

EL DERECHO PENAL DESDE UNA EVALUACIÓN CRÍTICA

Marta González Rodríguez

*Profesora Titular y Principal de Criminología
Universidad Central de las Villas (Cuba)*

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta. El Derecho penal desde una evaluación crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-11, p. 11:1-11:23. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-11 (2008), 18 ago]

RESUMEN: El presente artículo caracteriza y fundamenta teórica y doctrinalmente el Sistema Penal, en tanto subsistema del Control Social Formal. Desde una perspectiva criminológica estructuramos una cosmovisión crítica del enfrentamiento reactivo a la criminalidad desarrollado por el Sistema Penal, valoramos las críticas fundamentales a que es sometido por la doctrina criminológica y la dogmática penal; realizando un análisis de las principales posiciones político-criminales, que a raíz de las críticas analizadas, fundamentan

propuestas desestructurantes o recrudecedoras de la acción del sistema, nos referimos al Abolicionismo y al Maximalismo Penal. Razonamos la necesidad social ineludible de la existencia del Sistema Penal, considerando que la respuesta actual más racional, en el marco regulador punitivo lo constituye el Derecho Penal Mínimo. Por último valoramos la experiencia cubana en este sentido, detallando en la historia y las potencialidades existentes para reducir sustancialmente el Control Social Formal en Cuba.

PALABRAS CLAVE: Control Social Punitivo, Derecho Penal Mínimo, Sistema Penal, Abolicionismo penal, Maximalismo penal, prisionalización, estigmatización penal, Control Social Informal, Política Criminal..

Fecha de publicación: 18 agosto 2008

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPALES CRÍTICAS AL DERECHO PENAL ACTUAL. 1. El uso excesivo de la sanción de privación de libertad. 2. La estigmatización derivada de la acción del Sistema Penal. 3. El fenómeno de la prisionalización. 4. La cuestionada legitimidad del Sistema Penal. III. ACTUALES POSICIONES POLÍTICO-CRIMINALES REFERIDAS AL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL. 1. El maximalismo penal. 2. El abolicionismo penal. 3. El minimalismo penal. IV. NECESIDAD ACTUAL DEL DERECHO PENAL. V. EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y GARANTISTA. VI. CONTROL SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD CUBANA. Historia, actualidad y perspectivas. 1. Cronohistoria de la Política Penal cubana de finales del Siglo XX. A. La política penal cubana en la década de los años sesenta. B. La política penal

cubana en la década de los años setenta. C. La política penal cubana en la década de los años ochenta. D. La política penal cubana en el decenio de los años noventa. 2. Potencialidades para el aumento del Control social Informal en Cuba. 3. Valoración crítica generalizadora sobre la experiencia cubana en el Control Social de la criminalidad. A. Respecto a los componentes estructurales del Control Social. B. Respecto a los componentes organizativos del Control Social. C. Respecto a los componentes funcionales del Control Social. VII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En las sociedades contemporáneas ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales; fenómeno que implica un desmesurado daño social, por cuanto el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar. Las victimizaciones que provoca el Sistema Penal con su acción se producen, en buena medida, por “la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal”,¹ por ello, el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.

Los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por su supuesta ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social. La ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana; al respecto conviene valorar que la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal; este último es solo el eslabón final de la cadena controladora, el recurso extremo que actuará subsidiariamente y con objetivos limitados. Achacar al Sistema Penal, como subsistema particular del Control Social, la responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en la pretendida centralidad del Control Social Formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social.

El Sistema Penal no puede responder por una ilimitada responsabilidad controladora social, el sesgo analítico en este sentido debe encaminarse a que realmente logre cumplir sus funciones de protección, orientación y prevención. Rechazamos enérgicamente cualquier sobredimensionamiento de las capacidades reguladoras penales, por cuanto cabe a otras ramas del Derecho y a otras dimensiones controladoras compartir esas responsabilidades.

La mayor racionalidad cuestionadora del sistema gravita en torno a los costos resultantes del quehacer punitivo. Varias son las razones de crítica al ejercicio de la Justicia Penal en las sociedades modernas, una de ellas radica en que el desempeño de las funciones del Derecho Penal implica la imposición de una sanción constitutiva de un

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Prólogo a VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Editorial COMARES. 1998. Granada, p. I.

sufrimiento doloroso para el penado y colateralmente para su familia. Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal “es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana; recurriendo a actividades que implican coerción, privación de libertad y desmedro de la dignidad humana”.² A continuación profundizaremos en algunos de los motivos más reiterados de incriminación del Sistema Penal.

II. PRINCIPALES CRÍTICAS AL DERECHO PENAL ACTUAL

1. El uso excesivo de la sanción de privación de libertad

La sanción penal en sus variantes más severas, nos referimos a la pena de muerte y a la privación de libertad, representa una peculiar cirugía social en la que los cirujanos y sus instrumentos (sistema penal) extirpan una parte del cuerpo social (el justiciable) que ha demostrado con su comportamiento (el acto delictivo) ser portador de determinada “malignidad social”. La anterior alegoría nos evoca el inmenso riesgo de los remedios violentos, los que solo deben utilizarse en situaciones extremas para las que no existan alternativas posibles.

Los representantes de la dogmática penal partidarios del recrudescimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta; por ello con razón se afirma que la variante de reacción social caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal³ solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

Las autorizadas opiniones de Claus Roxin expresan que “se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente”.⁴ El mencionado científico expresa su distanciamiento del incremento en el volumen de aplicación de las penas privativas de libertad, lo que argumenta a partir de cuatro inconvenientes⁵ de este tipo de sanción:

- 1- Resulta difícil educar para un comportamiento adecuado en sociedad a partir de condiciones de encierro radicalmente distintas a la vida en libertad.
- 2- La pena privativa de libertad posee un efecto disocializador, al sustraer al recluso de sus vínculos comunitarios normales.

² Cfr. SÁNCHEZ, C. Y HOUED, M.A., *Abolicionismo y Democracia*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm>. (Consultado 14/04/2007), párrafo 26.

³ Se refiere a la variante político-criminal conocida como “Maximalismo Penal” y que se caracteriza por la ampliación indiscriminada del rigor penal, acentuando dicho rigor, tanto en la elevación de las penas como en el desarrollo de la eficacia del Sistema Penal, a través del aumento del número de policías, jueces, fiscales, centros penitenciarios, etc.

⁴ Cfr. ROXIN, C., *Problemas actuales de la Política Criminal*. Conferencia dictada en el ciclo “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”. Septiembre del 2000. Munich, p. 2.

⁵ Véase. ROXIN, C., *ob. cit.*, pp. 2-3.

- 3- Se produce un efecto de “infección criminal” motivado por los contactos e intercambios con los demás reclusos, reforzándose y profundizándose la deformación personalógica.
- 4- El enorme coste financiero que significa para la sociedad mantener el funcionamiento del sistema penitenciario.

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado una amplia pobreza en el desarrollo de la pretendida capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso de la cárcel como instrumento de Control Social, entre otras razones porque “no se puede segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas”.⁶ Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo conviene recurrir en los casos que sea útil y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del Control Social Punitivo.

2. La estigmatización derivada de la acción del Sistema Penal

Conjuntamente con la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal. La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal⁷ o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta”.⁸ La estigmatización como “corolario informal de la reacción formal contra el delito”,⁹ constituye un sufrimiento impuesto al justiciable que como padecimiento queda fuera del control y de las intenciones del Sistema Penal. Si consideramos que el individuo es un sujeto social y que la estigmatización afecta precisamente su condición de ser social, podrá comprenderse en parte la trascendencia que para la actividad del reo (tanto laboral, social, comunal, etc.) tendrá este proceso colateral dañoso.

⁶ BARATTA, A., *Resocialización o control social*. Ponencia presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal”. Lima. Septiembre de 1990. Disponible en Word Wide Web: <http://www.cvd.edu.ar/materias/primer/513c3/textos/baratta.htm>. (Consultado 14/04/2008), párrafo 11.

⁷ Se parte del criterio de que la pena de prisión al privar de movimientos y libertad al condenado, lo afecta en su corporeidad, aunque no en el sentido físico-dañoso de las penas corporales clásicas. Para la corriente abolicionista del Derecho Penal, la sanción de privación de libertad se diferencia de las penas corporales de la antigüedad, en que el tiempo de sufrimiento corporal en estas últimas era concentrado y menor (por ejemplo el dolor al ser azotado); mientras que la pena de prisión actual es un sufrimiento físico que se prolonga en el tiempo.

⁸ SALASPORRAS, R., *La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm>. (Consultado 13/04/2006), párrafo 32.

⁹ Cfr. SALASPORRAS, R., *ob. cit.*, párrafo 4.

Como consecuencia de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la autoestigmatización. Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido, produciéndose así la desviación secundaria.¹⁰

3. El fenómeno de la prisionalización

Los resultados destructivos de la cárcel sobre la personalidad del sujeto sometido a sanción de privación de libertad son conocidos como efectos de prisionalización. Tales consecuencias negativas poseen índole diversa, destacándose los daños psicológicos y los daños sociológicos; en el caso de los primeros se manifiestan los estados depresivos y angustiantes y en lo que respecta a la óptica sociológica se pueden valorar como resultados dañosos la asunción de puntos de vista, valores y normas propios de la subcultura carcelaria¹¹ basada en las informales relaciones de poder y violencia que se estructuran jerarquicamente en el contexto penitenciario.

Según Baratta¹² la socialización negativa existente en los centros penitenciarios, se configura a través de dos procesos: uno de “desculturización” y otro de “culturización”. La “desculturización” acontece como consecuencia de la desadaptación a la vida en libertad por la pérdida de los referentes sociales relacionados con los valores y modelos de comportamiento propios de la vida social normal. Mientras la “culturización” es identificada por este autor con la prisionalización, proceso en que los antiguos referentes sociales son sustituidos por actitudes, formas de comportamiento y valores propios del ambiente carcelario. El “aprendizaje adaptativo” de la cultura dominante en la prisión contrarresta las pretensiones reeducativas y resocializadoras de la pena de prisión, poniendo en crisis de legitimidad la propia sanción de privación de libertad.

4. La cuestionada legitimidad del Sistema Penal

A modo de resumen sobre las críticas dirigidas al ejercicio del Derecho Penal conviene explicar que la suma e interacción de todas ellas han desatado un cuestionamiento

¹⁰ El proceso de estigmatización ha “demostrado en la práctica que refuerza la conducta social delincencial, a más de ser un elemento de desagregación por la sociedad de aquellos que han cometido hechos delictivos, fortalece la tendencia a la exclusión de estos de la actividad socialmente útil, provoca la desigual ante la ley y genera por sí mismo disfuncionalidad al incitar a los individuos a cambiar sus roles y status social”. Véase. MILÁN ACOSTA, G. Y DÍAZ AMAU, M., *La percepción social del delito y de los procesos de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación*. Ponencia al IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales. 1998. La Habana, p. 2.

¹¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control Social y Sistema Penal*. PPU. 1987. Barcelona, pp. 467-468.

¹² BARATTA, A., *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*. Séptima reimpression. 2001. Siglo XXI editores, S.A. México, pp. 193-196.

to más o menos exacerbado referido a la actuación del Sistema Penal. La literatura al respecto habla de una crisis de legitimidad¹³ en el ejercicio del Control Social Punitivo, aludiendo que los daños resultantes del quehacer penal (excesivo uso de la sanción de privación de libertad, estigmatización, prisionalización, etc) no justifican los reducidos resultados controladores reflejados en el progresivo deterioro de la disciplina y estabilidad social y en el aumento de la reincidencia y la multireincidencia en las sociedades actuales.

La legitimidad¹⁴ en la actuación del Sistema Penal debe estar avalada por una racionalidad teórica y fáctica. Percibimos la racionalidad teórica en dependencia de la estructuración coherente y diáfana del discurso jurídico-penal destinado claramente a justificar los fines de control social y de protección de los individuos; con el mayor acercamiento posible de la proyección del “deber ser” del sistema a las condiciones reales de vida, lo que significa la existencia de una teoría jurídico-penal que posea un alto grado de realismo social, garantizando así su posibilidad de aplicación. Por su parte la racionalidad práctica descansa en el cumplimiento real del fin y las funciones del sistema, por tanto, el Sistema Penal podrá ser considerado legítimo desde el momento que consigue regular los conflictos a él sometidos, restableciendo el orden y la coexistencia social mediante la protección, prevención y orientación conductual. Lo anterior se traduce en el sentido de que el Aparato de Justicia Penal consigue ser fácticamente racional y consecuentemente legítimo en la medida que demuestra poseer la operatividad social para lo cual se encuentra destinado,¹⁵ minimizando la violencia social a través de una actuación ponderada y garantista.

III. ACTUALES POSICIONES POLÍTICO-CRIMINALES REFERIDAS AL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL

Los sesgos valorativos gravitantes alrededor de la eficacia y los costos sociales del Sistema Penal han derivado en explicaciones contrapuestas de las razones de la carencia de operatividad social del mismo. Un sector de la sociedad mayoritariamente anclado en los grupos de poder de los países capitalistas sostiene que la escasa capacidad preventiva y controladora del Derecho Penal se deriva de la debilidad en su aplicación y en consecuencia propugnan un aumento del rigor punitivo del sistema, es el caso de los partidarios del Maximalismo Penal. Otra perspectiva extrema y opuesta radicalmente a la anterior se desarrolla en el seno de los estudios dogmáticos y criminológicos sobre el Derecho Penal y explica la ineficacia del Sistema Punitivo como situación

¹³ En este sentido se pronuncian ZAFFARONI, E.R., *Crítica sociológica al Derecho Penal*. 1999. Disponible en Word Wide Web: <http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/07/doctrina.int/nota.htm>. (Consultado 01/10/2001), párrafos 1-15 y ELBERT, C.A., *El sistema penal ante las exigencias del presente*. Ponencia presentada en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. Septiembre del 2001. Santa Fe. Disponible en Word Wide Web: <http://www.lexpenal.com.ar>. (Consultado 12/03/2007), párrafos 15-18.

¹⁴ Por la legitimidad del Sistema Penal debe entenderse las valoraciones racionales justificativas de la acción del Control Formal. “Legitimidad es, en definitiva, juicios de valor a argumentar y fundamentar; legitimación expresa, por su parte, juicios de hecho, constatación o no de su presencia social”. Véase. DÍAZ, E., *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1998. Madrid, p. 29.

¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ ROMERO, C. Y HOUED VEGA, M.A., *ob. cit.*, párrafos 27.31.

definitiva e irrevocable agravada por la deslegitimación que se deriva de los daños colaterales de aplicación de la sanción de privación de libertad; por ello este sector es decidido partidario de la eliminación del Sistema Penal, nos referimos a la posición Abolicionista Penal. El Maximalismo Penal y el Abolicionismo Penal son tendencias político-criminales en las que no existe la actualmente necesaria ponderación de las formas organizativas del control. En la Maximización se hiperbolizan las facultades reguladoras del Control Social Formal materializado en el Sistema Penal, mientras en el Abolicionismo se extrapolan las capacidades de los controles sociales informales.¹⁶

El movimiento pendular drástico de tales propuestas político-criminales modernas presenta entonces un extremo maximalista y un extremo abolicionista del Sistema Penal; sin embargo como posición intermedia que opera como “fiel de la balanza” político-criminal decisoria, aparece una tercera posición partidaria de una redefinición reductiva del Aparato de Justicia conformando lo que se conoce como Minimalismo Penal, variante partidaria de un Sistema Penal repensado sobre la base de concretar efectivamente sus garantías procesales máximas con un uso mínimo del recurso controlador. A continuación analizaremos separadamente estas posiciones.

1. El maximalismo penal

El maximalismo penal descansa en la negación absoluta del principio garantista de intervención mínima; según el cual el Derecho Penal solo debe ser utilizado para resolver los conflictos que amenacen o dañen los bienes jurídicos fundamentales ante la ausencia de otro recurso de control. La tendencia de hiperbolización del Derecho Penal recurre al modelo disuasorio clásico¹⁷ de reacción frente a la criminalidad, exigiendo el uso exclusivo de las estrategias represiva y preventiva penal con una desmedida competencia del Estado a través de los mecanismos formales de control, pretendiéndose con ello la utilización ejemplarizante y simbólica del Derecho Penal.

La fragilidad argumentativa de la posición recrudecedora del Control Formal salta a la vista. El uso hipertrofiado de la respuesta punitiva, apenas significaría un aumento de la criminalidad detectada como lógico correlato a la ampliación de la represión penal; lo que no se traduce necesariamente en una disminución de la criminalidad real. La expansión desproporcionada de la vía punitiva, lo que lograría a la postre sería el desarrollo de un control penal desordenado y arbitrario. Otra razón de crítica sobre lo

¹⁶ El sentido de nuestro análisis descansa en las opciones político-criminales (Maximización, Abolición y Derecho Penal Mínimo) y no en modelos criminológicos explicativos o de aproximación a la cuestión criminal, como pueden ser el modelo realista conservador o de derecha, la Criminología Crítica y el Neorealismo de Izquierda.

¹⁷ El modelo disuasorio clásico de reacción social ante la criminalidad, cumple apenas con la expectativa punitiva del Estado, presumiendo que la ejecución de la pena desaconsejará preventivamente a los miembros de la sociedad y al sancionado en especial de cometer nuevos delitos. Los componentes del Control Social a que recurre se reduce al Derecho Penal como único sistema normativo, a las sanciones negativas y estigmatizantes, a las agencias creadoras y operadoras del Sistema Penal; usando como estrategia funcional exclusiva la represión, dicho modelo de respuesta es regido únicamente por el Estado y se desarrolla a partir de los mecanismos formales del Control Social. Recomendamos consultar al respecto a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. Editora Tirant lo Blanch. 1999. Valencia, pp. 937-939.

improcedente que resultaría si entronizamos la penalización excesiva de la vida en sociedad como la variante más favorecida a la hora de garantizar la anhelada pacificación social; radica en que el Derecho Penal constituye un recurso violento y dañoso que solo debe ser usado en *ultima ratio*. “Mala política criminal aquella que contempla el problema social del delito en términos de mera disuasión, desentendiéndose del imprescindible análisis etiológico de aquel y de genuinos programas de prevención”.¹⁸ Por último, el proyecto de una sociedad mejor posible no es coherente con esta posición maximizadora del Control Social Formal.

2. El abolicionismo penal

La controversia alrededor de la necesidad de desaparición del Sistema Penal genera múltiples equívocos que ameritan ser superados con una clara definición de este movimiento crítico hacia el Derecho Penal; por ello recurrimos al concepto aportado por Mauricio Martínez¹⁹ que plantea que “por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal”. Básicamente el común denominador justificativo de las posiciones radicales de este movimiento versa alrededor de la ilegitimidad del subsistema controlador punitivo, aduciendo que las ventajas controladoras obtenidas son inferiores a los perjuicios derivados de su acción. Así pues, las doctrinas abolicionistas son aquellas “que no reconocen justificación alguna al derecho penal y que auspician su eliminación (...) no admitiendo ningún posible fin o ventaja como justificante de las mayores aflicciones provocadas por ese derecho penal”.²⁰

Los postulados principales que sustentan la posición abolicionista parten de la consideración de que la categoría delito pretende expropiar erróneamente un conflicto de entidad personal que debe resolverse únicamente por los implicados, y en segundo lugar persiguen la eliminación del Sistema Penal, el que debe ser sustituido por variantes basadas en el diálogo, la concertación, la concordia; en fin, por modelos de solución de conflictos de esencia participativa.²¹ Dentro de las propuestas alternativas manejadas por el Abolicionismo Penal se encuentran, entre otras, la Justicia Comunitaria²² y la Justicia Civil Compensatoria.²³

¹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Editora Tirant lo Blanch. 1994. Valencia, p. 246.

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Editorial TEMIS. 1990. Bogotá p. 13.

²⁰ Véase. FERRAJOLI, L., *El Derecho Penal Mínimo*. En: Poder y Control, No. 0. PPU. Barcelona. *El Derecho Penal Mínimo*. En: Poder y Control, No. 0. PPU. 1986. Barcelona, p. 36.

²¹ En tal sentido puede profundizarse en VARONA MARTÍNEZ, G., *ob. cit.*, pp. 65-67 y en SÁNCHEZ ROMERO, C. Y HOUED VEGA, M.A., *ob. cit.*, párrafos 40-51.

²² La Justicia Comunitaria constituye un modelo de justicia consensual, informal, colectiva, no profesional y no estatal. Al respecto recomendamos ampliar en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, pp. 67-67 y en MÉNDEZ LÓPEZ, M.B., *La Criminología en los umbrales del Siglo XXI*. Tesis de Maestría en Criminología. Universidad de la Habana. 2001. La Habana, pp. 43-44.

²³ La Justicia Civil Compensatoria se orienta principalmente a la compensación de la víctima (indemnización de daños) y a la conciliación entre agresor y víctima; en esta variante propuesta por los abolicionistas la compen-

El radicalismo de las ideas de la abolición penal ha motivado numerosas críticas entre las que se destaca la de Mauricio Martínez, autor que califica las propuestas abolicionistas de “pura futurología”,²⁴ pues no explican cuando, cómo y quién sustituirá al Sistema Penal. Por su parte Bustos Ramírez, afirma que “el abolicionismo, (...) como el avestruz, pretende ignorar que el Sistema Penal está aquí y ahora, (...), con lo cual lo único que hace es construir castillos de arena”.²⁵ La criminóloga Rosa Del Olmo manifiesta refiriéndose al abolicionismo que “algunos de sus críticos sostienen que se trata de una peculiar mezcla de ingeniería social de bajo nivel con una especulación epistemológica de alto nivel”.²⁶ Por lo general las críticas que se concitan sobre el movimiento abolicionista coinciden en calificarlo de propuesta ingenua y utópica carente de serias alternativas sustitutivas del Control Social Penal.²⁷

Sin embargo, negar absolutamente los valores del movimiento abolicionista sería desconocer algunos méritos de sustancial trascendencia en los estudios sobre el Sistema Penal. Entre otros aspectos positivos cabe reconocer que el punto de vista abolicionista volcó la atención sobre algunas manifestaciones de arbitrariedad y violencia del Control Punitivo; puso el acento sobre la relatividad histórica-cultural de los bienes tutelados por el Derecho Penal y atrajo la atención sobre los intereses de la víctima, figura tradicionalmente olvidada por el Sistema Penal.

3. El minimalismo penal

En la búsqueda incesante de la humanización de la función controladora punitiva, los representantes²⁸ del movimiento conocido como Minimalismo Penal proponen en esencia una contracción del Sistema Penal, que solo autorice la intervención penal cuando sea imprescindible para que la violencia informal no desestabilice el orden social. Esta corriente propone la elaboración de una política criminal alternativa que incluye la reducción a corto plazo del Derecho Penal a partir de la descriminalización,²⁹ las reformas sociales estructurales y la abolición de la cárcel. La posición de no

sación y la reparación civil funcionarán como castigo. Cfr. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, pp. 87-102.

²⁴ Véase. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, p. 7.

²⁵ Estas posiciones críticas de BUSTOS RAMÍREZ aparecen en el Prólogo a MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, p. IX.

²⁶ Véase. DEL OLMO, R., *Hacia donde va la Criminología en América Latina*. Lección inaugural dictada en el Instituto de Criminología, Ciencias Penales y Penitenciarias de la Universidad Santiago de Cali. Diciembre de 1990. Cali, p. 17.

²⁷ Al respecto recomendamos a BOVINO, A., *Manual del buen abolicionista*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11, No. 16. Mayo de 1999. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA16/edit16.htm>. (Consultado 28/02/2008), este autor asegura en el párrafo 5 de su artículo que “el buen abolicionista (...), es aquel que tiene como objeto el estudio del sistema penal, y como objetivo, la destrucción de su objeto de estudio. Y este ánimo de eliminar su objeto de estudio es la única circunstancia que lo define. Pensar que el abolicionismo es una teoría coherente, sistemática y acabada es incurrir en un error”.

²⁸ Dentro del movimiento del Minimalismo Penal se encuentran incluidos autores como: FERRAJOLI, BARATTA, BUSTOS RAMÍREZ, GARCÍA MÉNDEZ, BERGALLI, etc.

²⁹ Para FERRAJOLI las manifestaciones de la descriminalización como proceso que genera la minimización de las prohibiciones penales debe tener carácter cuantitativo, cualitativo y estructural. Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4,

abolição total del Sistema Penal es fundamentada por los Minimalistas Penales en la real posibilidad de reducir la violencia punitiva mediante garantías sustanciales y procesales, y en la necesidad de que el Derecho Penal cumpla determinadas funciones simbólicas que construyan la memoria colectiva sobre lo socialmente inaceptable, funcionando como alerta social.³⁰

Respecto a la razón justificante del mantenimiento del Sistema Penal, la corriente minimalista presenta ambivalencias valorativas; una de estas posiciones aduce que el Sistema Penal debe mantenerse para la defensa de los integrantes más débiles del entramado social y para la otra posición, la racionalidad existencial de la Ley Penal radica en su capacidad de reducir la violencia institucional estatal que de lo contrario progresaría incontrolablemente. “Esta visión dual se puede centrar en la consideración de que el Derecho penal no sólo legitima la intervención penal, también la limita, el Derecho penal, no solo permite castigar, sino que permite evitar los castigos excesivos”.³¹

IV. NECESIDAD ACTUAL DEL DERECHO PENAL

Las posiciones valorativas sobre la necesidad o no del Derecho Penal deben evitar radicalismos tendenciosos que carezcan de fiabilidad científica. Resultan inaceptables desde una valoración racional, ponderada y científica las opciones contrapuestas que oscilan entre la negación totalitaria radical de la coerción punitiva propia de las posiciones abolicionistas y la visión acrítica de las actuales tendencias maximizadoras del Derecho Penal. En ambos extremos acecha el caos organizativo social; en el primer caso porque la ausencia o infrautilización del Control Social Penal generaría una caótica espiral reactiva informal con nuevos poderes emergentes fuera de regulación y en el segundo caso porque el propio Estado adquiriría un suprapoder controlador que lo convertiría en un Estado de Policía.

La pretendida abolición del Sistema Penal, en la etapa actual de desarrollo de la sociedad, solo garantizaría a nuestro juicio, una incontrolable anarquía social, pues los instrumentos controladores no penales sustitutivos del Derecho Penal propuestos por los abolicionistas, se encuentran apenas esbozados en el nivel teórico y sin ninguna validación práctica; por lo que puede afirmarse que la posición abolicionista del Derecho Penal defendida principalmente por los criminólogos críticos evidencia su actual incapacidad para ofertar una alternativa medianamente viable al Control Social Formal, representado por el Derecho Penal. La postura abolicionista podría valorarse como una perspectiva romántica o utópica en las actuales condiciones del desarrollo humano. Según De La Cruz Ochoa “no cabe esperar un cambio metodológico esencial ni el abandono del Derecho Penal y su sustitución por otras formas alternativas del control social, (...). Un abandono del Derecho Penal en manos de consideraciones

No. 5. Marzo-junio de 1992. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr-/salatercera/revista/REVISTA5/edit5.htm>. (Consultado 13/04/2002), párrafos 22-26.

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, pp. 113-122.

³¹ MÉNDEZ LÓPEZ, M.B., *ob. cit.*, p. 38.

científico sociales podría favorecer, dada la ausencia de límites, la aparición de procesos de estigmatización colectiva e hipercriminalización de exclusiva base utilitaria”.³²

A pesar de los inconvenientes y críticas a que puede ser sometido el Control Social Punitivo, el mismo continúa jugando entre otros, el fin de configuración de la paz social y de aseguramiento del orden de convivencia, a través de la protección de los bienes jurídicos fundamentales. En aras del cumplimiento de esos fines imprescindibles para el momento actual, el Derecho Penal es calificado por el segmento doctrinal más realista como “una amarga necesidad”³³ para la concordia social y como “un mal necesario y por ello requerible, pero en todo caso un mal”.³⁴ Siendo así, se acepta que la existencia de las leyes penales y de sus mecanismos de aplicación aporta en la práctica un relativo orden social.

Reconocemos que la intervención punitiva por sí sola no garantiza la eliminación de las conductas delictivas, sin embargo, aún cuando las leyes no son la solución, no podemos obviar la evidencia de que en los momentos actuales careceremos de una relativa paz y estabilidad social, si la esfera jurídica no actúa como factor regulador coadyuvante de otras políticas sociales de lucha contra la criminalidad. Por consiguiente, “el Derecho Penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable”.³⁵

Nuestra posición opta por la existencia de un Derecho Penal Mínimo y Garantista caracterizado por tutelar solo bienes jurídicos de la mayor trascendencia y únicamente sancionador de ataques especialmente graves a esos bienes. Las restantes ofensas y lesiones se tramitarían por otras vías jurídicas o extrajurídicas; a partir de la aceptación racional de que el Sistema Penal posee un límite en su contribución al Control Social de la delincuencia. Propugnamos el carácter garantista, por cuanto, el propio Derecho Penal debe autoacotarse con vistas a controlar al mínimo el daño y la estigmatización que supone la aplicación de las sanciones penales.

V. EL DERECHO PENAL MÍNIMO Y GARANTISTA

El Derecho Penal Mínimo y Garantista constituye un modelo de intervención penal que parte de la filosofía de que los remedios violentos siempre son riesgosos; de hecho en todas las esferas de las relaciones humanas, incluido el Derecho, la práctica ha demostrado que las soluciones drásticas a los problemas correspondientes acarrearán a la larga secuelas indeseables.³⁶ Por ello la filosofía garantista ha sufrido un constante renacimiento, con la aparición en la actualidad de un auge en el Derecho Penal Garan-

³² Véase. DE LA CRUZ OCHOA, R., *Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología y el Derecho Penal*. En: Revista Cubana de Derecho. No. 20, julio-diciembre del 2002. Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana, p. 12.

³³ Véase. MORRILLAS CUEVAS, L., *Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 4. 2002. Disponible en Word Wide Web: http://www.criminet.ugr.es/recpc_o4=06.htm. (Consultado 16/08/2007)., párrafo 26.

³⁴ ROXIN, C., *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen No. 49. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Enero de 1998. Madrid, p. 374.

³⁵ ROXIN, C., *Problemas...*, ed. cit., p. 2.

³⁶ Recomendamos a los efectos de la ampliación en el tema del Derecho Penal Mínimo a ZAFFARONI, E.R., *En busca de las penas perdidas*. Editorial Temis. 1993. Bogotá, pp. 68-75.

tista como subsistema controlador autolimitado a partir de tres variables principales: su humanización, el estricto cumplimiento del principio de intervención mínima y su carencia de compromiso en la protección de intereses morales.³⁷ Sobre la base de la limitación al máximo posible de las potestades criminalizantes y sancionatorias, “el derecho penal pasa a identificarse con un garantismo máximo y, por ende, a constituirse en un derecho penal mínimo”.³⁸

Al analizar el Derecho Penal Mínimo y Garantista como modelo de reacción social formalizada no pueden obviarse las posiciones científicas de Luigi Ferrajoli, autor clásico en este enfoque, el cual asume que “lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto”.³⁹ En definitiva, para que un Derecho Penal sea considerado mínimo y garantista debe satisfacer todo un conjunto de garantías penales y procesales que reduzcan la violencia sancionatoria del mismo, maximizando la protección de los no desviados a través de su defensa contra los delitos y minimizando también el daño que el propio Sistema Penal puede causar a los delincuentes.

El reconocimiento del Derecho Penal como “una lamentable necesidad” en aras de evitar la anarquía punitiva en las actuales condiciones sociales; responsabiliza a la Política Criminal y al Sistema de Control Social, con el hecho de que ese uso inexorable del Derecho Penal debe restringirse al mínimo indispensable, lo cual no significa renunciar a criminalizar aquellas conductas dañosas que socaven el orden social, por ejemplo: los comportamientos lesivos que aparecen como resultado de manipulaciones regresivas de determinados adelantos tecnológicos. Al respecto Bustos Ramírez expresa que “cuando se habla de Derecho Penal Mínimo, no es solamente de una tendencia descriminalizadora, sino también de una tendencia criminalizadora. Se trata de averiguar cuáles son aquellos intereses más importantes de la sociedad y cuáles son las afecciones más graves a esos intereses, y ello puede implicar descriminalización, pero también criminalización”.⁴⁰

A nuestro modo de ver un Derecho Penal Mínimo y Garantista, como parte de una Estrategia General de Control Social dirigido a reducir la delincuencia, debe caracterizarse por su reducido tamaño y peso en comparación con los restantes mecanismos y agencias de Control Social.

Solo cuando despojemos al Control Social Punitivo de la hipertrofia normativa y

³⁷ Para la profundización de este tema recomendamos a DE LA CRUZ OCHOA, R., *Control Social y Derecho Penal*. En: Revista Cubana de Derecho. No. 17. Enero-junio del 2001. Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana, pp. 23-26 y DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 10, No. 15. Diciembre de 1998. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA15/edit15.htm>. (Consultado 01/02/2008), párrafos 19-31.

³⁸ Véase. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control...*, ed. cit., p. 29.

³⁹ Cfr. FERRAJOLI, L., *El Derecho...*, ed. cit., p. 44.

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 5, No. 8. Marzo de 1994. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2008/bustos08.htm> (Consultado 20/5/2007), párrafo 48.

consecuentemente de la lesividad inherente a su uso indiscriminado, con toda su secuela de violencia y estigmatización; es que podremos llevar al Sistema Penal a ser considerado como un efectivo escudo protector de la seguridad ciudadana y como un adecuado instrumento de Control Social de la criminalidad.

VI. CONTROL SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD CUBANA. HISTORIA, ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

Cada sociedad configura de manera peculiar su proceso de Control Social, esa irrepetibilidad responde a criterios históricamente determinados sobre el orden social a proteger, al tipo de intereses sociales que predominan desde la hegemonía emanada de los grupos de poder, al particular esquema organizativo de su sociedad civil, a la concepción y dosificación de su Sistema de Justicia, etc. Precisamente la sociedad cubana ostenta determinadas características singulares en su experiencia sobre el Control Social de la criminalidad y en tal sentido realizaremos una valoración de esas peculiaridades importantes del Control Social en nuestro país.

La realidad sociopolítica de la sociedad cubana se configura como el soporte principal a tomar en consideración para desarrollar la estrategia de reacción ante el delito. La superior y más positiva trascendencia del Control Social Informal de la criminalidad sobre el Control Social Formal, sustentada en la relativa carencia de nocividad del primero, impulsa a que en las decisiones socio-estatales de enfrentamiento ante el delito se procure utilizar hasta el límite posible y en toda su riqueza la variante controladora informal. En tal sentido resulta imprescindible el conocimiento profundo de las capacidades y potencialidades actuales del Control Social Informal en el contexto social cubano.

El Proyecto Social Cubano poseedor de una esencial base ético-humanista se ha caracterizado por un innegable dinamismo evolutivo, manifestado en la riqueza de recursos de desarrollo de nuestro paradigma social. Una muestra fehaciente de esa capacidad transformadora social que posee un trascendente significado para el Control Social de la criminalidad, radica en la existencia y desarrollo de los Programas Sociales⁴¹ de la Revolución vinculados a la Batalla de Ideas,⁴² los que en su conjunto representan un metaproceso de entidad macroestructural y alcance cosmovisivo, con especial trascendencia en la socialización, la educación, la prevención y la efectiva reinserción social de individuos desvinculados y mal socializados.

La Política Criminal es una reacción socio-estatal determinada en su alcance y con-

⁴¹ Se define como Programas Sociales de la Batalla de Ideas al sistema de acciones integradas coherentemente entre sí y concebidas como proyectos que se proponen dar solución a determinadas demandas y a necesidades sociales específicas. Los programas presuponen la existencia de una necesidad social concreta y la consiguiente demanda en un sector social determinado no contemplada prioritariamente hasta el momento en los programas globales de la Revolución y resultante de problemas sociales intersticiales o emergentes.

⁴² La Batalla de Ideas es el proceso de transformación revolucionaria de la sociedad cubana actual en que se hace hincapié sobre la significación del componente espiritual, especialmente el sistema de valores, la ideología y la cultura general integral masiva como medio de perfeccionamiento social e individual en la búsqueda de una mayor de la justicia social.

tenido por la necesidad histórica⁴³ representada en el desarrollo y tendencias de la criminalidad y por la real capacidad de respuesta controladora de la sociedad. En el caso de Cuba la política penal del período revolucionario, al atemperarse al curso fluyente de los acontecimientos, ha presentado una alta represividad históricamente reflejada en una sostenida tendencia criminalizadora que solo manifestó un momento puntual y reducido de descriminalización, coincidente con la promulgación de la Ley 62 de 1988. En tal sentido realizaremos una breve cronohistoria de las manifestaciones más relevantes de la Política Penal, como componente de la Política Criminal Revolucionaria; basándonos para ello en la periodización por decenios de referencia.⁴⁴

1. Cronohistoria de la Política Penal cubana de finales del Siglo XX

Los cambios en la Legislación Penal se convierten en criterios valorativos de las tendencias modificativas de la política penal que responden al dinamismo en el proceso controlador de la criminalidad y reflejan, en definitiva, la ausencia de quietismo legislativo en la protección del orden social en nuestro país. A continuación caracterizaremos, *grosso modo*, los cuatro decenios finales del pasado Siglo, respecto principalmente a la Legislación Penal Sustantiva.

A. La política penal cubana en la década de los años sesenta

El comportamiento delictivo de esta década estuvo matizado por la perentoria necesidad del naciente Gobierno Revolucionario de defenderse contra las agresiones externas y contrarrevolucionarias internas; el enfrentamiento a estas manifestaciones hostiles se convirtió en una cuestión de supervivencia del Proyecto Revolucionario que comenzaba a materializarse en Cuba, por ello “durante este periodo se utilizó profusamente la legislación penal como un instrumento del Poder Revolucionario”.⁴⁵

B. La política penal cubana en la década de los años setenta

La política penal desarrollada en este decenio presenta menos profusión modificativa, por cuanto se trabajaba en la elaboración y puesta en vigor de un nuevo Código Penal que solventara los problemas de logicidad estructural interna provocada en el

⁴³ El específico proceso del Control Social de la criminalidad en Cuba durante el período revolucionario no puede ser comprendido al margen del análisis de las cambiantes particularidades del comportamiento delictivo; solo asumiendo la existencia de una interrelación entre la delincuencia y su Control Social, resultará posible obtener una valoración racional de las diversas formas de Reacción Social y sus condicionantes. El decursar histórico de la criminalidad en nuestro país ha estado matizado por elementos políticos, económicos y sociales que configuraron y configuran el clima social interno de la sociedad cubana. Así pues, el flujo y reflujo delictivo necesariamente se encuentra asociado a particularidades diversas de entidad económico-social y política, las que deben ser estudiadas desde una perspectiva compleja.

⁴⁴ Mencionaremos referencialmente algunas características de la Política Penal en los últimos cuarenta años de la pasada centuria, tomando como registro las décadas de los años sesenta, setenta, ochenta y noventa del recién finalizado Siglo XX.

⁴⁵ Véase. DE LA CRUZ OCHOA, R. (2000). *El delito, la criminología y el Derecho Penal en Cuba después de 1959*. En: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. No. 2. Disponible en World Wide Web: http://www.criminet.ugr.es/recpc_02. (Consultado 01/10/2004), párrafo 24.

Código de Defensa Social por las continuas modificaciones del decenio anterior; además de garantizar la existencia de un cuerpo legal propio de las nuevas condiciones, en el que se reflejara orgánicamente los criterios revolucionarios en relación con la Política Penal.

En la situación de desorganización legislativa provocada por la diversidad de cuerpos legales existentes se imponía una sustitución del Código de Defensa Social y la promulgación de una Legislación Penal Sustantiva; lo anterior estuvo sustancialmente influido por criterios erróneos de centralidad y “*prima ratio*” asignados al Derecho Penal, lo que provocó la promulgación de una nueva Ley Penal (Ley 21)⁴⁶ que reflejaba en sí una Política Criminal caracterizada por su alta criminalización. Este primer Código Penal revolucionario contenía sensibles diferencias con respecto al Código de Defensa Social, sus principales aportes pueden resumirse en el hecho de que asume en su articulado la esencia clasista de la Ley Penal y proporciona una definición de la categoría Delito acorde con la concepción penal socialista.

Aún cuando la Ley 21 concebía determinada flexibilidad en las penas y mayor adecuación al contexto social poseía también elementos criticables como los tipos penales abiertos y gran severidad en las sanciones. “El Código Penal de 1979 consolidó la política criminal practicada durante los 20 años anteriores y que puede resumirse en un derecho penal instrumental que tiene el propósito de resolver los problemas de confrontación aguda dentro de la sociedad y encaminada al objetivo de lograr la máxima seguridad posible para la sociedad y el Estado”.⁴⁷ Consideramos que la Ley 21 de 1979 se caracterizó por un excesivo volumen de conminaciones penales que dificultaban la agilidad y flexibilidad que exige el proceso judicial y en consecuencia se elevó el costo económico y principalmente social de la justicia penal. En este último sentido vale destacar los efectos de sobredimensionamiento delictivo provocados por la Ley 21 en nuestra sociedad, con las consiguientes secuelas estigmatizadoras y la configuración de una idea adulterada de la realidad delictiva cubana.

C. La política penal cubana en la década de los años ochenta

El decenio de los años ochenta del pasado siglo adquirió una importancia trascendental en la evolución de la Política Penal Cubana.

A mediados de la década analizada, por imperativos de las condiciones socioeconómicas existentes se impuso la necesidad de modificar el Código Penal de 1979. En el plano doctrinal comenzó a vivenciarse una transformación de las concepciones, modificación teórica que reconocía la evidente crisis de la pena privativa de libertad y la necesidad de concebir el Derecho Penal como último recurso controlador y disciplinador de la sociedad; todo lo anterior sumado a los efectos de la corriente internacional del Derecho Penal Mínimo propició una sensible reformulación político-criminal, demostrando la capacidad de perfeccionamiento y el amplio sentido humano característico de la sociedad cubana. Se reconocía abiertamente que la Política Criminal que

⁴⁶ Código Penal Cubano de 1979. Ley No. 21 de 15 de febrero de 1979.

⁴⁷ DELA CRUZ OCHOA, R., *El delito...*, ed. cit., párrafo 38.

emanaba de la Ley 21 resultaba inoperante y generaba dificultades adicionales de gran complejidad.

En el ámbito internacional se produjeron cambios sustanciales en las percepciones de Política Criminal, se defendía que como tendencias estables las Políticas Criminales de corte represivo debían mutar a Políticas Criminales Preventivas, estos propósitos modificativos respondían a las directrices del Plan de Acción de Milán, aprobado por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente. Nuestro país haciéndose eco de esta convocatoria comenzó el llamado Proceso de Despenalización, cuyo momento culminante se produjo en abril de 1988 con la entrada en vigor de la Ley 62, conocido como Nuevo Código Penal.

La reforma penal que se materializó con la promulgación del Código Penal de 1988 tuvo diversos rasgos distintivos, nos referimos a la eliminación de gran número de tipos penales, a la modificación del régimen de sanciones introduciéndose las dos variantes del Trabajo Correccional, a la ampliación del número de causales para la cancelación de los antecedentes penales, etc. De tales características puede deducirse que se redujo sensiblemente el volumen de nuestra Ley Penal Sustantiva, eliminándose los tipos penales que inútilmente engrosaban el Código. Los cambios en el régimen de las sanciones que se introdujeron con la Ley 62 de 1988, representaron una flexibilidad extraordinaria en el arbitrio judicial, pues se consideró un carácter facultativo para la imposición de sanciones accesorias.⁴⁸

D. *La política penal cubana en el decenio de los años noventa*

La entrada en la década de los años noventa se caracterizó en Cuba por el comienzo de una aguda crisis económica, que se reflejó en nuevas formas adoptadas por la criminalidad y que trajo consigo el necesario reajuste de la legislación penal.

Las transformaciones realizadas en el decenio de los años noventa en la Legislación Penal Sustantiva trataron de garantizar una mayor adecuación del Control Social Formal a la alta conflictividad y tensión generadas por las condiciones económico-sociales del Período Especial en tiempos de paz,⁴⁹ a partir del recrudescimiento de la reacción punitiva. Según el criterio de De La Cruz Ochoa, en “esta reforma si bien se retomó, ante las circunstancias difíciles en que vive el país, cierta tendencia al reforzamiento, a la severidad y utilización del Derecho Penal; en nuestra opinión se mantuvo una utilización discreta de lo que fue la política criminal de severidad llevada a cabo durante los primeros 20 años de la Revolución Cubana”.⁵⁰

El recorrido histórico por la Política Penal Cubana de los últimos años del Siglo XX evidencia que el Derecho Penal fue usado “como instrumento de lucha política”,⁵¹ con el fin inmediato de controlar manifestaciones de desorganización social. En defensa de

⁴⁸ A modo de ampliación recomendamos a DE LA CRUZ OCHOA, R., *El delito...*, ed. cit., párrafos 45-47.

⁴⁹ El Período Especial en tiempos de paz constituye la denominación utilizada para referirse a la crisis económico-social desatada en Cuba a partir de los primeros años de la década del 90 del pasado siglo, producto de la pérdida de mercados y la carencia de socios comerciales resultante de la desaparición del bloque socialista de Europa del Este.

⁵⁰ DE LA CRUZ OCHOA, R., *El delito...*, ed. cit., párrafo 57.

⁵¹ Cfr. DE LA CRUZ OCHOA, R., *El delito...*, ed. cit., párrafo 64.

tal postura de severidad legislativa vale argüir, en primer lugar, la situación de acoso agresivo representado por el bloqueo de EE. UU., las cambiantes condiciones económicas de la sociedad cubana y los constantes intentos de desestabilización del orden interno en nuestro país; y en segundo lugar, conviene valorar los esfuerzos en materia de Política Social que paralelamente han coexistido con esta “filosofía penalista”,⁵² esfuerzos que derivaron y aún derivan en logros preventivos de relevancia

2. Potencialidades para el aumento del Control social Informal en Cuba

Los Proyectos Sociales de la Batalla de Ideas se han instituido como una oportunidad social⁵³ y personal para el desarrollo pleno de las capacidades de una sociedad que valoriza en primer lugar el capital humano que posee. Los objetivos de estos Programas se pueden resumir en el logro de una transformación significativa de la sociedad cubana sobre bases de la educación y la cultura. Una pequeña muestra de los más de cien programas integrantes de la Batalla de Ideas se encuentra en la siguiente relación: programa educativo para lograr el pleno empleo, formación de profesores de computación para extender la enseñanza de la computación a todos los niveles educacionales, el programa audiovisual para la enseñanza media, la formación de maestros emergentes primarios, curso de promotores culturales, las Escuelas de Trabajadores Sociales, la municipalización de la enseñanza universitaria, etc.

La renovación social de la realidad cubana que acabamos de referenciar se instituye en un contexto favorecedor de excepcional importancia para el desarrollo amplio del Control Social Informal de la criminalidad, pues en la medida que la Batalla de Ideas se profundice y amplíe se estará creando un clima social estructurado sobre el desarrollo cultural y educacional con especial énfasis en la formación de valores, cuestiones que en definitiva constituyen elementos estratégicos y organizativos del Control Social Informal.

En aras de concretar las potencialidades más importantes que existen en la sociedad cubana actual, con vistas al desarrollo de la variante informal de protección del orden social, enumeraremos algunas de ellas. Conviene aclarar que la relación que aparecerá a continuación no establece orden de importancia, ni pretende abarcar la totalidad de las capacidades de la sociedad cubana en el ámbito controlador informal. Teniendo en cuenta lo anterior pasaremos a relacionar las potencialidades actuales del Control Social Informal en Cuba:⁵⁴

- Desarrollo de las estructuras comunitarias de la sociedad cubana.
- Amplia capacidad y experiencia participativa de la Sociedad Civil en tareas sociales.

⁵² Véase. VIERA HERNÁNDEZ, M. (1989a). *Las alternativas criminológicas en la nueva Política Penal cubana. Una aproximación para medir su efectividad*. Ponencia presentada al VII Congreso de criminólogos de los países socialistas. Criminología 89. La Habana, p. 2.

⁵³ VÁZQUEZ PENELAS A., *Valorando oportunidades para la prevención social en Gba*. En: Selección de Lecturas sobre Sociología y Trabajo Social aplicado. Editorial Félix Varela. 2003. La Habana, pp. 160-161.

⁵⁴ Para una explicación detallada de dichas potencialidades recomendamos a GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. *La Sociedad Civil cubana en el Control Social Informal de la criminalidad*. Capítulo publicado en el Libro “La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil”. Editado por Reforma Penal Internacional y la UNJC. La Habana. 2006.

- Existencia de una infraestructura preventiva legalizada en el país.
- Profunda revolución actual en el campo de la educación cubana.
- Existencia del Programa de Trabajadores Sociales, etc.

Las potencialidades del Control Social Informal en Cuba previamente enumeradas aseguran, desde nuestro criterio, la posibilidad reductiva del Control Social Formal, lo que solo podrá ser alcanzado mediante la modificación de la actual Política Criminal. Precisamente en la viable y deseable formulación de una nueva Política Criminal deben intervenir multitud de factores, como pueden ser:

- La existencia de una necesidad real de tal modificación.
- La existencia de las condiciones económicas objetivas.
- La solidez de la Política Social actuante.
- Los estudios criminológicos que avalen dicha modificación.
- El comportamiento de la criminalidad y su pronóstico evolutivo.
- Las reales posibilidades controladoras del momento histórico, tanto del Control Social Formal como del Control Social Informal, etc.

Y dentro de estos factores a tener en consideración en una posible reformulación político-criminal ocupa un lugar sustancialmente importante los factores subjetivos que rodean la concepción y aplicación de dicha acción modificativa.

En la enunciación de una novedosa Política Criminal en Cuba con preponderancia del Control Social Informal debe tenerse en cuenta que una parte, no despreciable del pueblo cubano, arrastra subjetivamente una filosofía con predominio de la opinión basada en que la solución coactiva ante el delito resulta la más conveniente; la existencia de tal filosofía coercitiva se explica por la necesidad histórica del uso reiterado del Derecho Penal en respuesta a situaciones de acoso de nuestro Proyecto Social, materializadas en las constantes agresiones externas, la promoción de la contrarrevolución interna, el recrudecimiento del bloqueo, el deterioro económico de la década del 90, etc.

Es así que los receptores finales de la Política Criminal, la población en general, históricamente han desarrollado y actualmente poseen estados de opinión de marcada tendencia represiva; en los que predominan el equivocado juicio de que todo puede ser resuelto con la aplicación drástica de la Ley, dichos estados de opinión serán modificables en la medida que se eduque a la población al respecto.

En términos generales, los factores subjetivos favorables que deben acompañar una transformación de la Política Criminal en Cuba caracterizada por la reducción del Control Social Formal, no se encuentran aún resueltos y ameritan detallados estudios al respecto que aporten soluciones modificativas a tales perspectivas desacertadas que hiperbolizan y sobredemandan el uso del recurso del Derecho Penal.

3. Valoración crítica generalizadora sobre la experiencia cubana en el Control Social de la criminalidad

El análisis de importantes aspectos del Control Social Informal de la criminalidad en Cuba, la evaluación de la práctica preventiva cubana, el estudio de las actuales potencialidades para el desarrollo del Control Informal y la profundización en aspectos

históricos y medulares de la Política Criminal cubana, constituyen ineludibles coordinadas analíticas destinadas a configurar un espacio de conocimiento que permita valorar críticamente la experiencia de Cuba en el Control Social y concretamente en la configuración de la reacción socio-estatal ante el delito.

Los avances logrados por la sociedad cubana en el Control Social de la criminalidad en los últimos 45 años correspondientes al período revolucionario, representan un indiscutible adelanto social en este ámbito, pero a pesar de ello aún no ha sido estructurado un Modelo del Control Social que dirija paradigmáticamente esta importante labor en la preservación de la armonía social. Si por Modelo o Paradigma entendemos la “construcción” teórica y la aplicación práctica de un sistema coherentemente estructurado y científicamente configurado tenemos que afirmar que la vivencia cubana en este aspecto carece de una fundamentación teórica que sustente modeladamente el Control Social.

No pretendemos negar la existencia, en Cuba, de una experiencia controladora no sistematizada que ha presentado determinado grado de éxito, pero la realidad en este sentido ha estado permeada por la espontaneidad. Hemos carecido de estudios profundos en esta temática y especialmente de un enfoque controlador complejo en el enfrentamiento a la criminalidad.

En un análisis *grosso modo* de la práctica cubana actual en este aspecto vale realizar los siguientes señalamientos breves y puntualmente significativos:

A. *Respecto a los componentes estructurales del Control Social*⁵⁵

En una valoración restringida a las agencias controladoras cubanas debemos subrayar que algunas entidades informales de connotación comunitaria han reducido su antiguo y vital papel, manifestándose en las mismas cierta contracción y formalización de su trabajo.⁵⁶ Sin embargo, aparecen nuevos actores sociales de gran capacidad preventiva y socializadora, como son: el Trabajador Social de la comunidad, los instructores de arte, etc.

Entre las agencias ejecutivas del Control Social Formal se ha evidenciado un mejoramiento de la formación profesional de sus operadores y ostentando una importancia primordial surge la figura del Juez de Ejecución, encargado de lograr la reinserción

⁵⁵ La estructuración del Sistema del Control Social por componentes estructurales, organizativos y funcionales aparece en GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. *El Control Social de la criminalidad: sus componentes estructurales, funcionales y organizativos*. Monografía publicada por la Editorial Feijóo. UCLV. Santa Clara. 2004.

⁵⁶ Se manifiesta una contracción y formalización de la labor controladora de algunas agencias informales del control, peculiares y de enorme importancia en nuestra sociedad, ejemplo: los CDR, la FMC, etc. Tradicionalmente el proceso participativo en Cuba se ha centrado en transformaciones de índole macrosocial, que movilizaron en su momento de manera efectiva y real a la sociedad, mientras que en plano del Control Social de la delincuencia se han desarrollado experiencias de prevención comunitaria que no siempre disponen de una participación adecuada en esta labor; aún nuestro quehacer preventivo en algunas comunidades requiere eliminar la participación formal de determinados sujetos sociales. Somos del criterio que la prevención de la delincuencia en las comunidades reclama de una definición desde lo endógeno comunitario, asumiendo como recurso metodológico imprescindible el criterio de autodesarrollo de las propias formas, mecanismos y recursos controladores de la criminalidad acorde con las peculiaridades locales.

social de los sancionados, mitigando en lo posible las secuelas negativas de la privación de libertad.

B. Respecto a los componentes organizativos del Control Social

En los momentos actuales el Control Social Penal permanece con una relativamente alta dosificación controladora, a pesar de existir las condiciones y potencialidades⁵⁷ para que el Control Social Informal asuma mayores cuotas de regulación, inclinándose la balanza hacia este último, por ser menos dañino, menos traumático y más efectivo. La voluntad de la dirección del Estado se mueve en tal sentido, lo que se refleja en la potenciación preferente de los Programas de la Batalla de Ideas.

C. Respecto a los componentes funcionales del Control Social

Se ha producido un significativo avance en la estrategia controladora educativa, basta con analizar los principales programas sociales que se implementan a raíz de la Batalla de Ideas. La estrategia preventiva, indisolublemente asociada a la educativa, también experimenta una evolución positiva, ejemplo de ello se expresa a través de programas como la generación del pleno empleo para jóvenes desvinculados. En resumen, una peculiaridad irrepetible en el uso de las estrategias funcionales del Control Social lo constituye los efectos de los citados Programas de la Batalla de Ideas que han instaurado un metaproceso socializador y preventivo de alcance social global y de real trascendencia en la regulación de la delincuencia.

En una caracterización crítica generalizadora de la experiencia cubana en el Control Social conviene puntualizar que, a pesar de los innegables logros reguladores del delito, no hemos alcanzado aún la estructuración estable de un Modelo de Control Social de la criminalidad, producto principalmente de la carencia de estudios criminológicos profundos al respecto. Además se manifiesta una mentalidad penalista en la solución de los conflictos sociales, principalmente en los estados de opinión poblacionales y existe un sobredimensionamiento del Control Social Formal en un contexto social con posibilidades reales de controlar la criminalidad recurriendo a variantes informales de regulación.

VII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El Sistema Penal es sometido a innumerables críticas deslegitimadoras; las que pueden ser organizadas en los cuestionamientos relacionados con su supuesta ineficacia y en los cuestionamientos sobre los costos sociales y personales. Como producto de tales críticas las valoraciones perspectivas sobre el Sistema Penal se nuclean en torno a posiciones político-criminales contrapuestas como el Maximalismo Penal y el Abolicionismo Penal.

Persiguiendo la humanización y la ponderación de la, por el momento, necesaria reacción punitiva ante el delito existe una tercera posición alejada de extremos valora-

⁵⁷ Véase. *supra*, sub-acápito VI.2.

tivos denominada Derecho Penal Mínimo que se instituye en la más racional respuesta actual en este marco, tal propuesta reactiva consiste en reducir al mínimo indispensable los ilícitos penales elevando al máximo las garantías del justiciable.

Resulta imprescindible reducir al mínimo indispensable el uso de la sanción de privación de libertad dentro del Sistema Penal cubano, teniendo en cuenta sus negativas secuelas colaterales (prisonalización, estigmatización etc.) analizadas en este trabajo. Tal reducción implica la reconsideración de la política sancionatoria del Aparato de Justicia Penal sobre bases de una variabilidad que amplíe el uso de otras variantes de penas principales y accesorias previstas en nuestra legislación actual.

Por lo que recomendamos reevaluar la Política Penal de nuestro Estado; posibilitándose el desarrollo de cambios legislativos que reduzcan el marco de acción del Sistema Penal. Por lo anterior consideramos posible la reinstauración de un Derecho Penal de *ultima ratio*, mínimo y garantista y la inserción de alternativas al Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

- Baratta, A., *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*. Séptima reimposición. 2001. Siglo XXI editores, S.A. México.
- Baratta, A., *Resocialización o control social*. Ponencia presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal”. Lima. Septiembre de 1990. Disponible en Word Wide Web: <http://www.cvd.edu.ar/materias/primer/513c3/textos/baratta.htm>. (Consultado 14/04/2008).
- Bovino, A., *Manual del buen abolicionista*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11, No. 16. Mayo de 1999. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA16/edit16.htm>. (Consultado 28/02/2008).
- Bustos Ramírez, J., *Control Social y Sistema Penal*. PPU. 1987. Barcelona.
- Bustos Ramírez, J., *Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 5, No. 8. Marzo de 1994. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2008/bustos08.htm> (Consultado 20/5/2007).
- De La Cruz Ochoa, R. (2000). *El delito, la criminología y el Derecho Penal en Cuba después de 1959*. En: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. No. 2. Disponible en World Wide Web: http://www.criminet.ugr.es/recpc_02. (Consultado 01/10/2004).
- De la Cruz Ochoa, R., *Control Social y Derecho Penal*. En: Revista Cubana de Derecho. No. 17. Enero-junio del 2001. Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana.
- De la Cruz Ochoa, R., *Política Criminal. Notas sobre su concepto, métodos y sus*

- relaciones con la Criminología y el Derecho Penal.* En: Revista Cubana de Derecho. No. 20, julio-diciembre del 2002. Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., Prólogo a Varona Martínez, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica.* Editorial COMARES. 1998. Granada.
- Del Olmo, R., *Hacia donde va la Criminología en América Latina.* Lección inaugural dictada en el Instituto de Criminología, Ciencias Penales y Penitenciarias de la Universidad Santiago de Cali. Diciembre de 1990. Cali.
- Díaz, E., *Curso de Filosofía del Derecho.* Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1998. Madrid.
- Díez Ripollés, J.L., *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista.* En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 10, No. 15. Diciembre de 1998. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA15/edit15.htm>. (Consultado 01/02/2008).
- Elbert, C.A., *El sistema penal ante las exigencias del presente.* Ponencia presentada en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. Septiembre del 2001. Santa Fe. Disponible en Word Wide Web: <http://www.lexpenal.com.ar>. (Consultado 12/03/2007).
- Ferrajoli, L., *Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales.* En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5. Marzo-junio de 1992. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA5/edit5.htm>. (Consultado 13/04/2002).
- Ferrajoli, L., *El Derecho Penal Mínimo.* En: Poder y Control, No. 0. PPU. Barcelona.
- El Derecho Penal Mínimo.* En: Poder y Control, No. 0. PPU. 1986. Barcelona.
- García-Pablos De Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas.* Editora Tirant lo Blanch. 1994. Valencia.
- García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología.* Editora Tirant lo Blanch. 1999. Valencia.
- González Rodríguez, M. (2004). *El Control Social de la criminalidad: sus componentes estructurales, funcionales y organizativos.* Monografía publicada por la Editorial Feijóo. UCLV: Santa Clara.
- González Rodríguez, M. (2006). *La Sociedad Civil cubana en el Control Social Informal de la criminalidad.* Capítulo publicado en el Libro “La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil”. Editado por Reforma Penal Internacional y la UNJC. La Habana.
- Martínez Sánchez, M., *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica.* Editorial TEMIS. 1990. Bogotá.
- Méndez López, M.B., *La Criminología en los umbrales del Siglo XXI.* Tesis de Maestría en Criminología. Universidad de la Habana. 2001. La Habana.
- Milán Acosta, G. y Díaz Amau, M., *La percepción social del delito y de los procesos*

- de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación.* Ponencia al IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales. 1998. La Habana.
- Morrillas Cuevas, L., *Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro.* En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 4. 2002. Disponible en Word Wide Web: http://www.criminet.ugr.es/recpc_o4=06.htm . (Consultado 16/08/2007).
- Roxin, C., *¿Tiene futuro el Derecho Penal?.* En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen No. 49. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Enero de 1998. Madrid.
- Roxin, C., *Problemas actuales de la Política Criminal.* Conferencia dictada en el ciclo “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”. Septiembre del 2000. Munich.
- Salas Porras, R., *La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas.* En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm>. (Consultado 13/04/2006).
- Sánchez, C. y Houed, M.A., *Abolicionismo y Democracia.* En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm>. (Consultado 14/04/2007).
- Vázquez Penelas, A. (2003). *Valorando oportunidades para la prevención social en Cuba.* En: Selección de Lecturas sobre Sociología y Trabajo Social aplicado. Editorial Félix Varela. La Habana.
- Viera Hernández, M. (1989a). *Las alternativas criminológicas en la nueva Política Penal cubana. Una aproximación para medir su efectividad.* Ponencia presentada al VII Congreso de criminólogos de los países socialistas. Criminología 89. La Habana.
- Zaffaroni, E.R., *Crítica sociológica al Derecho Penal.* 1999. Disponible en Word Wide Web: <http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/07/doctrina.int/nota.htm>. (Consultado 01/10/2001).
- Zaffaroni, E.R., *En busca de las penas perdidas.* Editorial Temis. 1993. Bogotá.