

LA ALTERNATIVA A LA CRIMINALIZACIÓN

Dr. BORJA MAPELLI CAFFARENA *

1. INTRODUCCIÓN

Plantearnos las alternativas a la prisión, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, supone una considerable simplificación del problema de la conducta desviada en la sociedad actual. Semejante actitud guarda relación con los postulados del positivismo jurídico que, lejos de reconocer la imperfección de la realidad, parten de un presupuesto falso, cual es el consenso social. La aceptación, por el contrario, de las funciones criminógenas institucionales conduce inevitablemente a plantear alternativas no a la prisión sino a la criminalización, entendida esta como un proceso de definición social. El juez define por medio de la sentencia una realidad que le precede. Con toda seguridad, su propia decisión puede llegar a ser una condición necesaria de la criminalización, pero en absoluto imprescindible. La sentencia judicial inicia la desviación secundaria de los sujetos que habrán sufrido la estigmatización de numerosas instancias sociales. Investigaciones criminológicas, ya por todos conocidas, como la criminalidad de cuello blanco o la cifra oscura de la delincuencia, han sido decisivas para comprobar la capacidad criminógena de las distintas instancias formales e informales no necesariamente relacionadas con la función judicial.

Estas aportaciones de la moderna Criminología, arrojan una nueva luz en las investigaciones científicas sobre las alternativas a los sistemas de control social. Para hablar de resocialización es preciso tener en cuenta el alto grado de definición negativa que concurre ya en el sujeto, cuando se le comunica la sentencia condenatoria. Por esta razón, la alternativa a la prisión, científicamente, no es sino un sector de las alternativas a la criminalización.

Conviene precisar que al analizar las alternativas se tiene que caer por necesidad en un cierto posibilismo. Salvando posiciones utópicas y revolucionarias, como la de MATHISSEN, que propugna la estrategia de la negación, solo queda margen para la cooperación activa. Una alternativa, dice MATHISSEN, solo es alternativa cuando se asienta no sobre las premisas del viejo sistema, sino sobre premisas propias, que en uno o varios aspectos se enfrentan al sistema antiguo. La contradicción en los medios o en los fines, o en ambos, es un elemento imprescindible para la alternativa.

Renunciando a los postulados políticos de MATHISSEN o de JACK —que entienden de la nueva criminología como un acción política—, no pretendemos en absoluto

* Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla.

desautorizarlos, solamente queremos centrar nuestro enfoque en esa otra vertiente de la concurrencia que ofrece toda dialéctica política. No cabe duda de que un análisis profundo del fenómeno de la droga pasa necesariamente por una crítica política, pero también es cierto que aun desde posiciones políticas dispares es posible encontrar puntos de intereses concordantes con el sistema. Ese es, pues, el marco en el que pretendemos movernos.

2. ALTERNATIVA SOCIAL O METAJURÍDICA

La idea de considerar que todo intento de frenar la desviación con apoyo en medidas estatales conduce a perpetuar y reforzar el problema, ni es nueva ni ha dejado de tener defensores. Y, en efecto, toda medida en este sentido que no cuente con el conjunto de los factores que fomentan la desviación, está de antemano condenada al fracaso. Una política social racional deberá iniciarse por el conocimiento empírico de la realidad social a la que se dirige.

Este conocimiento empírico ha puesto de relieve, por una parte, la selección del sujeto desviado a través de la familia, el barrio, la escuela o el trabajo, y, por otra, la reacción frente a la sanción penal. El Estado deberá comprometerse en una serie de medidas que ayuden a compensar esta reacción negativa de la sociedad frente a los grupos sociales marginados o subculturales, y eliminar las causas objetivas de desviación canalizando las formas de adaptación en formas de solución de problemas racionales. La investigación criminológica ha destacado la importancia de ofrecerles expectativas de integración en la comunidad mediante la formación, la cultura, o el trabajo.

Las teorías de las causas del comportamiento desviado, de la inhibición del comportamiento desviado, de la resocialización y otras más, han elaborado una amplia gama de respuestas preventivas desde el Estado al fenómeno de la desviación. Desde este punto de vista, el problema de la criminalidad no puede aislarse de otros factores como son el bienestar social, la política de la juventud, la tolerancia social frente a los marginados, así como la política laboral y educacional.

La actividad preventiva no es una respuesta voluntarista y arbitraria frente a la disidencia o la insolidaridad de quienes se conducen de forma desviada, sino que se encuentra profundamente relacionada con una determinada forma de Estado, en concreto el Estado social. Este modo de organización política responde a su vez a unos esquemas culturales. Por esta razón, no podríamos decidirnos por aplicar una teoría absoluta de la pena sin que ello afectara a la propia esencia del Estado, porque, como apunta HASSEMER, "La justificación de las consecuencias deseadas es una parte de nuestra racionalidad".

Un fracaso en las medidas preventivas, seguido de un incremento de la criminalidad, no solo representa por sí un valor negativo sino que además pone en duda la validez de todo un sistema político. El fracaso de la política de prevención de la delincuencia, en nuestro país, ha servido de instrumento para opciones más radicales que pretenden la transformación del propio sistema. Hoy día no es extraño

observar cómo se aprovecha este fracaso como instrumento de desestabilización, para crear artificialmente climas de inseguridad en la población.

3. ALTERNATIVAS JURÍDICAS

El sistema penal de control social se asienta en tres pilares —el policial, el judicial y el penitenciario— cada uno de los cuales representa instancias formales de criminalización, y frente a cada uno de ellos es posible plantearnos alternativas.

La investigación social empírica, llevada a cabo en las últimas décadas, ha desplazado sus puntos claves desde las tesis biológicas criminales hasta la sociología criminal que incluye también el análisis de los procesos y mecanismos de control social; entre estos, adquiere especial relevancia la investigación de la actividad policial —control del delito, estadística criminal, número de actos criminales esclarecidos, situación de sospecha, etc.—. El conocimiento de todas estas funciones puso de manifiesto dos aspectos. El primero es el poder definitorio de la policía, y el segundo la excepción al principio de legalidad con que se ejerce dicho poder.

En el campo de las alternativas a la criminalización, debemos señalar la importancia de una organización policial con mejor preparación técnica y criminológica. Recientemente se han desarrollado, al lado de la criminalística, la denominada "ciencia policial", encargada del estudio de organizaciones y técnicas policiales más eficaces, y la sociología policial que estudia la actividad de esta en el contexto social, los mecanismos de selección y de investigación en relación con los delitos y los delincuentes. Todas estas investigaciones han puesto de relieve que una policía racionalmente orientada cumpliría un importante papel preventivo y atenuaría los índices de criminalización.

El fenómeno es conocido científicamente como *desjudicialización*. La desjudicialización abarca desde los supuestos en que la propia víctima decide dejar en secreto los hechos delictivos, hasta una regulación de la actividad policial que permita desviar del conocimiento del juez determinados delitos. Por último, también abogados y fiscales, y aun el propio juez, pueden concurrir en la desjudicialización.

Se ha comprobado que la policía ejerce en la actualidad un importante papel selectivo mediante la amonestación y reprensión en los casos de delitos de bagatela, delincuencia juvenil, perturbaciones de orden público, conducción en estado de embriaguez, etc. Esta forma de resolver cierto número de infracciones, alcanza un alto índice de descriminalización y confirma la tesis de la flexibilidad de las exigencias generales de prevención. Ahora bien, en tanto no se hallen reguladas las normas que autoricen tales decisiones, estas implican un trato desigual de las instancias oficiales de control frente a conductas penales igualmente responsables.

El fenómeno de desjudicialización policial se planteó ya en Canadá por una Comisión de Reforma del Derecho en el año 1974, que en sus conclusiones señaló cómo las causas que mejor se prestan a una solución no judicial, son aquellas en que el autor es joven o es una persona de edad avanzada, en los conflictos familiares, los casos de abuso de alcohol o de drogas, de enfermedad mental o

perturbación física y, finalmente, cuando se trata de perturbaciones de orden público. La decisión policial para poner o no los hechos en conocimiento del juez se hace depender de los siguientes factores:

—Si la gravedad de la infracción es de naturaleza tal que un juicio se impone en nombre del interés público.

—Si la colectividad podría soportar las consecuencias del arreglo no judicial del hecho.

—Si, teniendo en cuenta los antecedentes del delincuente y demás elementos de prueba a disposición de la policía, existen otros medios eficaces de tratar el asunto, de tal manera que el delincuente no cometa nuevas infracciones.

—Si en comparación con el delito cometido, las consecuencias del arresto o del enjuiciamiento son excesivamente graves para el inculcado o su familia.

—Si la víctima y el delincuente se conocen y están de acuerdo con una solución amistosa.

No cabe duda de que aplicar estas medidas en nuestro país exigiría antes una formación preventiva y no represiva de los cuerpos de policía, así como una participación de estos en la elaboración de las normas.

El mayor número de posibilidades de encontrar alternativas a la criminalización se encuentra en el ámbito de la actividad judicial. De los jueces, como eje que son del sistema penal, depende en gran medida la selección del delincuente, la determinación de la respuesta punitiva y, finalmente, el control de su ejecución. Cada uno de estos aspectos ofrece posibilidades de intervención discriminatoria. En la selección de los delincuentes los jueces deben guiarse por idénticos criterios de desjudicialización, igual que la víctima, la policía o los abogados. Las posibilidades de buscar alternativas en la ejecución de las penas las estudiaremos a la vez que el problema penitenciario, y ahora nos centraremos en dos aspectos únicamente relacionados con la ley penal: uno es la despenalización de determinados comportamientos hasta hoy considerados delitos, y el otro las alternativas punitivas.

En nuestro país queda por desarrollar una enorme labor despenalizadora y desjudicializadora. El fenómeno de la huida al derecho penal se ha empleado aquí abrumadoramente más que en cualquier otra nación de nuestro entorno cultural. La acumulación, mediante sucesivas reformas penales, de nuevos comportamientos delictivos, ha originado una auténtica inflación, responsable en gran medida del proceso de criminalización y de las funciones criminógenas que se pretende contrarrestar.

La despenalización no es un primer paso en el camino de la abolición del derecho penal, como algunos lo han entendido. El control social no puede ser de ninguna manera abolido, pues allí donde exista una colectividad normatizada existirían individuos que frustran con su comportamiento las expectativas de conducta. Tampoco es aconsejable poner en práctica el postulado de RADBRUCH, según el cual no se trata de hacer un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal, si por tal entendemos el deseo de sustituir este por otros sistemas de control. Cuando históricamente se ha intentado, los resultados han sido considerablemente más funestos para las garantías jurídicas de los interesados. Incluso desde posiciones

radicales, como la de BARATTA, se afirma que sería un grave error histórico para la clase obrera y la democracia caer en la trampa que se le ha tendido en ocasiones y cesar de defender el régimen de las garantías legales y constitucionales que regulan el ejercicio de la función penal en el Estado de Derecho. La formalización del derecho penal es una garantía para la comunidad y para el afectado, es, como dijera en su día VON LISZT, la infranqueable barrera de la política criminal, la Carta Magna del delincuente.

Ahora bien, esta realidad no puede ocultar otra más grave, cual es la tendencia, especialmente acentuada en periodos de crisis, a penalizar conductas que atentan de forma insignificante o no atentan en absoluto contra la convivencia pacífica en sociedad. Una alternativa racional a la criminalización debe tener en cuenta la idea de descriminalización, sobre todo respecto de los delitos políticos y sexuales, es decir, los denominados "victimless crimes", en terminología americana. El ámbito de la despenalización será mayor en proporción a la eficacia de la contravención administrativa. El dotar a la Administración de potestad punitiva, puede ser una medida contraproducente por lo que entraña de pérdida de garantías jurídicas, pero ello no tiene necesariamente por qué ser así, y una vez acordada la identidad entre la sanción administrativa y la penal —cuyas diferencias son estrictamente formales— queda cobijada aquella por los mismos principios generales que regulan la sanción penal. Esta es la orientación que ha querido imprimir nuestra Constitución cuando establece en el art. 25 el principio de legalidad para una y otra modalidad de sanción. La actividad sancionatoria de la Administración puede ser más eficaz y atenuar las dificultades de la punibilidad de las personas jurídicas, en aquellas infracciones relacionadas con bienes jurídicos no individuales, como son las relativas a los mercados de divisas, tráfico internacional de pagos y capitales, monopolio estatal de impuestos y aduanas, alta planificación e inspección de la vida social y ordenación del tráfico rodado.

La descriminalización no solo adapta la legislación penal a la realidad social de su tiempo, sino que es una considerable ayuda para descargar de trabajo los juzgados y de reclusos los centros penitenciarios. Ahora bien, si no se quieren producir desajustes sociales, el proceso descriminalizador ha de llevarse a cabo con especial cuidado puesto que, por una parte, habrá personas que hayan sufrido penas por mor de las conductas descriminalizadas, y, por otra, ciertos sectores de la opinión pública seguirán defendiendo las mismas ideas que en su día fundamentaron la criminalización.

Prácticamente en todas las familias de delitos se penalizan conductas descriminalizables, bien porque estas pueden ser controladas por otros sistemas menos nocivos, bien porque en nuestro tiempo carece de sentido castigarlas. En concreto, la descriminalización afecta a los siguientes sectores, según RICO:

1) *Infracciones relativas a la moral sexual*. El escándalo público tiene una redacción legal de tal modo ambigua que favorece la criminalización. También ocurre con la amplitud del delito de aborto, o las modalidades de violación en mujer privada de razón o de sentido. El ejercicio o fomento de la prostitución, cuando es por libre acuerdo y entre adultos, tampoco plantearía problemas de descriminalización.

2) *Crímenes sin víctimas*. En este grupo se encuentran, entre otros muchos, el quebrantamiento no violento de condena (334), la autosimulación de delito (338), la inhumación o exhumación de cadáveres sin riesgo general (339), los delitos de funcionarios sin daños a terceros, etc.

3) *Delitos contra las personas*. También dentro de este grupo de delitos es posible plantear la descriminalización. No otra cosa ha sucedido con las lesiones consentidas, punibles hasta la reforma parcial de junio de 1983. Tras esta reforma algunas mutilaciones, como la esterilización, la cirugía transexual o el trasplante de órganos, han sido descriminalizadas y todavía la doctrina penal exige su extensión a cualquier otra modalidad de lesión que sea consentida por una voluntad no viciada. La eutanasia, actualmente incriminada como auxilio ejecutivo al suicidio, merecería ser descriminalizada, al menos en los casos más graves de mantenimiento artificial de la vida del paciente cuando la enfermedad es irreversible. En estos supuestos para eludir los problemas juridicofilosóficos que plantea, podría emplearse una descriminalización de hecho y no de derecho.

4) *Delitos contra el patrimonio*. Según HULSMAN, la descriminalización en estos supuestos es posible en relación con las infracciones menores contra la propiedad (hurto de artículos expuestos en supermercados, hurtos realizados en las fábricas por los trabajadores y hurtos de objetos de escaso valor económico) y aquellas producidas como consecuencia del abandono de las reglas mínimas de protección contra el robo (en autos, en transportes de dinero, en equipajes, etc.).

Las alternativas a la pena privativa de libertad son, sin duda, uno de los temas más actuales y sobre el que más literatura especializada se ha vertido. No podía ser de otra manera, pues a la nocividad unánimemente reconocida de la prisión se añaden las exigencias politicocriminales de buscar una gama más amplia de respuestas a la conducta desviada, que hasta ahora está cubierta casi monopolísticamente por aquella. Muchas de las alternativas que se barajan no son necesariamente nuevas, como es el caso de la multa, pero, sin embargo, no han sido empleadas como tal. Para no extendernos en exceso me referiré solo a dos de ellas: la multa y la suspensión condicional, que están hoy en la legislación penal vigente.

a) *La multa*. En el Código vigente la pena pecuniaria responde al sistema de multa global con unos topes máximos y mínimos dentro de los cuales el juez determina la cantidad correspondiente, de acuerdo con la gravedad del delito y la situación económica del delincuente. La multa, por lo general, no se plantea como alternativa a la privación de la libertad, sino que acompaña a esta agravando aún más la pena. Solo en algunas ocasiones el legislador castiga exclusivamente con multa —v. gr. conducción de vehículo de motor bajo los efectos de bebidas alcohólicas [art. 340 bis a)]—, o bien ofrece al tribunal la doble opción de la multa y la privación de libertad —v. gr. delitos contra la seguridad en el trabajo [art. 348 bis a)]—.

Donde verdaderamente se toma la multa como alternativa a la privación de libertad es en la modalidad de los días-multas. Este sistema entrará en vigor con el futuro Código Penal, si no llega a desaparecer del Proyecto. Sin embargo, no puede calificarse como nuevo, pues el Código de 1848 ya recogía en su art. 49 la sustitución de la multa por la prisión en la proporción de “medio duro por

cada día de prisión”. Las diferencias son sustanciales pero también lo es el tiempo transcurrido. El sistema de días-multas tiene la enorme ventaja de poner en manos del tribunal una mayor potestad de proporcionarla de acuerdo con la capacidad económica del sujeto. No obstante, el problema de la desigualdad sigue sin superarse, dado que la multa para quien tiene una desahogada situación económica seguirá resultando insignificante en comparación con los menos acomodados. El juez no resuelve de una vez la determinación de la pena; por el contrario, esta se fijará en distintas fases y en cada una de ellas aquel toma en consideración criterios también diferentes. En un primer momento y de acuerdo con el injusto y la culpabilidad se determina el número de cuotas, que pueden ser diarias, semanales o mensuales. En una segunda fase se trata de fijar la cuantía de estas cuotas, para lo cual se emplea el criterio de la situación económica del penado. Por último, cabe la posibilidad de reducir el importe cuando empeore la fortuna del sujeto.

Pese a las enormes ventajas de conjugar criterios retributivos y preventivos, el dinero en el sistema de días-multas aparece como una “libertad coagulada” capaz de someter al interesado a una permanente presión psicológica que puede obstaculizar su reincorporación social y convertirse en un factor criminógeno. Además, el impago hace fracasar este sistema punitivo, pues irremisiblemente el penado terminaría cumpliendo la pena privativa de libertad. Por esto la doctrina aconseja cierta flexibilidad en la comunicabilidad dinero/prisión. El arresto sustitutorio una vez en vigor requiere de cierto control experimental para comprobar hasta qué punto motiva el pago de las cuotas o si, por el contrario, el penado pagaría de igual modo aun sin la amenaza de la prisión.

b) *Condena condicional*. La denominación “condena condicional” se utiliza en nuestro derecho penal para referirse a la remisión condicional del art. 92 y siguiente. Pero también son posibles otros medios de suspensión de la pena cuando se trata de un menor (art. 65) o en los supuestos de eximentes incompletas (art. 9.1). Además, en otros países se aplican el sobreseimiento del proceso, la amonestación con reserva de pena y la “non intervention”.

Por una grave deficiencia legislativa en nuestro país la condena condicional tiene solo un aspecto suspensivo, sin ofrecer al mismo tiempo alternativas y medios de resocialización al sujeto. Este abandono es responsable del desinterés y automatismo que se produce en torno a la remisión. El sistema de “non intervention” mejora considerablemente nuestra institución, puesto que a la no intervención jurisdiccional se suman medidas adaptadas a las necesidades del sujeto y orientadas a su reincorporación.

La no intervención expone al sujeto al riesgo de sufrir daños, puesto que puede verse aterrorizado ante la sola idea de someterse a un tratamiento terapéutico. Debe garantizarse que la estigmatización penal no va a sustituirse por otra social o psicológica de efectos incontrolados. Si se quiere imponer aquella como alternativa, se necesita acumular mayor experiencia sobre la eficacia de los medios no intervencionistas; además la “non intervention” puede encontrar problemas en el ámbito preventivo general si previamente no se han desarrollado campañas sobre las ventajas e inconvenientes de la impunidad.

La condena condicional ha seguido numerosas orientaciones en los distintos países que se ha aplicado. La "binding over", el "sursis" o la "probation" son algunas de ellas. Su evolución en las últimas reformas muestra una considerable extensión, como ocurre en nuestro país, donde la ley de 1908 solo la aplicaba a penas inferiores a un año, excluyendo numerosos delincuentes de este beneficio. El Código vigente la extiende excepcionalmente a dos, y el proyecto de 1983 establece ya, de forma general, la sustitución cuando la cuantía es inferior a dos años.

Esta favorable evolución es el resultado del convencimiento de la nocividad de las penas cortas de prisión, pero también muestra el esfuerzo por evitar la plena sustitución de aquella. En otro orden de cosas, la ciencia penal se encuentra en un "impasse", debido a la falta de conocimientos empíricos capaces de mostrar fehacientemente que toda la enorme labor realizada para sustituir la prisión o, en su caso, para atenuarla, logra solucionar el problema de la delincuencia. Cuáles son los efectos sobre los índices de delincuencia de un incremento de las penas, y qué capacidad de motivación colectiva tiene un Código Penal severo frente a otro que no lo es tanto, son aún preguntas sin respuestas.

4. ALTERNATIVAS A LA PRISIONALIZACIÓN EN LA PRISIÓN

Como parte de las alternativas jurídicas, deben considerarse las posibles modificaciones que aún pueden introducirse en la ejecución de la pena privativa de libertad sin perder intensidad en su función intimidatoria. La prisión nació aproximadamente hace dos siglos, con un innegable *ethos* preventivo especial frente al absolutismo de las penas corporales. Desde los orígenes, quienes aplicaban esta modalidad punitiva se rebelaron contra la degradante imagen de un recluso que consumía el tiempo en la más absoluta esterilidad. En su estructuración más primaria —aun bajo la experiencia del derecho canónico— la pena de cárcel atribuyó al tiempo de internamiento la función de un *quantum* necesario para alcanzar la expiación y el arrepentimiento a través de la meditación. Esta etapa fue seguida por otra en la que predominó el carácter utilitario de la pena, y el tiempo de prisión fue materialmente ocupado por el trabajo. La estructura y la organización de los centros respondió a cada uno de estos momentos a la orientación que tenía encomendada, y así a la prisión monacal sigue un modelo de prisión-fábrica.

La etapa contemporánea de la pena de cárcel parece mirar más hacia el delincuente, en procura de su reincorporación social. Sin embargo, las instancias de poder han manipulado la idea de la resocialización con el fin de encubrir la realidad represiva de la cárcel, por lo que FOUCAULT señala que la idea preventiva sirvió definitivamente para instaurar en la prisión el principio de disciplina. La readaptación social mediante el sistema punitivo, no es ni debe ser el cometido de un Estado de Derecho en el que también son posibles actos insolidarios de personas protegidas por los derechos fundamentales. La pena estatal se fundamenta en las exigencias culturales de la prevención general, y no en las confusas aspiraciones de la reinserción social. La sustitución, pues, de la expresión "fundamento resocializador" por "orien-

tación resocializadora" de la prisión es una congruencia con el respeto a la dignidad y libertad de la persona, porque la misión del derecho penal es limitar el poder punitivo del Estado y no ampliarlo aunque en ello concurra la mejor voluntad terapéutica. Cualquier medida justificada exclusivamente por las metas resocializadoras, entraría en el ámbito del derecho social y no del derecho penal.

Estas afirmaciones, lejos de constreñir el quehacer penitenciario, abren nuevas perspectivas aún impracticadas. La prisión, por su naturaleza punitiva, no podrá ofrecer alternativas resocializadoras; ahora bien, envuelve una legalidad externa, una estructura formal, que puede diseñarse con muy distintas orientaciones. Si en otra época la prisión se asemejó a los modelos monacales o fabriles, en el futuro deberá presentar unas condiciones y un marco escénico aptos para que en ella pueda desarrollarse el proceso resocializador, entendido este como un proceso por el que se afianzan en la persona las ideas de autonomía y emancipación. Este proceso en el ámbito penitenciario es solo algo deseable, como un *desideratum* al que se deberá tender y en la medida de lo posible favorecer, aunque en modo alguno será óbice para aplicar la pena de privación de libertad cuando llegue a alcanzarse; esto sería tan equivocado como pensar en nuestros días en la educación represiva de adultos, o pretender dominar por medio de la prisión el infinito número de circunstancias que concurren en la conducta del hombre.

La alternativa racional a la criminalización en la prisión, significa proyectar sobre ella los mismos principios de organización de la sociedad libre. Para referirnos a ellos los agruparemos en tres ámbitos: jurídico, social y penitenciario.

1) *Jurídico*. El interno es una persona de pleno derecho que ha perdido cierta libertad ambulatoria pero no el resto de los derechos fundamentales no involucrados con ella y, en este sentido, se encuentra protegido por los siguientes principios: a) el de legalidad, que exige revisar todo el sistema disciplinario para tipificar mejor las conductas punibles, así como también el catálogo de sanciones, que en la actualidad tiene un carácter eminentemente represivo; b) el de judicialización que, como señala BUENO ARÚS, es la única garantía de respeto de aquel. No menos importante es el respeto por la presunción de inocencia o del *ne bis in idem*, infringido incluso por la propia legislación; c) el de participación política, del cual se desprende la necesidad de estructurar la comunidad penitenciaria como una comunidad política con un carácter democrático, ampliando la participación y fomentando la autogestión; d) el de dignidad de la persona, que reclama la eliminación de los métodos cuasi-militares tan asentados en la praxis cotidiana, en los recuentos, en las formaciones, en los horarios, en las comunicaciones, etc.

2) *Social*. El interno es miembro del Estado social y como tal tiene derecho a una extensa variedad de medidas asistenciales, entre las que tiene particular importancia el derecho a obtener educación y trabajo pero entendidos ambos como instrumentos de comunicación social y medios para obtener un *status* económico digno y no afectado —como ocurre en la legislación vigente— por el tratamiento o la terapia, lo que en última instancia debilita la capacidad competitiva del recluso frente al hombre de la calle. Además de la educación y el trabajo existen otras importantes prestaciones como la cultura, la información, la asistencia social y sanitaria.

3) *Penitenciario*. Al referirme al ámbito penitenciario quiero indicar que el penado, por su propia condición, se encuentra en una particular relación con el Estado, de la que surgen un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes. Cuando el constituyente señala en el art. 25 que las penas se orientan hacia la reeducación y la reinserción obliga, entre otras cosas, a la Administración a un *plus* asistencial con respecto al penado que no lo tiene, para el ciudadano libre.

El convencimiento de que la ejecución de la pena privativa de libertad ejerce una nocividad sobre las relaciones sociales, no deseada, constituye el fundamento de esta particular relación con el interno. Así, el derecho al trabajo establecido en el art. 25.2 de la Constitución para los reclusos significa una mayor atención por parte de la Administración, en comparación con el derecho al trabajo del art. 35 referido al conjunto de la sociedad. De lo contrario, lo dicho en aquel precepto sería una reiteración innecesaria. Algo similar ocurre con el tratamiento resocializador, que solo puede explicarse a partir de esta especial relación; también con la asistencia social penitenciaria, cuya misión es la de establecer un puente entre la prisión y la liberación.

El planteamiento de las alternativas a la criminalización expuesto no podría entenderse correctamente sin la siguiente reflexión con la que termino mi exposición: estoy convencido de que solamente las ideas retributivas son capaces de explicar con acierto la significación del derecho penal como parte de los sistemas de control social, y que gracias a ellas fue posible elaborar en su momento un conjunto de garantías jurídicas frente a la manipulación y el totalitarismo, así como despenalizar conductas y atenuar penas. Por esto me sumo a la opinión de quienes creen en la necesidad de reelaborar y reformular con un nuevo planteamiento el principio retributivo, alejándolo hoy de cualquier pretensión sacral o filosófica y aproximándolo a la prevención social integradora.

Esto no quiere decir renunciar a las aspiraciones preventivo-especiales que, en todo caso, como señala HASSEMER, vinculan al sistema juridicopenal con sus consecuencias y lo someten a una permanente crítica que ha estimulado la política criminal, además de permitir la formulación de utopías sobre el futuro del derecho penal y del derecho penitenciario y dar a esas utopías un instrumental conceptual capaz de criticar el presente y diseñar el futuro.

INTRODUCCIÓN A LA CRIMINOLOGÍA DE LA DROGA

Dr. ALESSANDRO BARATTA *

(Traducción del Dr. MAURICIO MARTÍNEZ **)

1. LA POLÍTICA ACTUAL DE CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS COMO SISTEMA CERRADO Y AUTORREPRODUCTIVO

En esta introducción a una "Criminología de las Drogas", se utiliza como punto de partida una hipótesis sociológica: aquella según la cual el *status quo* de la política de las drogas en nuestras sociedades, es decir, la política de criminalización de ciertas drogas, constituye un sistema "autorreferencial", un sistema que se autorreproduce ideológica y materialmente¹. Por reproducción ideológica se entiende aquí el mecanismo general por medio del cual cada actor o grupo de actores dentro del sistema, encuentra confirmación de la propia imagen de la realidad en la actitud de los otros actores. Este mecanismo puede ser simbolizado por un círculo: se trata, en efecto, de un proceso circular en el cual cada actor depende de los otros, de tal modo que esta dependencia hace difícil o improbable una modificación de la propia imagen de la realidad y de su actitud.

Por reproducción material se entiende el proceso por el cual la acción general del sistema, determinada por una imagen inicial de la realidad, modifica parcialmente la realidad misma, de tal modo que la hace en una fase ulterior, más cercana a la imagen inicial. Es decir, se trata del proceso por el cual el sistema produce una realidad conforme a la imagen de la cual parte y que lo legitima. Podemos simbolizar este proceso con una espiral: cuanto más se abre, más cerca está la realidad de la imagen inicial dominante del sistema.

La imagen, que llamaré "inicial", está caracterizada por cuatro elementos: a) vínculo necesario entre consumo y dependencia (así como la evolución necesaria

* Director del Institut für Rechts und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes, de Saarbrücken, en la República Federal Alemana.

** El traductor es becario de la Fundación von Humboldt, en el Instituto dirigido por nuestro articulista.

¹ Para una profundización de los principales conceptos de una teoría sistémica aplicada a los sistemas sociales, y en particular para el concepto de "autorreferencialidad", se remite a la obra fundamental de NIKLAS LUHMANN, *Soziales System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt a.M., 1981. Sin embargo, la hipótesis aquí desarrollada y las tesis presentadas en este trabajo están lejos de constituir aplicaciones "ortodoxas" de la teoría sistémica de LUHMANN.