores e Impresores, México, 1996.

[Volver al Índice >>](#)