



UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

**DERECHOS HUMANOS,
CRISIS DE LA PRISIÓN
Y
MODELO DE JUSTICIA PENAL**

ROGÉRIO GRECO

DIRECTORES

DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

DR. RICARDO MANUEL MATA MARTÍN

2010

Agradecimientos

Ao poderoso Deus, criador dos céus e da terra, que não permite que nenhuma folha caia sem o seu consentimento. Sem a Sua ajuda, seria impossível a realização desse trabalho. Toda honra e toda glória sejam dada a Jesus Cristo, o filho do Deus vivo.

À minha esposa Fernanda, e aos meus filhos Rogério, João, Rafaella, Emanuella e Daniela, fonte de alegria e de prazer.

Aos meus professores Ricardo Manuel Mata y Martín e Nuria Belloso Martín que, com paciência e amizade, dedicaram seu tempo à orientação desta tese.

Ao querido amigo Sérgio Humberto Sampaio, a quem Deus usou como instrumento para que eu fizesse meu doutorado na Universidade de Burgos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I - FUNDAMENTOS Y LIMITACIONES DEL <i>IUS PUNIENDI</i>.....	23
1. <i>IUS PUNIENDI</i>, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS.....	25
2. TEORÍAS FUNDAMENTADORAS Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS	35
2.1. La evolución de los derechos humanos	39
3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	49
4. PRINCIPIOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	52
4.1. Principio de legalidad	52
4.1.1. Principio de legalidad en materia penal.....	55
4.1.2. Funciones del Principio de legalidad en materia penal.....	57
4.1.3. Legalidad formal y legalidad material	60
4.1.4. Principio de legalidad en el ámbito penitenciario	63
4.2 Principio de igualdad.....	65
4.3. El acceso a la justicia (Principio de Justicialidad)	68
4.3.1. La idea de Justicia Penal	73
4.3.2. La justicia del tiempo como pena: el principio de proporcionalidad	76
4.3.3. La víctima y el condenado: concepciones antagónicas de Justicia.....	81
4.4. El principio de libertad	83
5. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO PENAL	89
5.1. La concepción normativa de la dignidad humana	94
5.2. La desobediencia al principio de dignidad humana por el propio Estado.....	96
5.3. La relativización del principio de dignidad humana	99

5.4. Los medios de comunicación como uno de los responsables de que obstaculizan la aplicación, en el sistema penitenciario, del principio de dignidad humana	101
6. LIMITACIONES DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	104
CAPÍTULO II - ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PENA Y DE LA PRISIÓN	113
1. INTRODUCCIÓN	115
2. LAS PENAS AFLICTIVAS	119
3. LA PENA DE MUERTE	120
4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS PRISIONES	127
5. LA APORTACIÓN DE LA OBRA DE BECCARIA	135
6. JOHN HOWARD Y LA REFORMA PENITENCIARIA	141
7. JEREMY BENTHAM Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO	144
8. SISTEMAS PENITENCIARIOS CLÁSICOS	145
9. VIGILAR Y CASTIGAR: UN GRITO DE ALERTA	155
10. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD	164
10.1. Normativa internacional	164
10.2. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes	166
10.3. El concepto internacional de tortura	170
10.4. Las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes	175
10.5. Determinaciones Internacionales de los Estados para que prohíban e impidan las torturas, las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes	181
10.6. Requisitos mínimos para los lugares de privación de libertad	184
10.7. Registro de los presos	190
CAPÍTULO III - PROBLEMAS Y ORIENTACIONES ACTUALES DE LA PENA DE PRISIÓN	193
1. EL SIGLO XX Y EL RETROCESO DE LAS PRISIONES	195
1.1. El (mal) ejemplo de los EE.UU	199
1.2. Modelos penitenciarios de éxito y de fracaso	202
2. MOVIMIENTOS POLÍTICO-PENALES QUE EJERCEN INFLUENCIA SOBRE EL SISTEMA PENITENCIARIO	213
2.1. El Abolicionismo	214

2.2.1. Derecho penal del enemigo.....	228
2.3. El derecho penal mínimo.....	235
2.4. Los movimientos abolicionista, minimalista y de la ley y el orden, y su influencia en el sistema penitenciario	237
3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES REGULADORES DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.....	239
3.1. Prisión en la fase de investigación	240
3.2. Prisión en la fase procesal	247
3.3. Prisión en la fase de ejecución de la pena	251
4. PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LAS MUJERES	258
5. PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LOS JÓVENES.....	265
6. PRIVACIÓN DE LIBERTAD (INTERNAMIENTO) EN VIRTUD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD	273
7. ABSOLUTISMO VERSUS UTILITARISMO.....	278
8. ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS.....	288
8.1. Introducción.....	288
8.2. Principales áreas de estudio del criminólogo.....	292
8.3. Teorías criminológicas.....	295
8.3.1. Teoría del delito como elección	296
8.3.2. Teoría de las influencias sociales	298
8.3.3. Las predisposiciones agresivas.....	300
8.3.4. El aprendizaje de la delincuencia	302
8.3.5. Teoría del etiquetado (<i>labeling approach</i>)	302
9. ALGUNOS FACTORES DE LA CRISIS DE LAS PRISIONES.....	305
10. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES.....	311
10.1. Introducción	311
10.2. La crisis penitenciaria y la privatización de las prisiones	312
CAPÍTULO IV - ALTERNATIVAS AL SISTEMA PENITENCIARIO	323
1. LA NECESIDAD DE UNA ACTUACIÓN COMPLEJA Y COORDINADA: MEDIDAS DE POLÍTICA ESTATAL, POLÍTICA PENAL Y POLÍTICA PENITENCIARIA	325
1.1. Introducción	325
1.2. Soluciones Político-Criminal, Político-Penitenciaria y Político-Estatal	327
2. IMPLEMENTACIÓN DE FINES SOCIALES DEL ESTADO COMO FACTOR INHIBIDOR DE LA PRÁCTICA DE INFRACCIONES PENALES	330

3. LA ADOPCIÓN DEL MINIMALISMO COMO POLÍTICA DE CORRECCIÓN DEL SISTEMA	335
3.1. Teoría del bien jurídico con fundamento de la intervención mínima.....	338
3.2. El criterio de selección de los bienes jurídico-penales y la creación típica.....	341
3.3. De la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal	348
3.4. Esquema minimalista piramidal.....	349
4. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL	354
4.1. Origen de la justicia restaurativa	358
4.2. La justicia restaurativa en Europa.....	365
4.3. La Mediación penal.....	368
4.3.1. Fases de la mediación penal.....	373
4.3.2. Algunas críticas a la Mediación Penal.....	377
5. LA TECNOLOGÍA COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL SISTEMA PENAL	380
5.1. Alternativas tecnológicas a la privación de la libertad en el sistema penitenciario	383
5.1.1. Monitoramiento electrónico	384
5.1.1.1. Tecnologías de control de primera, segunda y tercera generación	391
6. EL SISTEMA DE PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN	401
6.1. Fases de aplicación de las medidas alternativas a la prisión	404
6.2. Alternativas a la pena de privación de libertad.....	405
6.3. La pena pecuniaria	407
6.4. Necesidad de criterios de conversión de las penas alternativas en pena privativa de libertad.....	408
7. LA RESOCIALIZACIÓN DEL CONDENADO	410
7.1. La resocialización del menor infractor	416
CONCLUSIONES	419
BIBLIOGRAFÍA	431

INTRODUCCIÓN

Tanto el final del siglo XX como el inicio del siglo XXI han sido testigos de un alarmante aumento de la utilización del Derecho Penal como principal forma de control social. Esto produce una terrible consecuencia: el encarcelamiento del ser humano. Terrible porque el hombre ha nacido para vivir en libertad, junto con sus semejantes.

Sin embargo, la aplicación indiscriminada del Derecho Penal dio lugar a que, en muchos países, el sistema penitenciario no respondiera a los fines para los que había sido pensado. El hacinamiento en las cárceles produce efectos nefastos para el ser humano. Si bien es cierto que en algunas situaciones excepcionales, el hombre, que haya cometido una infracción penal deberá ser condenado al cumplimiento de una pena privativa de libertad, por otro lado, esta pena no podrá aplicarse de modo que hiera su dignidad como persona.

Lamentablemente, en muchos países, como sucede en Brasil, más que privar al hombre delincuente de su libertad, el Estado ha aplicado, ilegalmente, otras sanciones que siguen vinculadas a la pena de prisión. El condenado, desde el momento en que se inserta en el sistema penitenciario, comienza a ser tratado como un animal. Es torturado, para que confiese los hechos que supuestamente le son imputados, o incluso por entretenimiento de algunos funcionarios públicos sin escrúpulos; sus familiares y amigos dejan de visitarle, ya que, para ello, necesitarían someterse a controles vejatorios; como no existe una clasificación adecuada y efectiva de los presos, antes del inicio del cumplimiento de la pena de privación de libertad, presos peligrosos se ven obligados a compartir sus celdas con otros, que han cometido delitos de menor entidad; su salud empieza a quedar

debilitada, como consecuencia de las precarias condiciones de las celdas en las que se les ha ubicado, etc. Es decir, el sistema penal se encuentra, verdaderamente, en crisis.

La elección del tema que vamos a desarrollar a lo largo de la presente Tesis Doctoral, toma su raíz de nuestra propia experiencia personal de trabajo, como miembro de la Fiscalía brasileña, en la Justicia Penal. Hemos sido testigos directos de las atrocidades experimentadas por los presos en las últimas décadas. La población, por regla general, parece regocijarse con este sufrimiento, ya que considera que al preso no se le debe conceder ningún “privilegio”. En definitiva, la sociedad no es proclive a la instauración de programas en beneficio de la población reclusa.

Durante más de 20 años hemos discutido y vivido los problemas penitenciarios. Los motines en las cárceles se han convertido en una constante. En Brasil, por ejemplo, en el Estado de Minas Gerais, donde desarrollamos nuestra labor de Fiscal, los presos, disgustados con el sistema en el que se encontraban insertos, y para ejercer más presión en apoyo a sus reivindicaciones, dieron inicio al denominado “tamiz de la muerte”. Así, todos los días, fatalmente, un preso moría a manos de otros. Esta situación perduró hasta que las reivindicaciones comenzaron a ser atendidas por el Poder Público, que solamente se sensibilizó ante la muerte de decenas de presos.

Por consiguiente, la presente investigación, tendrá como objetivo señalar los absurdos de un sistema penitenciario obsoleto, que no consigue recuperar al condenado, que supone una grave distorsión en la vida de sus familiares, generando, por consiguiente, más violencia. Nuestro objetivo también es buscar alternativas a las penas de privación de libertad, a las que consideramos como “último remedio” cuando, efectivamente, no haya otra solución, todo ello, preservando la dignidad del ciudadano que erró, pero que no ha perdido su estatus de ser humano.

La perspectiva que hemos utilizado en nuestra investigación ha sido plural: Bibliográfica y jurisprudencial así como también de campo, visitando varios

centros penitenciarios en Brasil, también españoles como el Centro Penitenciario de Topas en España. Ello nos ha permitido visualizar el funcionamiento de sistemas penitenciarios en países diferentes, ayudándonos a formar nuestra convicción de que, en los países subdesarrollados, en desarrollo o emergentes, como es el caso de Brasil, no existe voluntad política con intención de resolver, o al menos minimizar el problema de las cárceles. Por el contrario, en España hemos encontrado un sistema penitenciario que, por regla general, trata de atender a las necesidades de los condenados, siempre con los ojos puesto hacia su plena recuperación.

En Brasil, prácticamente, el sistema penitenciario se encuentra en quiebra aunque aún no es conciente de su fracaso. Los presos son “arrojados” en celdas que resultarían inapropiadas incluso para los animales. Son ambientes fétidos, sin ningún tipo de comodidad, donde presos contaminados por diversos tipos de enfermedades contagiosas, como el SIDA, tuberculosis y enfermedades de la piel, permanecen en constante contacto con los demás. El resultado es una situación de contaminación general; es decir, reclusos que entraron sanos en el sistema penitenciario, acaban debilitándose de forma alarmante.

Como el objetivo de nuestra Tesis Doctoral es la evaluación del sistema penitenciario en general, nuestra investigación bibliográfica ha utilizado principalmente fuentes brasileñas y españolas, junto con la consulta a organismos internacionales, como las Organizaciones de las Naciones Unidas -ONU-, para poder enmarcar nuestra investigación en el marco de la situación global de las prisiones.

Como veremos en un capítulo específico, el mundo está lleno de cárceles que atentan contra la dignidad de la persona humana. Incluso en los países desarrollados, como es el caso de los EE.UU., las prisiones son verdaderos graneros de presos, lugares donde una persona acaba convirtiéndose en una especie de “isla”, separada de los demás miembros de la sociedad, sin ninguna posibilidad de resocialización.

Uno de los objetivos de la Tesis será el de demostrar que el proceso de resocialización no goza de ningún crédito. Con raras excepciones, como es el caso de España, la resocialización ha dejado de ser una preocupación del Estado, cuyo fin más inmediato es el de retirar de la sociedad al agente que cometió la infracción penal, sin considerar que, antes o después, en los países donde no está contemplada la pena de cadena perpetua o la pena de muerte, el delincuente deberá reintegrarse a la vida en sociedad.

Esta situación es consecuencia del incumplimiento de la normativa internacional que se refiere al cumplimiento de la pena. Por eso, también tomaremos como referencia estas normativas que, en teoría, deberían ser obedecidas por todos los países que son signatarios de estos documentos internacionales. Lamentablemente, acaban convirtiéndose en meras normas programáticas, que contemplan programas que deberían ser adoptados por los Estados, pero sin ninguna fuerza vinculante, de manera que pueda imponer sanciones en caso de incumplimiento.

Para visualizar mejor las diversas cuestiones que abordaremos en la Tesis, haremos una división en cuatro capítulos, que serán expuestos en un orden creciente.

Así, inicialmente, nos ocuparemos de la legitimidad del Estado en su derecho de castigar. En este capítulo I, analizaremos los fundamentos y limitaciones del *ius puniendi*. Tomaremos como marco de referencia el propio Estado de Derecho y analizaremos el *ius puniendi* que tendrá como barrera los derechos humanos.

Recordamos las teorías fundamentadoras de los derechos humanos, así como su evolución histórica, prestando especial atención a la pena de privación de libertad.

Veremos que los fundamentos y las limitaciones del *ius puniendi* se pueden encontrar en el Estado constitucional y democrático de derecho, que, a su vez, da cobijo a los derechos fundamentales, inherentes a todo los seres humanos.

Lamentablemente, en innumerables sistemas penitenciarios, se ha acabado relegando la condición de ser humano del preso, tratándolo de forma indigna, lo que constituye una vulneración de sus derechos fundamentales.

Continuando con el capítulo I, haremos un análisis de los principios del Estado constitucional y democrático de derecho, prestando especial atención al principio de legalidad, al principio de igualdad, al principio de justicia y al principio de libertad, ya que son estos los que más directamente afectan al sistema penitenciario.

En lo que se refiere al principio de legalidad, demostraremos que, en la actualidad, no basta con una legalidad puramente formal sino que resulta imprescindible una legalidad material, con normas respetuosas con los principios establecidos e implícitos de las Constituciones. Tendremos ocasión de comprobar cómo el principio de legalidad es prácticamente ignorado en el ámbito penitenciario.

La selectividad del derecho penal es un problema que merece nuestra atención, especialmente si partimos del necesario respeto al principio de igualdad. El sistema penitenciario está interpretado como demuestran los datos estadísticos, de pobres, miserables, personas que pertenecen a los estratos sociales más bajos, en flagrante ofensa al principio de igualdad.

También abordaremos el acceso a la justicia, la idea, en sí misma, de Justicia penal, la justicia del tiempo como pena así como las visiones antagónicas de justicia que tienen la víctima y el condenado.

Lugar de relieve en este Capítulo I ocupa el principio de libertad, ya que el condenado, que se ve inserto en algún sistema penitenciario, tiene limitado este derecho. Intentaremos responder a la pregunta de si es posible esta privación de libertad teniendo en cuenta el mencionado principio.

En un epígrafe propio del capítulo I, dada su relevancia, realizaremos un análisis del principio de dignidad humana. Incidiremos en la desobediencia del principio por parte del propio Estado, a la vez que destacamos la influencia

negativa de los medios de comunicación en términos de reconocimiento de la dignidad humana en el caso de condenados por la comisión de una determinada infracción penal.

Cerrando el capítulo I, realizaremos un análisis de las limitaciones del *ius puniendi*, apuntando al hecho de que, aunque el Estado tenga atribuida esta responsabilidad exclusiva de castigar a los ciudadanos como consecuencia de la comisión de una infracción penal, este derecho del Estado encuentra sus limitaciones en el propio concepto de Estado constitucional y democrático de Derecho.

En el capítulo II, abordaremos el origen y la evolución histórica de la pena y de la prisión. No se puede discutir la situación actual de la cárcel sin entender adecuadamente sus orígenes. Para ello, analizaremos las denominadas penas aflictivas que, hasta finales del siglo XVIII, gozaban de primacía en el sistema penal. Asimismo, la pena de muerte será objeto de nuestro estudio, ya que, lamentablemente, todavía en la actualidad se sigue aplicando en muchos países.

Retrocederemos al pasado y sacaremos a la superficie los antecedentes históricos de las prisiones, mostrando sus raíces, para que podamos entender su realidad en el presente. Ilustres pensadores que influyeron o incluso criticaron el sistema penitenciario serán objeto de nuestro análisis, como C. Beccaria, John Howard, Jeremy Benthan y Michel Foucaul. También haremos una revisión de los sistemas penitenciarios clásicos, así como de las normas internacionales de protección de las personas privadas de libertad.

En el capítulo III nos ocuparemos de los problemas actuales de la pena y de la prisión. Revisaremos las discusiones al respecto, que nos llevarán a la conclusión de que la pena de privación de libertad ya no se sostiene en muchas situaciones, así como el hecho de que la prisión ha sido utilizada de forma abusiva por el Estado, como sucede en los EE.UU.

Identificaremos algunos modelos penitenciarios cuyo éxito es innegable, tal como acaece con el Centro Penitenciario de Topas, donde tuvimos la oportunidad

de presenciar el excelente trabajo de los presos, que aprenden, efectivamente, un oficio en función del cual, después de su retorno a la sociedad, estarán preparados para enfrentarse a las exigencias del mercado de trabajo. Asimismo, identificaremos otros modelos penitenciarios fracasados, tal como sucede con el sistema penitenciario brasileño, totalmente despreocupado en cuanto a la formación de los condenados. La mayor parte del tiempo en prisión están inactivos y, cuando eventualmente trabajan, estas actividades no les habilitarán para el mercado futuro.

Haremos una necesaria incursión por los movimientos penales que, sin duda, influyeron sobre el sistema penitenciario. La teoría abolicionista, defiende la aniquilación del sistema penal como un todo. Argumentan que este sistema no cumple con las funciones para las cuales fue inicialmente diseñado y, peor aún, se viola el principio de dignidad humana. Asimismo, analizaremos uno de los movimientos más peligrosos y que pone en riesgo la propia existencia del sistema penitenciario, denominado movimiento de “la ley y el orden”, que defiende la adopción de políticas maximalistas, entendiendo que el Derecho Penal debe actuar como *prima o solo ratio* en la protección de los bienes jurídicos. Realizaremos una incursión por una de su Ramas más radicales, la del “derecho penal del enemigo”.

Ya adelantamos que nuestra posición es la de la adopción inmediata e irrestricta de las posturas minimalistas. Entendemos que son las que mejor atienden las demandas sociales, llevándose a cabo una efectiva valoración de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Derecho Penal. La adopción del minimalismo, como política de corrección del sistema, es de tal magnitud que volveremos sobre ella con mayor detenimiento en el último capítulo, donde abordaremos las alternativas al sistema penitenciario.

La detención de una persona que, supuestamente, ha cometido una determinada infracción penal podrá producir antes o después de la sentencia penal condenatoria. Nos ocuparemos de los principios reguladores de la privación de libertad que deberán ser observados por el Estado, único responsable de esta

decisión, bien sea en la prisión de carácter cautelar o por sentencia firme. Tomaremos en consideración la prisión en la fase de investigación, en la fase procesal, es decir, mientras esté en curso una acción penal de naturaleza condenatoria, y, finalmente, en la fase de ejecución, después de la sentencia que ha condenado al agente al cumplimiento de una pena de privación de libertad.

Dado el número creciente de mujeres en la comisión de infracciones penales, en gran medida provocado por el incremento del tráfico de drogas en todo el mundo, analizaremos los criterios específicos de esta privación de libertad. Las mujeres, por su particular condición, merecen un trato diferente de los hombres, como en el caso de la mujer embarazada, o de la condenada que tiene hijos menores.

Del mismo modo, el índice creciente de actos delictivos cometidos por menores merece un análisis. Los menores, al encontrarse en fase de crecimiento y desarrollo de su personalidad, necesitan un tratamiento especial y diferenciado de aquéllos que, comúnmente, son impuestos a los imputables, es decir, a las personas adultas, que ya han alcanzado la edad de responsabilidad penal.

El agente imputable, cuando es condenado, es llevado al sistema penitenciario y, con eso, trata de cumplir con las funciones retributivas y preventivas asignadas a las penas. Por su parte, los inimputables deben ser sometidos a las medidas de seguridad, que deberán cumplirse en un establecimiento *ad hoc*, con una finalidad curativa. Aquí, el agente inimputable debe recibir el tratamiento adecuado para que pueda volver a la vida en sociedad. De ahí que se observa la normativa específica que regula el régimen de internamiento o su tratamiento ambulatorial. De todo ello nos ocuparemos en el punto 6, del Capítulo III, de esta Tesis.

Continuando en el Capítulo III, nos ocuparemos de las posturas absolutistas y utilitaristas que deben orientar las penas de privación de libertad. Tales discusiones son de fundamental importancia para la comprensión de las críticas finales, que nos llevarán a establecer unas conclusiones, ya que en algunos países el Estado ha acabado renunciando a los fines utilitarios de las penas, es decir, a las

funciones preventivas que le son características, especialmente en lo que se refiere al plan resocializador.

Nuestra experiencia profesional de más de dos décadas, trabajando con procesos penales en la Fiscalía brasileña, nos ayudará a demostrar que el Estado ha abdicado de esta función resocializadora. De hecho, el crimen organizado, que se ha adueñado de parte del Estado, especialmente como consecuencia del tráfico de drogas, ha provocado el desinterés por los planes resocializadores. Así, como demostraremos, la única función que, incluso contra la ley, se la acabado adjudicando a la pena de privación de libertad ha sido la de compensar el mal cometido por el delincuente. Han surgido teorías neo-retribucionistas que también serán objeto de nuestro estudio.

No podremos dejar de mencionar una importante herramienta de ayuda en la prevención de futuras infracciones penales como la del estudio de la criminología, especialmente por su naturaleza multidisciplinar. Ello porque permite identificar algunos puntos críticos, que podrán corregirse sólo si existe la voluntad política para hacerlo.

Identificaremos algunos factores que han conducido a la crisis del sistema penitenciario. Cerraremos el Capítulo III con la cuestión referente a la privatización de las cárceles o la externalización de algunos de sus servicios.

En el capítulo IV y último, abordaremos las alternativas al sistema penitenciario. Esto constituye realmente el punto central de nuestros debates, donde analizaremos el conjunto de alternativas al sistema penitenciario, así como la pena de privación de libertad.

Comenzaremos abordando las políticas estatal, penal y penitenciaria, sin las cuales resultaría imposible desarrollar ninguna iniciativa que tuviera por objeto garantizar un cumplimiento de la pena más digno, que no lesionara los principios fundamentales del ser humano.

Como hemos mencionado anteriormente, el objetivo será poner de manifiesto que ninguna medida aislada tendrá el poder de resolver el problema de

la cárcel, puesto que, como veremos, esta problemática requiere una solución conjunta. Cada una de las propuestas tendrá una determinada misión que, en conjunto, supondrá importantes modificaciones

En el epígrafe 2, del Capítulo IV, nos ocuparemos de la cuestión de los objetivos sociales del Estado como factor inhibitor de la comisión de infracciones penales. Trataremos de demostrar que en ciertas infracciones penales si se aplican las políticas públicas, evitando el abismo entre las diversas clases sociales, tales medidas podrían llevar a inhibir la comisión, por ejemplo, de las infracciones penales contra el patrimonio que, según las estadísticas, están incluidas en la lista de las tres más practicadas. En los países subdesarrollados y en desarrollo, el número de estas infracciones penales es infinitamente superior al de los países desarrollados, donde existe una equidad social y donde la población vive con dignidad. Intentaremos demostrar que la aplicación de los objetivos sociales del Estado es considerada como un factor inhibitor de la comisión de infracciones penales y, por consiguiente, como una alternativa al sistema penitenciario, evitándose así la sustitución del Estado Social por un Estado Penal.

Uno de los puntos más destacados del capítulo IV será la defensa del minimalismo como política de corrección del sistema. Para ello analizaremos la teoría del bien jurídico como fundamento de la intervención mínima, el criterio de selección de los bienes jurídicos-penales y la creación típica, así como la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal junto con nuestra propuesta minimalista piramidal.

Intentaremos probar que el razonamiento minimalista, con la propuesta piramidal, puede ser considerado como una importante alternativa al sistema. La neopenalización y la neocriminalización son medidas desacreditadas, dado que el aumento de la pena conminada a una determinada infracción penal o incluso, la creación de nuevos tipos penales, no consiguen resolver problemas que no se refieren, de hecho, al Derecho Penal, sino al Estado como responsable de la aplicación de políticas públicas, destinadas al bienestar de todos.

El minimalismo, como veremos, intenta corregir un razonamiento equivocado que prevalece en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, donde se intentan resolver los problemas de cuño social a través del Derecho Penal. Por consiguiente, desarrollaremos todos nuestros razonamientos en defensa de las posturas minimalistas, contraponiéndose con las adoptadas, principalmente, por los movimientos de la ley y el orden.

Entre las diversas medidas que se presentan como alternativas –o mejor incluso complementarias- al sistema penitenciario, analizaremos la Justicia restaurativa y la mediación penal. Revisaremos el origen de la justicia restaurativa y su posición actual en Europa.

En cuanto a la mediación penal, analizaremos los sistemas propuestos en España y en Brasil, donde cada vez más se buscan soluciones rápidas para los problemas penales, prestando especial atención a los intereses de las víctimas, que fueron relegadas a un segundo plano desde el momento en que el Estado asumió el deber/poder de hacer Justicia.

En un mundo postmoderno, no podríamos dejar de incluir la tecnología, también como alternativa al sistema penitenciario, dado que la sociedad del siglo XXI ha experimentado los más increíbles avances en esta área. El sistema penitenciario, también se ha visto beneficiado por la misma, sin que ello implique una merma de dignidad de aquél que, por haber cometido una determinada infracción penal, fue condenado al cumplimiento de una pena que le priva de su derecho de libertad.

En el epígrafe 5, del Capítulo IV de la Tesis, analizaremos las alternativas tecnológicas a la privación de la libertad en el sistema penitenciario, especialmente en lo que se refiere al llamado monitoramiento electrónico y a sus implicaciones con relación a la posibilidad de lesionar el derecho a la intimidad de las personas.

En el epígrafe 6, del Capítulo IV, nos ocuparemos del sistema de penas alternativas a la prisión, mostrando las fases en las que tales alternativas se

podrían aplicar, así como algunas penas restrictivas de derechos que podrían sustituir, en algunos casos, a las penas de privación de libertad. También analizaremos la posibilidad de aplicación de la pena pecuniaria, así como la necesidad de criterios de conversión de las penas alternativas en pena privativa de libertad, en caso de incumplimiento.

Intentaremos demostrar que la pena de privación de libertad podrá ser, en muchos casos, sustituida por otra, menos radical pero que, en todo caso, no podrá llevar a ridiculizar al conjunto del Sistema penal. Como veremos, el hecho de querer tratar al condenado de forma más digna no puede conllevar el desprestigio de la Justicia Penal.

En el epígrafe 7, del capítulo IV, nos ocuparemos de la resocialización del condenado. Debe merecer la atención por parte del Estado, que se obligará a promover planes de reinserción social para aquéllos que, por un determinado período de tiempo, se vieron separados de la sociedad. Demostraremos que la verdadera resocialización del condenado previene la comisión de futuros delitos tras su paso por prisión. Se le podrá considerar como un ciudadano útil y respetado por los demás, reduciendo el número de delincuentes en libertad y, por consiguiente, dando lugar a una mayor sensación de seguridad. Sin embargo, no podemos olvidar que actualmente el plan resocializador se encuentra en declive, razón por la cual deberán adoptarse las medidas oportunas para que vuelva a ocupar un lugar de relieve.

Las estadísticas muestran que si se aleja al hombre del entorno penitenciario, menor será el índice de reincidencia, demostrando que la cárcel corrompe y denigra la personalidad de las personas. Nuestro propósito es el de defender soluciones alternativas a la cárcel, tratando de demostrar el error de las posiciones radicales, que se oponen a cualquier discurso alternativo.

Ya no podemos soportar en silencio los gritos que pueblan nuestra mente, a la espera de una tabla de salvación que nunca parece llegar. La razón principal de este trabajo de investigación es enarbolar en apoyo de aquéllos que, en virtud de

una acción ilegal, han sido relegados a un segundo lugar, tratados como ciudadanos inferiores y privados de sus derechos fundamentales.

A lo largo de los Capítulos que siguen, vamos a realizar una defensa y no se trata únicamente de la defensa de las tesis que seguidamente vamos a exponer. Es la defensa de quienes, generalmente, no tienen a nadie que los defienda. Nuestra experiencia como representante de la Fiscalía es la de que, después de la condena, el hombre es olvidado en la cárcel. Es olvidado por el Estado, que permite que exceda su tiempo de condena de lo establecido en la sentencia; es olvidado por sus familiares; es olvidado por sus amigos. A partir de ahora, se le recordará. Se recordará que tiene derechos; se recordará que el Estado es responsable de él; se recordará que podría estar fuera del sistema penitenciario; se recordará que no perdió su dignidad; se le recordará, siempre, por Dios.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS Y

LIMITACIONES DEL *IUS*

PUNIENDI

1. IUS PUNIENDI, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Para que se pueda convivir armoniosamente en sociedad, resulta imprescindible establecer unas reglas básicas de comportamiento. Esas reglas deben ser legítimamente dictadas por los Poderes regularmente constituidos, aun cuando en la actualidad, lamentablemente, continúen existiendo sociedades sometidas a regímenes dictatoriales, no democráticos, que se valen de la fuerza de sus armas para imponer su pensamiento.

Dejando de lado esos regímenes de excepción, en las sociedades democráticas el poder de crear normas no es ilimitado. Existen, por consiguiente, limitaciones que deben, obligatoriamente, ser observadas por el legislador, dado que esas normas, en muchas situaciones, crean derechos y también obligaciones.

En lo que se refiere concretamente a las normas de naturaleza penal, hay que destacar el denominado *ius puniendi*, que puede entenderse tanto en un sentido objetivo como también en un sentido subjetivo.

Es objetivo, cuando el Estado, a través de su Poder Legislativo, y mediante el sistema de pesos y contrapesos, que es ejercido por el Poder Ejecutivo, crea las normas de naturaleza penal, prohibiendo o imponiendo un determinado comportamiento, bajo la amenaza de una sanción. Sin embargo, es subjetivo, cuando ese mismo Estado, a través de su Poder Judicial, ejecuta sus decisiones sobre quien haya violado el mandato legal, cometiendo una infracción penal, es decir, un hecho típico, ilegal y culpable. Este razonamiento es extremadamente importante, pero de nada valdría si no estuviésemos frente a un verdadero Estado

de Derecho, donde ese *ius puniendi* encuentra su fuente válida. Sólo en un Estado de Derecho el ciudadano encontrará la seguridad necesaria.¹

El Estado, por tanto, en las sociedades pos-modernas, comienza a ejercer, con exclusividad, el poder de castigar, lo que no impide que el individuo articule, en juicio, su *ius accusationes* en las acciones penales donde la iniciativa es de naturaleza privada.

Como destacan A. García-Pablos de Molina, A. Bianchini y L. F. Gomes: “La auto-afirmación del Estado moderno, como máximo órgano político frente a las otras instituciones sociales, ha sido producto de un lento proceso histórico paralelo al de la concentración del *ius puniendi* en sus manos. En una sociedad conflictiva, pluralista y democrática (como la de nuestro tiempo) el *ius puniendi* estatal se puede presentar como una instancia pública capaz de resolver el conflicto penal – y las expectativas que genera – de forma pacífica e institucional, de forma racional y previsible, formalizada, eficaz, con escrupuloso respeto de las garantías individuales, cuando fallan los mecanismos primarios de autoprotección del orden social. Solo el *ius puniendi* estatal puede asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada así como la autodefensa”.²

El concepto de Estado de Derecho es relativamente nuevo, e inicialmente se utilizó con la aparición del llamado Estado Liberal. Según aclara Ernst Wolfgang Böckenförd, “el Estado de Derecho es el Estado del derecho racional, es decir, el Estado que realiza los principios de la razón para la vida en común de los

¹ “En las fases primitivas de la civilización de los pueblos, no existía un Estado suficientemente fuerte para superar los ímpetus individualistas de los hombres y para imponer el derecho por encima de la voluntad de los individuos: por ello, no solo no existía un órgano estatal que, con soberanía y autoridad, garantizase el cumplimiento del derecho, sino que aún no había ni siquiera las leyes (normas generales y abstractas impuestas por el Estado a los individuos). Así, quien pretendiese algo, que otros impidiesen lograr, debía, con su propia fuerza, en la medida de lo posible y por sí mismo, tratar de conseguir la satisfacción de su pretensión. La represión de los actos delictivos se hacía en un régimen de *venganza privada* y, cuando el Estado se le atribuyó el *ius puniendi*, lo ejerció inicialmente mediante sus propios criterios y decisiones, sin la interposición de órganos o personas imparciales independientes y desinteresadas” (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; RANGEL DINAMARCO, Ada. *Teoria geral do processo*, p. 21).

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – Introdução e princípios fundamentais*, p. 209.

hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional”.³

Cabe observar algunas huellas de esta concepción en la Antigüedad, como en la antigua Grecia y en Roma, así como en la Edad Media. Fue en Alemania donde Carl Th. Welcker la utilizó, por primera vez, en 1813, en el sentido de una nueva especie de Estado, es decir, el Estado de la razón, que recibió todos los influjos del período iluminista.

Este Estado de la razón se regía bajo el imperio de la Ley, es decir, nadie podría ser obligado a hacer o dejar de hacer algo sino sólo en virtud de una ley. Sin embargo, ese Estado de Derecho, en su versión original, no significaba ninguna garantía para el ciudadano, sin la existencia formal de una ley, de obediencia general y obligatoria, imponiendo o prohibiendo un determinado comportamiento.

Esta concepción formal del Estado de Derecho justificaba cualquier tipo de Estado, tanto fuese autoritario, despótico o incluso democrático. Lo importante, aquí, era la existencia formal de una ley, que regiría todo el comportamiento previsto de la sociedad y del mismo Estado. Esto, como se ha señalado, por mucho que pueda parecer como un gran avance, no garantizaba a los ciudadanos contra los abusos cometidos por el Estado.

Esta concepción comenzó a modificarse con la aparición, a partir del siglo XIX, del Estado liberal de derecho, que, según G. Zagrebelsky, “tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX, lo que más se destacaba era ‘la protección y promoción del desarrollo de la vida de los individuos y de la sociedad’. La sociedad, con sus propias exigencias, y no con la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, siendo la expresión de voluntad del Estado capaz de

³ BÖKENFÖRD, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, p. 19

imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos”.⁴

Esta ley debía observar los principios considerados innatos a todo ser humano, como ejemplo del principio de dignidad humana. Este “nuevo Estado” nació con una finalidad muy clara, es decir, evitar y luchar contra el arbitrio y la tiranía de los gobernantes. Había, por tanto, un ideal de libertad, razón por la cual ese Estado pasó a ser reconocido como “liberal”. Este sentido liberal del Estado de Derecho consistía, en líneas generales, en el condicionamiento de la autoridad del Estado, así como, por otro lado, en una libertad del ciudadano que debía tener preservados sus derechos.

Con el final del siglo XVIII, principalmente después de las revoluciones americana y francesa, el mundo occidental comenzó a poner fin a esa situación. Ya no podía seguir conviviendo con un gobierno de hombres despóticos. A partir de ese momento, el gobierno ahora sería el “gobierno de las leyes”, es decir, todos, independientemente de su origen, raza, color, clase social, en suma, independientemente de su condición particular, estarían sometidos a un gobierno común, es decir, al gobierno de las leyes.

Ley y Estado de Derecho, por tanto, son denominaciones inseparables, aunque este último tenga un alcance más amplio que la primera. En su concepción original, el denominado Estado Liberal de Derecho significaba que la libertad del ciudadano era la regla, y su limitación, la excepción, que solo podría ser verificada a través de una ley formalmente revisada. Por otra parte, el Estado podía hacer sólo lo que estuviese previamente determinado en una ley, es decir, su libertad de acción quedaba limitada y condicionada a la previa existencia de un texto legal. Así, como bien aclara Gustavo Zagrebelsky, “libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio”.⁵

Por consiguiente, para que un gobierno no sea tiránico, debe regirse por normas claras, derivadas del Poder competente (Poder Legislativo), que serán

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 23.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 28.

debidamente ejecutadas por el Administrador de la Nación (Poder Ejecutivo), así como supervisada su legalidad y su necesario cumplimiento por el Poder Judicial, encargado de solucionar, en conformidad con los parámetros legales, todas las controversias que lleguen a su conocimiento.

Con el fin de organizar el Estado, con la necesaria división de competencias entre los Poderes constituidos, así como reconociendo los derechos fundamentales de cada ciudadano, surge la Constitución, debiéndose resaltar que el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, aún hoy incorporada al ordenamiento jurídico francés, sostiene que *la sociedad, en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de los poderes, no tiene Constitución.*

Esta Constitución, en efecto, deberá servir de referencia para todos los Poderes, que deberán respetarla a toda costa. No podrá el legislador, asimismo, crear normas que la contraríen; tampoco el Poder Ejecutivo podrá administrar contra la voluntad de lo que está expresamente determinado por la Constitución; el Judicial, a su vez, deberá ser el guardián de la Constitución, declarando, siempre, la superioridad de sus principios, en detrimento de todo lo que le sea contrario.

Es interesante observar, según destaca M. Gonçalves Ferreira Filho, que las declaraciones de derechos surgen anteriormente a las Constituciones, como ejemplo de lo que acaeció con las antiguas colonias inglesas de América del Norte, con la declaración de Virginia (1776), promulgada antes de que se uniera en federación, con la Constitución de 1787. En Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, fue pública antes de su primera Constitución, promulgada en el año 1791.⁶

⁶ Según el renombrado autor, “el pacto social carece de un documento escrito. Sin embargo, nada prohíbe que sea reducido a término, en texto solemne. Esto, incluso, tiene la ventaja de la claridad y de la precisión, así como un carácter educativo. Este documento del siglo XVIII se intentó formalizar. No es la Constitución la que lo presume existente. Es la *declaración de los Derechos* (Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 5).

Con respecto al Derecho penal, la Justicia deberá, como reproducción de una balanza, colocar en un lado, el derecho de libertad, inherente a todos los seres humanos y, en el otro, la pena, sobre todo la privación de libertad, como una excepción a este derecho.

En la conciencia jurídica, moral y religiosa de la humanidad existe, a modo de sustrato, un principio de justicia que reclama la necesidad de una correspondencia entre virtud moral y felicidad⁷; este mismo concepto, expresado en versión negativa, reclama la correspondencia entre culpa e infelicidad. Son muchos los interrogantes que podemos plantearnos: ¿es moral imponer una pena? ¿Resulta inmoral castigar al culpable? ¿Quién puede castigar? ¿Cómo se debe castigar? ¿Qué límites debe tener el castigo? ¿Cuáles son los fines de la pena? ¿Está legitimada la pena? La justificación del castigo es una tarea ardua. Porque, ¿cómo justificar moralmente que se castigue a alguien? ¿Por qué, por ejemplo, el privar a otro de su libertad puede ser visto en unas ocasiones reprochable –secuestro- y en otras, cuando constituye un castigo –prisión- produce asentimiento y aprobación, al menos por la mayoría de los ciudadanos? En el primer caso estamos ante una ofensa y en el segundo, ante el castigo a un ofensor. Ahí radica la diferencia entre ambos. En el segundo caso, el privar de la libertad a una persona, está excusado, “justificado”. Sin embargo, antológicamente el mal sólo se soluciona con el bien, nunca con otro mal en sentido contrario.

La finalidad del castigo es otra de las cuestiones complejas. Para los retribucionistas, el castigo que se inflige a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado; y merece serlo cuando es culpable de haber cometido una ofensa. Las doctrinas retribucionistas se basan en la máxima de que es justo devolver mal por mal, y se mira hacia el pasado porque se ha delinquido. Para los utilitaristas, el castigo, todo castigo, es un daño. De ahí que surja la pregunta de cómo justificar algo que moralmente es malo en sí mismo, relacionándolo con un acto pasado, también

⁷ En la exposición de estas breves reflexiones sobre la pena, vamos a seguir el trabajo de Nuria Beloso Martín) “*Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena*”. En: “Persona y Derecho. Homenaje al Prof. J. Hervada”. Universidad de Navarra, nº 41, vol. II, 1999, pp.525-578).

malo en sí mismo. El castigo, desde una perspectiva utilitarista, sólo puede justificarse moralmente teniendo en cuenta las consecuencias valiosas que pueda llegar a producir, valorando más el para qué que el porqué, el futuro más que el pasado.

El Derecho Penal tiene una característica que lo diferencia de otros sistemas de control más sutiles: es un sistema represivo, en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto en los casos de los que se ocupa (homicidio, robo, violaciones), como en la forma en que se ocupa o pretende solucionar esos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte en algunos países). Cuando el Estado castiga se dirige a sus ciudadanos para que reciban un mensaje y les trata como a ciudadanos racionales y responsables. Por ejemplo, las doctrinas retributivas transmiten un mensaje de disuasión a la generalidad de la población y hacen tomarse en serio la amenaza del castigo a los potenciales ofensores y al público en general. Sin embargo, el mensaje se dirige principalmente al ofensor pues de lo contrario estaríamos cayendo en el defecto señalado por Kant, de utilizar a dicho ofensor como medio –para que otros se abstengan- y no como un fin en sí mismo. Entendemos que no está justificada la objeción de quienes niegan la justicia retributiva basándose en textos escriturísticos. Se prohíbe la venganza privada pero se aprueba la social pública –la retribución-⁸. Un sistema penal racional no debería limitarse a la retribución sino que también tendría que contribuir a la rehabilitación⁹.

El carácter coactivo del Derecho es lo que le permite diferenciarlo de otros órdenes de regulación de la conducta humana, como la moral y los usos sociales. El objetivo primario del derecho es que se cumpla lo ordenado por él –acción- o que se omitan las acciones contrarias a lo prohibido por él –omisión-. Las normas

⁸ El Nuevo Testamento, frente al Antiguo Testamento, se basa en el amor, y no en el temor; en la misericordia y en el perdón frente a la venganza y la retribución. De hecho, el Evangelio exige el perdón pero admite la necesidad de la justicia penal humana: “Si tu hermano te ofende, ve y házselo ver, a solas entre los dos. Si te hace caso, has ganado a tu hermano. Si no te hace caso, llama a otro o a otros dos, para que toda la cuestión quede zanjada apoyándose en dos o tres testigos. Si no les hace caso, díselo a la comunidad, y si no hace caso siquiera a la comunidad, considéralo como un pagano o un recaudador” (Mateo, cap. 18, ver.15, 16 y 17; Lucas, 17,3). Por ello, la exigencia bíblica del perdón no excluye una sanción punitiva. El perdón destruye la exigencia punitiva de la culpa, pero no la exigencia reequilibradora de la pena.

⁹ BELLOSO MARTIN, Nuria, “Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena”, *cit.*

primarias son normas de conducta, que consisten en mandatos –positivos-, prohibiciones –negativas- o permisiones –conductas neutras-. Pero las normas primarias, de conducta, destinadas a la colectividad, no siempre son observadas. Es cuando surgen las normas secundarias –sancionadoras, destinadas a ser aplicadas por los jueces y tribunales¹⁰. La función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico penal en un contexto más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. De ahí que el Derecho penal “no sea más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del iceberg que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único ni el más importante”.

La pena, partiendo de una definición de carácter bastante amplio y general puede ser entendida como una especie del género “sanción”. La especificidad de la sanción “penal” deriva de los valores ético-políticos que con la misma se pretenden conseguir. Y es a la pena considerada desde esta perspectiva a la que el pensamiento filosófico ha dedicado siempre mucha atención. Si el problema concerniente al objetivo y la función de la pena ha constituido objeto de estudio filosófico a través de la historia del pensamiento humano, sólo desde una época relativamente reciente –el iluminismo- se ha intentado resolver el problema de la justificación moral de la pena así como el problema de los fundamentos y de los límites del poder punitivo o del derecho de castigar¹¹.

La sanción priva pues de un derecho: la vida, la libertad o la propiedad. ¿Cómo entonces los teóricos del derecho pueden defender la sanción? ¿Se puede conciliar la sanción, como violación de derechos, con los derechos? ¿Puede existir un derecho moralmente legítimo a sancionar? ¿No es como reconocer la existencia de un derecho a violar los derechos? A ello hay que añadir cuestiones

¹⁰ Por el tipo de sanción podríamos diferenciar entre normas perfectas, que son las que van acompañadas de una vuelta al estadio anterior a la infracción –por ejemplo, un robo mediante la devolución de lo robado-; normas más que perfectas, en las que además de lo anterior hay una sanción –por ejemplo, una multa, porque sino sería gratuito infringir la norma y el delincuente simplemente se quedaría como estaba antes del robo-; normas menos que perfectas, en las que sólo habría sanción, sin restitución; y normas imperfectas, en las que faltaría tanto la *restitutio in natura* como la sanción, como el algunos casos en los que se vulnera el Derecho internacional.

¹¹ BELLOSO MARTIN, Nuria, “Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena” *cit.*

tales como, ¿Qué tipo de derecho sería el derecho a castigar y ser castigado que varía en función de las contingencias del tiempo, lugar y ocasión, según el país y época histórica y dependiendo de las circunstancias que rodean la infracción? ¿Es que el delincuente tiene unos derechos sí y otros no? ¿Ha renunciado el delincuente a sus derechos? ¹²

En una sociedad compleja como la nuestra resulta imprescindible la gestión de las crisis y de los conflictos, sean estos de naturaleza social o penal. El Derecho ha debido dar respuesta a estas exigencias y valores emergentes, dando cabida a soluciones más flexibles que en tiempos pasados. Para comprender mejor el estado actual de la cuestión, conviene revisar los modelos de justicia que se han ido sucediendo, hasta llegar al espacio de interés de la mediación. La evolución se puede resumir sintéticamente a través de tres tipos de modelos. El primero se ha calificado de “retributivo”, y concebía la justicia como resarcimiento del daño mediante la expiación de una pena correspondiente al daño infligido. El objetivo era el de la reinserción social del reo. El segundo modelo ha sido el de la “rehabilitación” intentado establecer un vínculo entre cárcel y territorio, con el objetivo de recuperar al sujeto culpable del delito, acompañándole en la sociedad civil a condición de que demostrara tener intención seria de cumplir con los compromisos adquiridos. El tercer modelo sustituye a la víctima-Estado por la víctima-persona. En efecto, en el modelo “reparativo” ya no es el Estado el perjudicado por la trasgresión de la norma sino la persona que se convierte en la parte ofendida. Por consiguiente, la pena deberá tender a la reparación en relación con la víctima que ha sufrido el perjuicio. El trabajo se concentra aquí en la responsabilización del reo, a quien se le da la posibilidad de reflexionar sobre las consecuencias derivadas de sus actos y sobre todo, de hacerlo frente a la persona a la que ha producido un daño ¹³.

La cuestión es si necesariamente hay o no que castigar. Las respuestas pueden ser dos: las negativas o abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al Derecho penal y al *ius puniendi* del Estado; y al contrario, las respuestas

¹² BELLOSO MARTIN, Nuria, “Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena” *cit.*

¹³ Cfr. Tei, Francesco. “La mediazione in ambito penale minorile: sviluppo e prospettive a risonanza sociale”, *Affari sociali internazionali* 2, 2000, p.169-178.

positivas a este problema, que puede englobarse bajo el rótulo de justificacionista, las cuales, reconociendo una necesidad de castigar, plantean problemas ulteriores sobre el porqué, el cómo y el cuándo de dicho castigo¹⁴. Sobre todas estas cuestiones nos ocuparemos en el Capítulo III.

Lo que ahora queremos subrayar es que el *ius puniendi*, por paradójico que pueda parecer, es una garantía para el ciudadano, que pasa a confiar en el Estado, entendiendo que, si algún bien, ya sea individual o colectivo, es atacado por otro miembro de la sociedad, habrá una inmediata intervención, con el fin de lograr la pacificación social.

Dado que casi ningún derecho es absoluto, el derecho a la libertad debe ceder ante la comisión de alguna infracción penal. Aquí es donde el ámbito del *ius puniendi* será más evidente.

Sin embargo, por mucho que el Estado tiene el poder/deber de afirmar su *ius puniendi*, éste deberá llevarse a cabo preservando a toda costa los derechos inherentes a la persona, que no cedieron en virtud de la práctica de la infracción penal. Así, por ejemplo, si alguien es castigado con una pena de privación de libertad por haber cometido ciertos delitos, tal derecho sólo puede ser limitado por medio del *ius puniendi*, es decir, el derecho de ir, venir y permanecer donde bien entienda. Los demás, como ejemplo de su dignidad, deben ser preservados a toda costa.

Por tanto, podemos decir que *ius puniendi*, Estado de Derecho y derechos humanos son expresiones interligadas, cada una de ellas es considerada como un eslabón de una misma corriente.

¹⁴ Vid. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p.122 ss. SILVA SÁNCHEZ indica la existencia de tres posibilidades fundamentales político-criminales, la abolicionista, la resocializadora y la garantística. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 17.

2. TEORÍAS FUNDAMENTADORAS Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Las Constituciones, de acuerdo con el moderno Estado democrático de Derecho, deben contener orientaciones dirigidas a preservar los llamados derechos humanos.

Sin embargo, ¿qué significa, exactamente, la expresión *derechos humanos*? La cuestión no es simple, pues esos derechos pueden requerir el reconocimiento de diversas esferas, tales como la filosófica, jurídica, ética, histórica, política, etc.¹⁵

La historia de la humanidad, lamentablemente, también ha sido una historia de abusos de los derechos humanos. Un elenco enorme de situaciones hicieron que la sociedad se movilizase para defender sus derechos, considerados, por muchos, inalienables e inherentes a toda persona. Hubo, a lo largo de la historia, un intenso proceso de evolución de defensa de estos derechos humanos, cada vez

¹⁵ Bobbio, después de afirmar, con razón, que la expresión derechos del hombre es muy vaga, aclara que la mayoría de las definiciones que se refieren a su naturaleza son tautológicas, diciendo: “‘Derechos del hombre son los que competen al hombre como hombre’. O sólo nos dicen algo sobre el estatuto deseado o propuesto para estos derechos, y no sobre su contenido: ‘Derechos del hombre son los que pertenecen, o deben pertenecer, a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado’. Por último, cuando se añade alguna referencia al contenido, no se puede dejar de introducir términos valorativos: ‘Derechos del hombre son aquéllos cuyo reconocimiento es condición necesaria para el perfeccionamiento del individuo, o para el desarrollo de la civilización, etc.’. Y aquí nace una nueva dificultad: los términos valorativos se interpretan de manera diferente con respecto a la ideología asumida por el intérprete; de hecho, es objeto de muchas polémicas apasionantes, pero insolubles, saber lo que se entiende por perfeccionamiento del individuo o por desarrollo de la civilización. El acuerdo es obtenido, en general, cuando los polemistas – después de muchas concesiones recíprocas – consienten a aceptar una fórmula genérica, que oculta y no resuelve la contradicción: esa fórmula genérica conserva la definición en el mismo nivel de generalidad en la que aparece en las dos definiciones precedentes. Pero las contradicciones que son así apartadas renacen cuando se pasa del momento de la enunciación puramente verbal al de la aplicación” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 17-18).

Para un análisis profundo de la delimitación conceptual de los derechos humanos, del proceso de positivación de los derechos fundamentales y de las teorías fundamentadoras de los derechos humanos, *vid.* PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, pp.21-185; *Vid.* también PECES –BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Madrid: Eudema, 1991. Y también del mismo autor, PECES-BARBA, Gregorio y col., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

que se identificaba su amenaza. Ejemplo reciente de ello fue el desencadenamiento de la segunda grande guerra mundial, que se produjo en el período de 1939 a 1945, considerada como un hito de evidente violación de los derechos humanos. Al finalizar la segunda guerra mundial, la sociedad tomó conocimiento, aterrada, por las innumerables atrocidades, y se movilizó para intentar hacer que estos hechos no se repitieran en el futuro.¹⁶

La historia de los derechos humanos es una historia de lucha a lo largo de los años. Estos derechos, ahora tan universalmente promocionados, fueron conquistados poco a poco. En la medida en que la sociedad evolucionaba, nuevos derechos eran discutidos y ordenados. La naturaleza de estos derechos también era objeto de discusión, razón por la cual fueron surgiendo teorías que trataban de fundamentarlos, cada uno con su enfoque.

Y aún, como acertadamente destaca N. Belloso Martín, “las teorías coetáneas acerca de cuál sea el fundamento de los derechos humanos son tan variadas como el número de estudiosos que se han ocupado de este tema”¹⁷, Hoy en día, la búsqueda de un fundamento absoluto, como afirma Bobbio¹⁸, carece de cualquier fundamento.

N. Martín Belloso observa, sin embargo, que la mayoría de las teorías que existen sobre los fundamentos de los derechos humanos podrían reducirse a tres

¹⁶ Como bien destaca Nuria Belloso Martín: “Después de la segunda guerra mundial el ambiente doctrinal era favorable a la reconsideración de los derechos humanos ya que al finalizar la contienda bélica se había creado el clima propicio para replantear este tema y ofrecer nuevas perspectivas y mejores garantías jurídicas. Se produce una superación del positivismo jurídico y se destaca la restauración del iusnaturalismo clásico y la exaltación de los valores de la persona humana. La internacionalización constituirá un proceso específico de nuestro siglo con el que se rompa el principio exclusivo de soberanía nacional y se abra la vía de la cooperación interestatal para la promulgación y garantía de los derechos en la esfera del Derecho Internacional. Tras los acontecimientos bélicos, las declaraciones internacionales se interesarán por acoger el derecho humanitario así como por la protección de los derechos individuales y colectivos violados masivamente en aquellos períodos” (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual”. En *Estudios Filosóficos*. Salamanca, San Esteban, vol.45, nº 128,1996, pp.127-128).

¹⁷ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual”, cit. *Vid.* También de la misma autora, sobre la evolución histórica de los derechos humanos, “Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia”. En: *Humana Iura*. Suplemento de Derechos Humanos. Persona y Derecho”. Universidad de Navarra, 5 (1995) pp.51-91.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 17.

ubicaciones que dominan en la actualidad: “Por un lado, las dos ya típicas que, a lo largo de la historia, se han debatido en el pensamiento filosófico-jurídico: la fundamentación iusnaturalista, que consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales, y la fundamentación historicista-positivista, que considera los derechos humanos como pretensiones históricamente logradas por la voluntad colectiva y consolidadas en normas positivas. A estos hay que añadir la fundamentación ética, la cual ha alcanzado gran predicamento en algún sector de la actual doctrina y que considera los derechos humanos como derechos morales, presentándose como una postura superadora de las dos anteriores”.¹⁹

Para la corriente iusnaturalista, hay ciertos derechos que son naturales, inherentes a todo ser humano, independientemente de su reconocimiento formal por parte del Estado. Son derechos considerados innatos, imprescriptibles, inalienables y porque pertenecen a los seres humanos son parte de la naturaleza. Se trata de un derecho, por tanto, antecedente y sin ninguna relación de subordinación al derecho positivo.

Como acertadamente apunta I. Rivera Beiras, fue precisamente esta filosofía la que inspiró las primeras Declaraciones de derechos humanos, las cuales, normalmente en sus primeros artículos, consignaron fórmulas en las que se proclamaba la igualdad de todos los hombres. Estas doctrinas no quedaron exentas de *críticas*, como la que se *han formulado a la doctrina iusnaturalista de los derechos humanos*. En primer lugar, la referencia a un ‘estado de naturaleza’ supone recurrir a una ficción doctrinal que, por lo tanto, carece de toda autoridad científica, además de que la idea misma de ‘naturaleza’ no es unívoca. Por otra parte, el hecho de que la ‘lista’ de los derechos humanos haya ido en continuo aumento a través de los dos últimos siglos, pero principalmente en el presente, demuestra no sólo que la explicación iusnaturalista ha perdido toda credibilidad (...) sino que es del mundo de las complejas relaciones sociales de donde surge la

¹⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La fundamentación de los derechos humanos”, p. 135.

demanda por el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales pues ya no basta con los tradicionales derechos a la vida, a la libertad, o a la propiedad²⁰.

Según veremos más adelante, la conquista paulatina de los derechos humanos, de acuerdo con las necesidades que iban surgiendo a lo largo de los años, hizo que, teóricamente, fuesen siendo identificados como derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación. El hallazgo de nuevos derechos en cada una de esas fases sirve de apoyo a la tesis de Bobbio sobre la naturaleza historicista de los derechos humanos²¹.

En lo que se refiere a la fundamentación ética o axiológica, Nuria Beloso resume el pensamiento de E. Fernández al respecto, subrayando que tiene su raíz en la insatisfacción que le produce la fundamentación iusnaturalista (para la que el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducido de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable) y la historicista (cuyo fundamento estaría en la historia, cambiante y variable). Parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico. El derecho positivo no crea los derechos humanos: su labor está en reconocerlos. De ahí que el fundamento de los derechos humanos no pueda ser más que un fundamento ético o axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana.

La fundamentación ética o moral de E. Fernández defiende que los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y

²⁰ Cfr. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, p. 10-11. Por su parte, N. Bobbio, defendiendo el fundamento histórico de los derechos humanos, añade que: “Desde el punto de vista teórico, siempre defendí – y sigo defendiendo, fortalecido por nuevos argumentos – que los derechos del hombre, por más fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacidos en ciertas circunstancias, caracterizadas por las luchas en defensa de nuevas libertades contra los viejos poderes, y nacidos de modo gradual, no todos a la vez y ni a la vez por todas (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p.5).

¹³ “Nuevas carencias nacen en función del cambio de las condiciones sociales y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlos. Hablar de derechos naturales o fundamentales, inalienables o inviolables, es usar fórmulas de un lenguaje disuasorio, que pueden tener una función práctica en un documento político, la de dar mayor fuerza a la exigencia, pero no tienen ningún valor teórico, siendo por tanto completamente irrelevantes en una discusión de teoría del derecho” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 7).

derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres, independientemente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social. El calificativo de ‘morales’ aplicado a ‘derechos’ representa tanto la idea de una fundamentación ética como la de una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos: son sólo los que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana. El sustantivo ‘derechos’ expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad y pretensión de que, para su ‘auténtica realización’, los derechos humanos estén incorporados al ordenamiento jurídico. De ahí que el término de derechos morales sea el resultado de la doble vertiente ética y jurídica.²²

2.1. La evolución de los derechos humanos

No vamos a extendernos en el tema de las diversas etapas de evolución de los derechos humanos a lo largo de la historia pues excedería los límites que nos hemos fijado para llevar a cabo nuestra investigación. Nos vamos a limitar a destacar dos aspectos: uno, el de la relevancia de la protección de los derechos²³: si no están garantizados de nada sirve contar con extensos textos en los que se los enumere de manera prolija y detallada. En segundo lugar, la etapa actual en la que nos encontramos, la de especificación de los derechos humanos –junto con la de la internacionalización–.

En relación al tema de la protección –la gran asignatura pendiente en el tema de los derechos humanos– la mayoría de los países prevé, tanto en sus Constituciones, como en sus legislaciones infraconstitucionales, un amplio elenco

²² BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La fundamentación de los derechos humanos en la doctrina española actual”, p. 141-142.

²³ “El problema que tenemos delante de nosotros no es filosófico, sino jurídico y, en un sentido más amplio, político. No se trata de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las solemnes declaraciones, sean continuamente violados”. (Bobbio, *en* “A era dos direitos”, p. 25).

de derechos del hombre, ya establecidos universalmente. Sin embargo, incluso con tales previsiones, muchos de ellos, en la práctica, no son respetados; por ejemplo, de forma similar a lo que ocurre con la dignidad de la persona humana, como el derecho de no ser torturado etc. Últimamente, más que la lucha para adquirir nuevos derechos, la preocupación reside en su efectiva observancia, puesto que no sirve de nada tener un derecho constitucionalmente previsto, si ese derecho no es respetado por el propio Estado. Véase lo que sucede, por ejemplo, con los derechos del recluso, que tiene restringida su libertad por haber cometido un delito. Aunque esté condenado, y con derecho de libertad limitada, no ha perdido, sin embargo, sus otros derechos, por ejemplo, el de ser tratado de forma digna. El Estado no podrá, con la excusa de que haya cometido un delito, tratarlo con crueldad, de forma inhumana. Así que hoy, en lugar de buscar el reconocimiento de nuevos derechos humanos, la lucha se orienta a la aplicación efectiva de esos derechos.

En relación al segundo aspecto, las etapas de evolución, podríamos diferenciar las siguientes:

- a) Positivación: deriva de los propios planteamientos del iusnaturalismo racionalista (siglo XVII), centrándose en el paso del estado de naturaleza al de sociedad, en el contrato social, así como por la justificación del Poder, cuya primera función soberana era crear el Derecho. Los derechos comienzan a ser plasmados en Declaraciones de derechos (modelo inglés).
- b) Generalización: es consecuencia de la dimensión igualitaria con la que se formula el modelo americano y, sobre todo, la Declaración francesa, al afirmar el artículo primero que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Supone la lucha por superar etapas históricas anteriores en las que algunos derechos no eran reconocidos o se disfrutaban sólo por parte de una minoría.
- c) Internacionalización: las formulaciones de derechos como generales y abstractos se adecua poco a reconocimientos jurídicos vinculados al Ordenamiento estatal, limitado por su validez espacial. Cada vez más se

hacen necesarios sistemas de protección de los derechos que rebasen el límite estatal, que no ofrece la protección necesaria de los derechos fundamentales de sus nacionales o, en ocasiones, es el ámbito donde se vulneran los derechos, por formas y organismos de protección supranacionales. Los derechos humanos deben alcanzar una validez jurídica universal, por encima de las fronteras y que abarquen a toda la Comunidad internacional²⁴.

- d) Especificación: consiste en el paso gradual hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos así como del contenido de los mismos. Este proceso supone una ruptura con el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de las personas identificadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, y al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etc.

1. Por los titulares:

- condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad y necesitan una protección especial: mujer, emigrantes
- condición física de personas en situación de inferioridad: niños, personas con minusvalías físicas o psíquicas
- situación que ocupan personas en determinadas relaciones sociales: hombre situado como consumidor, como usuario

²⁴ En lo que se refiere a las etapas de evolución de los derechos humanos y a su proceso de positivación, actualmente, incluso más que hablar de internacionalización habría que hacer referencia a la globalización que, como subraya Alfonso de Julios Campuzano, un especialista en esta temática, “entraña un complejo heterogéneo de transformaciones cuyas consecuencias se prefiguran ya como irreversibles” (JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid- Dykinson, 2003, p.19.

2. Por los contenidos:

- medio ambiente y protección del entorno natural, derecho al desarrollo, derecho a la paz.

Es precisamente esta última etapa, la de la especificación, la que va a constituir objeto preferente de estudio por nuestra parte, ya que nos vamos a centrar en las condiciones de unas personas que se encuentran en una situación peculiar y necesitan una protección y unas medidas especiales: los reclusos.²⁵

En el contexto de América Latina, durante largos años, ha imperado el movimiento del Derecho alternativo, como un cauce de búsqueda de un derecho “más justo” con las clases populares, operado a través de los operadores jurídicos (jueces, profesores). Como afirma Wolmer, además de la concepción del Derecho como ocultación/dominación, es posible forjar y utilizar el Derecho como instrumento de lucha, de defensa y de liberación contra la dominación impuesta. Se trata de visualizar el Derecho como una instancia de construcción de una sociedad más justa²⁶. Nos aclara que en Brasil, la expresión “Derecho alternativo”, en su concepto íntimo (sentido particular), ha generado algunos equívocos semánticos en la medida en que se refiere tanto a la interpretación progresista de la legalidad vigente, hecha por jueces y abogados en los tribunales, a favor de los menos favorecidos socialmente, como a la lucha de clases o grupos subalternos por el reconocimiento de derechos insurgentes nacidos de sus necesidades y privaciones. Sin embargo, no ha alcanzado el éxito dado que el Derecho “oficial” es el que legítimamente impera. Se han buscado otras vías mediante la reivindicación de nuevas formas de producción del Derecho y pluralismo jurídico. “El pluralismo jurídico designa una multiplicidad de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio socio-político, integradas por conflictos

²⁵ Ello no implica que nuestra investigación aborde un estudio centrado en los derechos fundamentales de los reclusos, pues ya se han realizado anteriores trabajos sobre esta temática. *Vid.* RIVERA BEIRA, Iñaki.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, en TORRE RANGEL, J.A. (Coord.) *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, Porrúa, 2002, pp.161-182.

o consensos, pudiendo ser o no oficiales y que tiene su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”.

A. C. Wolkmer, especialista reconocido en esta temática²⁷, nos expone tres fuentes de lucha:

a) *Positivism jurídico de combate*: es el uso de ciertos mecanismos del propio Derecho positivo para dar efectivación a las normas o textos legales ya conquistados y elaborados formalmente, provenientes del interés colectivo, pero que no son aplicados en favor de los segmentos populares. Es la lucha de los operadores jurídicos (abogados, asesores jurídicos de los movimientos sociales) para hacer valer las conquistas legales que no son aceptadas por los propios aparatos oficiales del Estado;

b) *Hermenéutica judicial alternativa*: es la práctica interpretativa hecha por jueces progresistas en los tribunales. Este procedimiento técnico de “hermenéutica alternativa” o de “uso alternativo del derecho” –como es más conocido entre los teóricos y académicos-, implica explorar, de forma crítica y democrática, las contradicciones, ambigüedades y las crisis del Derecho legislado en beneficio de los grupos sociales menos favorecidos o excluidos;

c) *Derecho insurgente*: es el Derecho paralelo, vivo y comunitario que emerge permanentemente de los intereses y necesidades de la sociedad. Es la creación y el reconocimiento de Derechos fundamentales de forma diferente a las normas positivas oficiales, engendradas en los conflictos y en las luchas de grupos sociales, pudiendo coexistir u oponerse a las leyes elaboradas por la actividad estatal. Se trata de otra legalidad que no se ajusta necesariamente al Derecho convencional vigente, pudiendo ser vista como un “nuevo” Derecho en el espacio de manifestaciones plurales comunitarias.

²⁷ Vid. Las siguientes obras de WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralsimo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 3ªed., São Paulo, Editora Alfa-Omega, 2001 (citaremos por la traducción al español: *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Trad. de D. Sánchez Rubio. Sevilla, MAD, 2006; *Ideologia, Estado e Direito*, 4ªed. ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003; *Introdução al Pensamento jurídico crítico*, 6ªed., São Paulo, Saraiva, 2008.

En las últimas décadas Wolkmer subraya que se ha producido una disminución de la intervención del poder estatal (fenómeno de ‘desregulación estatal’) y el aumento gradual de la organización societaria (procesos autónomos de regulación) dando lugar a un procedimiento más amplio no sólo de informalización de la Administración de Justicia sino, sobre todo, de expansión creciente de nuevos polos legislativos de creación espontánea del Derecho, de nuevos mecanismos flexibles e informales de resolución de conflictos. Este impulso se debe en gran parte al nivel de democratización alcanzado por las instituciones sociales y a las transformaciones vividas por el aparato del Estado.

Ante la conveniencia de delinear los medios de superación del monismo jurídico materializado en el Estado y de establecer el proyecto de una ordenación descentralizada y espontánea que nazca de la propia sociedad, fundada en la pluralidad de necesidades básicas y en el consenso de las diferencias, podemos destacar dos estrategias esenciales, dirigidas a la producción legal alternativa.

1) La primera se refiere a las prácticas o mecanismos legales institucionales de producción alternativa existentes dentro del Derecho positivo oficial del Estado, entre las que podemos destacar dos modalidades. Una, la producción normativa institucionalizada (convenciones colectivas de trabajo, acciones propuestas por sujetos colectivos); otra, la resolución de conflictos institucionalizada (conciliación, arbitraje y práctica y uso alternativo del Derecho).

2) La segunda estrategia es la de las prácticas o mecanismos legales no-institucionalizados de producción alternativa fuera de la órbita del Derecho estatal positivo. En este caso se sustenta el argumento de que para superar la crisis del modelo jurídico tradicional de reglamentación social (Derecho producido y monopolizado por el Estado moderno centralizador), se hace necesario optar por procesos estratégicos pluralistas a medio plazo (“reformismo alternativo”) y a largo plazo (“rupturas alternativas”).

El pluralismo jurídico a medio plazo, que está relacionado con la producción y las reformas legales, pretende utilizar y ampliar ciertos procedimientos paralegales y extrajudiciales en la esfera del propio sistema jurídico oficial.

A largo plazo, como factores de producción alternativa, se presentan los diversos procedimientos auto-regulables que pueden surgir y ser aplicados por una pluralidad de actores sociales, asociaciones comunitarias y demás cuerpos intermedios, sustituyendo espontáneamente con relativa autonomía frente a la voluntad estatal e independiente del Derecho positivo oficial. Puede realizarse a dos niveles: a) nivel de resolución de conflictos: nuevas modalidades no-institucionales de mediación, conciliación, juicios arbitrales y jurado popular; extensión de comités o consejos populares de justicia; creación de tribunales de barrios, de vecinos y justicia de distritos; b) nivel de fuentes de producción legislativa: reapropiación y extensión de nuevas formas de “convención colectiva” laboral, formación de “acuerdos colectivos”, acciones de los movimientos sociales y otros.

Entre esas formas paralelas al Derecho oficial para resolver los conflictos cabe situar las experiencias alternativas y complementarias de resolución de conflictos, entre las que destacamos la mediación, a la que nos referiremos en el último Capítulo de nuestra Tesis.

Necesidades, derechos y la cuestión de los conflictos es una problemática muy bien estudiada por A. C. Wolkmer. Tomando como principal punto de referencia América Latina, advierte que se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos. Se trata de derechos que, en el ámbito de las instituciones periféricas latinoamericanas, se afirman como básicos para la propia supervivencia de grandes sectores de la población. Las demandas de derechos cubren un amplio espectro de necesidades y privaciones, exigencias que alcanzan el derecho al agua; a la salud, al saneamiento, a la asistencia médica, el derecho de igualdad de la mujer, el derecho de las minorías étnicas, el derecho de los indios a sus tierras, así como los derechos de la población a la protección y a la

seguridad contra las diversas formas de violencia²⁸. La lucha por esos nuevos derechos, representados por sectores comunitarios, especialmente por los movimientos sociales organizados, se realiza en dos frentes²⁹:

- a) La exigencia para hacer eficaces los derechos ya alcanzados y proclamados formalmente por la legislación oficial estatal;
- b) La reivindicación y el reconocimiento de los derechos que surgen de nuevas necesidades que la propia población crea y se auto-atribuye. Esa interacción colectiva de creación de nuevos derechos se debe a la ineficacia de una legislación estatal importada de la Metrópoli colonizadora y desvinculada de los reales intereses de los segmentos mayoritarios de nuestra sociedad.

Wolkmer denuncia que la administración de Justicia latinoamericana atraviesa un desajuste estructural y tiene escasa eficacia en cuanto instancia burocrático- estatal, encargada del control y de la resolución de los conflictos sociales. Observa que en la relación entre países centrales post-industriales y las sociedades atrasadas en procesos de modernización, formas distintas de crisis de legalidad monista y diversos niveles de ineficacia en el ámbito de la administración de justicia. Como ejemplo cita los tribunales europeos que son competentes cuando son convocados para realizar o reconocer nuevos derechos procedentes de los movimientos sociales vinculados a las minorías, al desarme y al medio ambiente, mientras que se lamenta de que en América latina (particularmente en Brasil), el Poder Judicial, como instancia burocrática-estatal, dependiente e inoperante, no sólo es influenciado por la misma crisis que atraviesa el Estado y las instituciones sociales, sino que, sobre todo, es

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Trad. de D. Sánchez Rubio. Sevilla, MAD, 2006, pp.93-94.

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit., p.94.

constantemente demandado a responder, sin eficacia, frente a conflictos de naturaleza social y patrimonial³⁰.

Subraya Wolkmer que en un análisis más detallado hay que considerar, como lo hacen J. E. Faria y J. R. Lima López, que el centro problemático del Poder Judicial no es, necesaria y exclusivamente, la falta de medios y la desorganización, por esa situación se constituiría en mera disfunción dentro de una escala mayor de problemas institucionales y estructurales. “Lo importantes es la conciencia de que ‘la gran cuestión [...] es aquella que muchos parecen no ver: estar formado en una cultura jurídica incapaz de entender la sociedad y sus conflictos y la mala voluntad en discutir la democratización efectiva de ese órgano del Estado’”³¹.

Las fuentes de producción de una nueva cultura jurídica han sido defendidas por buena parte de la doctrina contemporánea (Gierke, Ehrlich, Gurvicht, Santi Romano) que coinciden en admitir que amplios sectores de los “cuerpos intermedios”, con bajo grado de institucionalización, pueden elaborar y aplicar sus propias disposiciones normativas, entre ellas: las corporaciones de clase, asociaciones profesionales, consejos de fábrica, sindicatos, cooperativas, asociaciones deportivas y religiosas, fundaciones educacionales y culturales, etc. En cada uno de estos grupos comunitarios de intereses de organización voluntaria hay una “regulación interna”, “informal”, “autónoma” y “espontánea”, paralela e

³⁰ “El alcance de esa crisis de identidad del Poder Judicial coincide con las propias contradicciones de la cultura jurídica nacional, construida sobre una racionalidad técnico-dogmática y basada en procedimientos lógico-formales y que, en la retórica de su “neutralidad”, es incapaz de acompañar el ritmo de las transformaciones sociales y la especificidad cotidiana de los nuevos conflictos colectivos. Se trata de una instancia de decisión sumisa y dependiente, no sólo de la estructura de poder dominante, sino, sobre todo, de un órgano burocrático del Estado, desactualizado e inerte, de perfil fuertemente conservador y poco eficaz en la solución rápida y global de cuestiones emergentes vinculadas, bien a las reivindicaciones de los múltiples movimientos sociales, bien a los intereses de la mayorías carentes de justicia y de la población privada de sus derechos. La crisis vivida por la justicia oficial, reflejada en su inoperancia, en su lentitud, en su ritualización burocrática, en su compromiso con los ‘dueños del poder’ y en la falta de medios materiales y humanos, no deja de ser un síntoma indiscutible de un fenómeno más amplio que es el propio quiebre del orden jurídico estatal” (WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit., p.97).

³¹ FARIA, José Eduardo, (Org.), *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994; también, vid. LIMA LOPES, José Reinaldo, “Pela democratização do Judiciário”. En *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo, Ática, 1989, pp.123-144.

independiente de la normatividad estatal, de los códigos oficiales, de las legislaciones elaboradas por las elites políticas dominantes³².

Se trata de una nueva forma de generar legitimidad a partir de prácticas y relaciones sociales surgidas en la práctica plural y efectiva de lo cotidiano. El centro de gravedad y de producción jurídica aparece a través de “pactos sectoriales”, “negociaciones colectivas”, “arreglos socio-políticos” y “convenios normativos”, firmados por entidades colectivas “que pasan a ser encaradas como fuentes de Derecho en cierto sentido predominante y no subordinado al formalismo de las fuentes llamadas formales”³³.

Nos adherimos a la propuesta de Wolkmer con relación a que se debe forjar una propuesta ético filosófica que venga a dar los fundamentos al proyecto de una legalidad alternativa. Se trata de operar con una nueva ética de tenor pedagógico y liberador, generada en las relaciones y en las prácticas emergentes, configuradas a partir de las necesidades de los nuevos actores sociales. La “ética de la alteridad” es una ética de la solidaridad, que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos, como pueda ser el caso de los reclusos, que es el tema que nos ocupa³⁴.

³² En este sentido, afirma Gurvicht: “Las proposiciones jurídicas abstractas, formuladas por el Estado [...] no se dirigen, en el fondo, sino a los tribunales estatales y a otros órganos del Estado. Los grupos e individuos viven frecuentemente su vida jurídica ignorando el contenido de estas proposiciones. Así, sólo una íntima parte del orden jurídico de la sociedad puede ser alcanzada por la legislación del Estado, y la mayor parte del Derecho se desarrolla independientemente de las proposiciones jurídicas abstractas” (GURVICHT, Georges (Org.), “Problemas de Sociología do Direito”. En *Tratado de sociología*. Lisboa, Martins Fontes, 1977, pp.256-257).

³³ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit., p.140.

³⁴ “Reivindicar una ética identificada con los valores latinoamericanos, no es renunciar a la conciencia de la existencia de principios morales universales, ya que se ha de proyectar nuestras particularidades con una visión universal” (WOLKMER, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, cit, p.180).

3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las sociedades, con significativas excepciones, comenzaron a diseñar un Estado Constitucional, regido por Constituciones rígidas, cuya característica fundamental reside en el hecho de que pueden cambiarse sólo a través de un procedimiento cualificado de enmiendas, ostentando, además, la primacía como fuente del ordenamiento jurídico. Esta primacía hace que todas las demás normas queden supeditadas a la misma, no pudiendo, contrariarla, bajo pena de ser retiradas de ese ordenamiento jurídico a través de un control de constitucionalidad, que es ejercido por el Poder Judicial.

Al amparo de la Constitución, muchos países adoptaron un régimen democrático. La fusión de estas dos características, es decir, la de un Estado constitucional con la de un Estado democrático ha dado lugar a lo que Luigi Ferrajoli denomina *Democracia Constitucional*, rechazando otra modalidad de democracia, denominada *mayoritaria* o *plebiscitaria*.³⁵

L. Ferrajoli, tras afirmar que esta concepción de democracia, resultado de la omnipotencia de la mayoría, es abiertamente inconstitucional, apunta que: “La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado ‘democracia constitucional’, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la

³⁵ Haciendo la distinción entre éstos dos modelos democráticos, Ferrajoli añade que en la democracia mayoritaria o plebiscitaria: “la democracia consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular. De esta premisa se siguen una serie de corolarios: la descalificación de las reglas, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar ‘democracia constitucional’” (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, p. 25).

del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales – derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia – que toda mayoría está obligada a satisfacer. Es ésta la sustancia de la democracia constitucional – el pacto de convivencia basado sobre la igualdad *en droits*, el Estado social, más que liberal, de derecho – garantizada por las constituciones: ‘la Declaración de derechos’, disponía la Constitución francesa del año III, ‘contiene obligaciones para los legisladores’ de cuya observancia depende su legitimación”.³⁶

En el Estado Constitucional y democrático de derecho es donde encontramos la base de la validez del *ius puniendi*, así como sus limitaciones. Es un Estado donde los derechos humanos deben ser preservados a toda costa. Como subraya precisamente Norberto Bobbio, “el reconocimiento y la protección de los derechos humanos son la base de las constituciones democráticas”.³⁷

A partir del momento en que esos derechos humanos, conquistados y declarados a lo largo de los años, se insertan en las Constituciones de cada Estado, comienzan a ser reconocidos como *derechos fundamentales*. Así, para muchos de nuestros estudiosos, como Gerhard Oestreich³⁸, derechos fundamentales serían los derechos humanos reconocidos, formalmente, en los textos constitucionales. Este reconocimiento puede ser expresado, cuando la Constitución así lo contemple, como sucede, con frecuencia, con la dignidad humana, o puede ser implícito, en la medida en que derive, por ejemplo, de otros derechos o principios fundamentales.

Ferrajoli ofrece una definición más amplia de los derechos fundamentales: “Propongo una definición *teórica*, puramente *formal* o *estructural*, de ‘derechos fundamentales’: son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos ‘ los seres humanos en cuanto dotados

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, p. 27.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 1.

³⁸ OESTREICH, Gerhard. *La idea de los derechos humanos a través de la historia*. Pasado y presente de los derechos humanos, p. 26.

del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘estatus’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.³⁹

Si, por un lado, hay una necesidad de crear, por ejemplo, normas penales, con la finalidad de proteger los bienes más importantes y necesarios para la convivencia en la sociedad, por otro, no podemos dejar de observar los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el derecho de la libertad. Por consiguiente, no se puede banalizar, es decir, no podemos limitar el derecho a la libertad del ciudadano si la acción que hubiera llevado a cabo no tuviera la suficiente gravedad.

Cuando los derechos humanos eran entendidos, básicamente, como derechos naturales, sin que hubiese declaraciones formales de su reconocimiento, cabía el llamado *derecho de resistencia* contra la tiranía del Estado, es decir, el ciudadano podía resistirse ante el acto abusivo, incluso usando la violencia. Modernamente, con la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales, con el reconocimiento explícito de estos derechos por parte de los sistemas jurídicos de los Estados, se eliminó este derecho de resistencia. El derecho fundamental es formalmente reconocido y surge un instrumento para su defensa, la *garantía fundamental*, similar al *habeas corpus*, destinado a garantizar el derecho de libertad de ir, venir y permanecer. La proclamación de estos derechos fundamentales se convierte en una "bandera" para que la sociedad busque su efectiva implementación, pudiendo hacer uso de estas garantías fundamentales, es decir, los instrumentos jurídicos destinados a su defensa.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 19; *vid.*, también, JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. “La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos” en *Revista de Estudios Políticos*, n° 116, 2002, pp.189-218.

4. PRINCIPIOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado Constitucional y democrático de Derecho implica unos principios fundamentales, entre los que vamos a destacar para el propósito de nuestra investigación: los principios de *legalidad*, *igualdad*, *acceso a la justicia* y *de libertad*.

4.1. Principio de legalidad

El Estado de Derecho es el que se somete al imperio de la ley. La ley, por tanto, como una expresión de la voluntad general, utilizando la expresión acuñada por Rousseau, y adoptada por el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, debe aplicarse a todos, indistintamente.⁴⁰

La *generalidad* es una de las características más importantes de la ley, así como del Estado de Derecho, que debe, por tanto, ser aplicada a todos.⁴¹

A pesar de que debería aplicarse a todos, la ley no puede ser extremadamente casuística, regulando, minuciosamente, todas las posibles situaciones. La ley, por tanto, debe ser caracterizada como *abstracta*, es decir, la ley debe regular abstractamente las situaciones sin dirigirse a personas específicamente determinadas.

⁴⁰ “En el pensamiento ilustrado, el ‘gobierno de las leyes’ aparece como un ideal frente al ‘gobierno de los hombres’: se piensa que la razón debe sustituir a las ‘preocupaciones’, la representación popular a la camarilla palaciega, las normas a las decisiones individuales” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – parte general*, p. 69).

⁴¹ Como apunta Gustavo Zagrebelsky, la “generalidad es además la premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes. Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las sentencias de los jueces. El legislador concentraría en sí todos los poderes del Estado. Si el derecho constitucional de la época liberal hubiese permitido este desenlace, toda la lucha del Estado de derecho contra el absolutismo del monarca habría tenido como resultado que la arbitrariedad del monarca fuese reemplazada por la arbitrariedad de una Asamblea, o dentro de ésta por la de quienes hubiesen constituido la mayoría política” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 29).

Es preciso que también se organice formalmente el Estado, y el instrumento utilizado para la Constitución. Para la creación de esta Constitución, el pueblo se reunirá en Asamblea Constituyente (Poder Constituyente), a través de sus representantes. En esta Constitución, se delimitarán las estructuras, competencias y las limitaciones de los Poderes que, juntos, pero independientes y armónicos entre sí, deberán llevar a cabo el proyecto de administrar la sociedad. También deberán indicarse expresamente los derechos y las garantías fundamentales, inherentes a todo ser humano, que deberán, obligatoriamente, ser observados por quienes detenten el Poder. Si por un lado, la Constitución constituye el poder, por otro, también lo limita.⁴²

La Constitución es la fuente de validez de todo sistema legal. Ninguna ley, aunque cumpla los requisitos formales, podrá considerarse como válida si entra en conflicto con lo establecido implícitamente, en el texto constitucional.⁴³

Por consiguiente, como ya se dijo, el principio de legalidad puede ser considerado como uno de los principales pilares del Estado de Derecho, debiendo entenderse, como veremos más adelante, en su sentido formal y material.

La ley, como expresión de la voluntad general, debe cumplir ciertos requisitos, que son indispensables. Primero debe entenderse como regla general, es decir, inicialmente destinada a todos los que se ajustan a las condiciones establecidas y previstas por la misma. No puede, al menos, *ab initio*, hacer distinción entre personas, aplicándola a unas e, hiriendo la isonomía, dejando de aplicarla a otros.

⁴² “Pacto fundamental, la Constitución instituye el Estado o la fuerza del Estado. En el pensamiento de Sieyès, es al establecerse la Constitución cuando nace, o renace, el Estado. Es el fundamento del Estado, fuente de sus instituciones. Lógicamente, por tanto, no puede ser obra del Estado, o de su poder. El poder constituyente, es fruto de un poder pre-estatal. Poder éste que canaliza la voluntad de todos los hombres a la hora de establecer las instituciones. De las instituciones que van a regirlos – se insiste – para la protección de los derechos fundamentales” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 17).

⁴³ “En el esquema liberal, por tanto, la Constitución está por encima de todo, representa la garantía de los derechos fundamentales del hombre. Con una construcción imaginativa y hábil, es la garantía de estos derechos contra el Estado, al mismo tiempo que es la Ley Magna de ese Estado, establece líneas nítidas e inflexibles en su organización fundamental” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in Estado de Direito e constituição*, p. 18).

El principio de legalidad puede considerarse la “espinadorsal” del Estado de Derecho y su inobservancia implica una degradación de la “Ciencia de la legislación”, como apunta Iglesias Rio⁴⁴. La libertad es la regla, y su restricción, la excepción. El principio de legalidad limita, por un lado, la tendencia a la omnipotencia de los detentadores del poder y, por otro, aclara a la población en general lo que puede y lo que no puede hacer, es decir, explica todas las prohibiciones ya que lo que no está prohibido, según la regla general, resulta lícito.

El Poder Legislativo, compuesto por los representantes del pueblo, es el Poder legítimo para regular las conductas en sociedad. En lo que se refiere al área penal, objeto de nuestro estudio, y según la perspectiva minimalista que defendemos, será de su competencia seleccionar los comportamientos que causen lesión, o incluso peligro de lesión, a los bienes más importantes y necesarios para la vida en sociedad o, como consta expresamente del art. 5º de la Declaración de 1789, la ley no puede prohibir sólo las acciones perjudiciales para la sociedad.

Estado de derecho y principio de legalidad son dos conceptos íntimamente relacionados,⁴⁵ puesto que en un verdadero Estado de Derecho, creado con la función de retirar el poder absoluto de las manos del soberano, se exige la subordinación de todos ante la ley.⁴⁶

⁴⁴ “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* nº6 (2005), p. 15.

⁴⁵ “El Estado de Derecho aparece como el Estado que, en sus relaciones con los individuos, se somete a un régimen de derecho, donde, entonces, la actividad estatal sólo puede desarrollarse utilizando un instrumental regulado y autorizado por el orden jurídico, así como los individuos – ciudadanos – tienen a su disposición los mecanismos jurídicos adecuados para protegerlos de una acción abusiva del Estado” (Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, *en Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 83-84). Sobre el imperio de la ley y la discrecionalidad judicial, *vid. JULIOS CAMPUZANO*, Alfonso de. *La transición paradigmática de la Teoría Jurídica. El Derecho ante la globalización*. Madrid, Dykinson, 2009.

⁴⁶ “El principio de legalidad nace de la voluntad de establecer en la sociedad humana reglas permanentes y válidas, que fuesen obras de la razón, y pudiesen proteger a los individuos de una conducta arbitraria e imprevisible por parte de los gobernantes. Se pretendía alcanzar un estado general de confianza y certidumbre por parte de la acción de los detentadores del poder, evitándose así la duda, la intranquilidad, la desconfianza y la sospecha, tan usuales donde el poder es absoluto, donde el gobierno se encuentra dotado de una voluntad personal soberana o se reputa *legibus solutus* y donde, en definitiva, las reglas de convivencia no fueron previamente elaboradas o reconocidas” (Paulo Bonavides, *En Ciência política*, p. 112). Sobre para profundizar en la temática de la decisión jurídica y el argumento de autoridad, *vid. MARTÍNEZ GARCÍA*, Jesús

4.1.1. Principio de legalidad en materia penal

Nos adherimos a la tesis que sustenta Ricardo M. Mata y Martín cuando sostiene que el principio de legalidad y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal occidental, a pesar de todas las crisis y dificultades que se han dado y se producen en la actualidad sobre el mismo. El mantenimiento del principio de legalidad representa por su historia y su función, más allá de sus componentes formales, una lucha por el Derecho y por la libertad del ciudadano. Subraya que, generalmente, se acepta que el principio de legalidad del sistema penal responde a una doble dimensión producto, ambas, de la evolución histórica occidental. Por una parte se considera consecuencia de un planteamiento jurídico-político de la organización social – lo que supone el establecimiento previo y posterior respeto del estatus *libertatis* del ciudadano-, y además posee una perspectiva jurídico-penal indudable – con la consiguiente regulación previa en norma de rango formal de ley de los distintos aspectos que puedan relacionarse con la responsabilidad penal de los ciudadanos.⁴⁷

En el ámbito penal se percibe, aún más, la importancia del principio de legalidad. La ley es la única fuente del Derecho Penal cuando se quiere prohibir o imponer conductas bajo amenaza de sanción. Todo lo que no está expresamente prohibido está permitido en Derecho Penal. Por esa razón, Von Liszt apunta que el “Código Penal es la Carta Magna del delincuente”⁴⁸.

Algunos autores atribuyen el origen de ese principio a la Carta Magna

Ignacio. “Decisión jurídica y argumento de autoridad” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº1, 1984, pp.149-158; también, del mismo autor, “Razón jurídica y razón contractual (El contrato social como técnica de pensamiento). En *Revista de Estudios Políticos*, nº64, abril-junio, 1989, pp.281-298; si se desea consultar una perspectiva necontractualista, *vid.* también su obra *La teoría de la justicia de John Rawls*. Madrid, CEC, 1985.

⁴⁷ MATA y MARTÍN, Ricardo M. “Desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal en Argentina y España”, *Revista de Derecho penal*, Rubinzal-Culzoni editores (2009-1) p. 349-350. También se señala como parte de la cultura jurídica europea por ÁLVAREZ GARCÍA. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch 2009, p. 18.

⁴⁸ Al respecto DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. *El principio de legalidad*. Tirant lo Blanch 2004, p. 16.

Inglesa, de 1215, promulgada al tiempo del Rey Jaun Sin Tierra.⁴⁹ Sin embargo, fue con la Revolución Francesa cuando el principio alcanzó los patrones exigidos por el Derecho Penal, según se puede verificar por la redacción de los arts. 7º, 8º y 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁵⁰, de 1789, lo que llevó a E. Garcia de Enterría a afirmar que “el principio de legalidad de los delitos y las penas, intuido por la Ilustración y concretado en el gran libro de Beccaria, hace su entrada solemne en la historia a través de estos artículos de la Declaración”.⁵¹

En el mismo sentido, se pronuncia José Cerezo Mir, cuando apunta: “El principio *no hay delito ni pena sin ley previa* tiene su origen en la filosofía de la Ilustración. La teoría del contrato social de Rousseau y de la división de poderes de Montesquieu constituyen su sustrato ideológico. Es cierto que se han señalado antecedentes del principio de legalidad en el Derecho romano, en el Derecho canónico, en los fueros aragoneses de la Edad Media, y en la Carta Magna otorgada en Inglaterra por Juan Sin Tierra en 1215, pero se trata en realidad de preceptos de naturaleza y alcance distintos aunque reflejen la misma preocupación por la seguridad jurídica”.⁵²

Se atribuye la formulación latina del principio de reserva legal – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* – a Anselm Von Feuerbach, en su *Tratado de Derecho Penal*, publicado en 1801. Feuerbach apunta: “I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nullum poena sine lege*). Por consiguiente, sólo la

⁴⁹ Art. 39. *Ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni despojado de su propiedad, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni exiliado, ni molestado de ninguna manera; y no podremos, ni haremos poner la mano encima de él, sino en virtud de un juicio legal de sus pares y según las leyes del País.*

⁵⁰ Art. 7º. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido salvo cuando así lo determine la ley y de acuerdo a las formas prescritas en la misma ley. Los que solicitan, expiden, ejecuten o hacen ejecutar órdenes arbitrarios deben ser castigados. Pero todo hombre intimado o convocado en nombre de la ley debe obedecer inmediatamente: él se vuelve culpable por la resistencia.

Art. 8º. La ley solo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo hombre se presume inocente hasta ser declarado culpable. En el caso de juzgarse indispensable su prisión, cualquier exceso innecesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

⁵¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos*, p. 158.

⁵² CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, p. 162.

sanción del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una sentencia. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de una acción conminada (*nulla pena sine crimine*). Por último, es mediante la ley que se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). De este modo, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, será vinculado mediante ley a una lesión jurídica determinada”.⁵³

4.1.2. Funciones del Principio de legalidad en materia penal

El principio de legalidad posee cuatro funciones fundamentales⁵⁴:

1^a) prohibir la retroactividad de la ley penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

2^a) prohibir la creación de crímenes y penas por las costumbres (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);

3^a) prohibir el empleo de analogía para crear crímenes, fundamentar o agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

4^a) prohibir incriminaciones vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

El inciso XXXIX, del art. 5º de la Constitución Federal Brasileña, observa que “no hay delito sin ley anterior que lo define, ni pena sin previa conminación legal”. En el mismo sentido, observa el art. 25.1. de la Constitución Española que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

⁵³ Vid. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro* – Parte geral, p. 75.

⁵⁴ Que pueden verse detenidamente en DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. *El principio de legalidad*, cit., p. 35 y ss.

Con esta vertiente del principio de legalidad se tiene la seguridad de que nadie será castigado por un hecho que, en el momento de la acción u omisión, se considerará como un indiferente penal, dada la ausencia de una ley penal que lo incrimine (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).⁵⁵

Esto también significa que la ley nunca puede ser retroactiva para tipificar como delitos los actos que se hayan producido antes de su entrada en vigor. Esta misma irretroactividad debe imperar a los efectos de aplicación del derecho penal cuando, de alguna manera, se perjudique al agente infractor, ya sea mediante la creación de nuevos hechos penales incriminatorios, aumentando las penas, aumentando el rol de circunstancias agravantes, causas de aumento de penas, etc., todo ello en el marco del Estado del Derecho⁵⁶. Pero debe tenerse en cuenta, como señala claramente Iglesias Río, que la prohibición de retroactividad de la Ley penal va más allá del mero aspecto formal de la sucesión de leyes, sino que “entronca con la legitimación democrática del Estado a través del valor de la libertad”.⁵⁷

Así, por ejemplo, aun cuando el agente infractor cometa un acto definido como delito por la nueva ley, si esta ley se encuentra todavía en su período de *vacatio legis*, no podrá responsabilizársele penalmente con el pretexto de la nueva legislación.

No basta la simple publicación de la ley para que se cumpla la determinación constante del *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, resaltando su previa entrada en vigor. La certeza de la prohibición solamente deriva de la ley.⁵⁸ La fuente de conocimiento inmediata del Derecho Penal es la

⁵⁵ Respecto a los problemas de irretroactividad de la ley penal puede verse el trabajo de IGLESIAS RIO, M.A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”, que hace referencia a los problemas genéricos y los suscitados en la reforma penal española del año 2003 (p. 15 y ss.).

⁵⁶ Señala la vinculación entre las garantías del principio de legalidad y el Estado de Derecho, especialmente en lo que tiene que ver con la irretroactividad de la Ley penal IGLESIAS RIO, M.A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”, cit. p. 17.

⁵⁷ “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”, cit. p. 18.

⁵⁸ Como apunta A. Toledo: “de la afirmación de que sólo la ley puede crear delitos y sanciones resulta, como corolario, la prohibición de la invocación del derecho consuetudinario para la

ley. Sin ella no se pueden prohibir o exigir conductas bajo la amenaza de sanción (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).⁵⁹

El principio de legalidad prohíbe también el uso de la analogía *in malam partem* para crear hipótesis que, de alguna manera, puedan perjudicar al agente infractor, ya sea cometiendo delitos, ya sea incluyendo nuevas causas de aumento de la pena, de circunstancias agravantes, etc. Si el hecho no ha sido expresamente previsto por el legislador, el intérprete no puede hacer uso de la analogía para tratar de cubrir hechos similares a los legiferados en detrimento del agente *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).⁶⁰

El principio de reserva legal no impone solamente la existencia de la ley anterior al hecho cometido por el agente, definiendo las infracciones penales. Obliga, además, a que en el precepto primario del tipo penal incriminatorio exista una *definición precisa de la conducta* prohibida o impuesta, resultando prohibida, por tanto, en base a tal principio, la creación de tipos que contengan *conceptos vagos* o *imprecisos*. La ley debe ser, por consiguiente, *taxativa*.⁶¹

Esos conceptos vagos o imprecisos⁶² serían encontrados en los tipos penales

fundamentación o agravación de la pena, como se produjo en el derecho romano y medieval” (Assis Toledo, *en Principios básicos de derecho penal*, p. 25).

⁵⁹ Como esclarece Santiago Mir Puig: “Con la exigencia de una *lex scripta* queda, desde luego, *excluida la costumbre* como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga *rango de ley* emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Eso último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*, p. 77).

⁶⁰ “La prohibición de la analogía significa su rechazo como fuente creadora de delitos. Es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial: el juez no puede crear delitos. En caso contrario se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerte frente al poder judicial” (BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – volumen 1*, p. 82).

⁶¹ Sobre la necesidad de taxatividad de las descripciones típicas hace unas interesantes consideraciones ÁLVAREZ GARCÍA. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch 2009, p. 83 y ss. Con precisión, Paulo de Souza Queiroz, apunta: “El principio de la reserva legal implica la máxima determinación y rigor de los tipos penales, imponiéndose al Poder Legislativo, en la elaboración de las leyes, que redacte tipos penales con la máxima precisión de sus elementos, así como al Judicial que las interprete restrictivamente, de modo que se preserve la efectividad del principio.” (*Derecho penal – Introdução crítica*, p. 23-24).

⁶² En este sentido, advierte J. M. Zugaldía Espinar: “La Ley Penal (pese a su carácter generalizador) ha de describir de una manera precisa, clara y exhaustiva – de una forma *cierta*, en definitiva – tanto la conducta prohibida, con la pena con la que se conmina su realización. Sólo de

que contuviesen, por ejemplo, en su precepto primario la siguiente redacción: “Se prohíbe cualquier comportamiento que atente contra los intereses de la patria”. ¿Qué significa esto realmente? ¿Cuáles son los comportamientos que ponen en peligro los intereses de la patria? El agente tiene que saber exactamente qué tipo de conducta está prohibida, evitando a ponerse, así, en las manos del intérprete, que dependiendo del momento político puede, a su costa, ampliar su exégesis, a fin de abarcar todas los comportamientos que son sus intereses exclusivos *nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como ya sucedió en la historia del derecho penal en la Alemania nazi, la Italia fascista y la Unión Soviética, después de la revolución bolchevique.⁶³

4.1.3. Legalidad formal y legalidad material

Un derecho penal que trata de inscribirse en una óptica garantista debe, obligatoriamente, discernir los criterios de legalidad formal y material, siendo ambos indispensables para la aplicación de la ley penal..

esta forma puede el ciudadano saber qué es lo permitido y qué es lo prohibido (y con que pena se amenaza esto último) y puede el Juez determinar con exactitud si frente a un determinado hecho debe absolver o debe condenar (y con qué pena)” (ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal* (parte general), p. 187). La claridad y la certeza del derecho, es decir, su rigor, se refieren a un postulado fundamental de seguridad jurídica. Como nos explica Gonzalo Quintero Olivares, en *Manual de derecho penal*, parte general: “El principio de seguridad jurídica se cumple, por una parte, con el estricto acatamiento del principio de legalidad en lo que concierne a la *certeza y concreción* de las leyes que describen delitos a los que asocian sanciones penales, renunciando a las cláusulas abiertas, imprecisas u oscuras, lo cual es compatible perfectamente con determinadas técnicas legislativas en las que los comportamientos punibles se expresan de modo ejemplificado, pues lo esencial es la ulterior lesión del bien jurídico”. (*Manual de derecho penal*, parte general).

⁶³Ferrajoli nos hace recordar que en la Alemania nazi “una ley de 28 de junio de 1935 sustituyó el viejo art. 2º del Código Penal de 1871, que enunciaba el principio de legalidad penal, por la siguiente norma: ‘será sancionado quien practique un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de castigo, según el concepto fundamental de una ley penal y según el sentimiento del pueblo. Si, oponiéndose al hecho, no existe ninguna ley penal de inmediata aplicabilidad, el hecho de sancionar se hará en base a aquella ley penal cuyo concepto fundamental mejor se ajuste al caso específico’. También fue negado, explícitamente, el principio de legalidad en el derecho soviético de los años siguientes a la Revolución. El Código de la República Rusa de 1922 – innovando con relación a la instrucción penal de 1918, conforme a la cual se ‘consideraba delito la acción que en el momento de su realización estaba prohibida por la ley bajo amenaza de pena’ – enunció en el art. 6º una noción de delito puramente material: es delito toda ‘la sección u omisión socialmente peligrosa, que amenace las bases del ordenamiento soviético y el orden jurídico establecido por el régimen de los obreros y campesinos para el período de transición hacia la realización del comunismo” (*Direito e razão*, p. 309).

Por legalidad formal se entiende la obediencia a los trámites procesales previstos por la Constitución para que la norma en particular pueda formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. La aceptación en nuestro ordenamiento jurídico de una norma que atendiese tan sólo a las formas y a los procedimientos destinados a su creación daría lugar a la adopción del principio de *mera legalidad*, utilizando las palabras de Ferrajoli⁶⁴.

Sin embargo, en un Estado Constitucional de Derecho, en el que se pretenda adoptar un modelo penal garantista, además de la legalidad formal, también debe exigirse la material. Se deben obedecer no sólo las formas y los procedimientos impuestos por la Constitución, sino también, y sobre todo, su contenido, respetando sus prohibiciones e imposiciones para la garantía de nuestros derechos fundamentales previstos por la misma. Aquí, se adopta no la mera legalidad, pero, sí, como apunta Ferrajoli, un principio de *estricta legalidad*.⁶⁵

Los principios de legalidad formal y de legalidad material, así como los de vigencia y validez de la norma, se pueden resumir y expresar a través de la máxima *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*. Como apunta Roberto Bergalli, “de estas distinciones sobre el principio de legalidad provienen las garantías que actualmente otorga el derecho penal de la forma del Estado

64 Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 66. En relación a este tema, Roberto Bergalli, con precisión, afirma que: “Por una parte, el principio de mera legalidad, como principio general de derecho público es extensible a todos los campos de producción del derecho estatal pues su misión es la de enunciar las condiciones de existencia o vigor de cualquier norma jurídica. Por la otra, el principio de estricta legalidad, en el sentido de constituir una meta-norma que condiciona la validez de la leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la capacidad de definir la verdad jurídica mediante sus aplicaciones, es una garantía que sólo concierne al derecho penal” (BERGALLI, Roberto. *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 59).

65 Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 66. Añade Ferrajoli que: “El sistema de las normas sobre la producción de normas –habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con fundamento constitucional– no se compone solamente de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan el poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de la igualdad – por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.”(FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 20-21). También ÁLVAREZ GARCÍA ha dejado indicado que el principio de legalidad no constituye “un mero expediente formal”. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch 2009, p. 18.

Constitucional y que lo diferencia del derecho penal de los Estados meramente legales, en los cuales la omnipotencia del legislador otorga validez a todas las leyes vigentes sin la posibilidad de fijar ningún límite a la primacía de la ley, pues de tal modo se impone el autoritarismo penal a la necesaria restricción garantista”.⁶⁶

De la distinción entre legalidad formal y legalidad material o sustancial surge otra, es decir, la diferencia entre vigencia y validez de la norma penal.

El concepto de vigencia de la ley penal diseña la legalidad formal, así como el concepto de validez diseña la legalidad material. La ley penal formalmente promulgada por el Estado, después del período de *vacatio legis*, puede ser considerada en vigor. Sin embargo, su vigencia no es suficiente, para que la misma pueda aplicarse efectivamente. Solamente después de comprobar su validez, es decir, sólo después de comprobar su conformidad con el texto constitucional, podrá tener plena aplicabilidad, pudiendo considerársela, por tanto, válida.⁶⁷

El juez ejerce un papel decisivo en el control de validez de la norma, al compararla con el texto constitucional. No debe ser un mero autómatas al aplicar la ley, sino su intérprete más crítico, siempre con los ojos puestos en los derechos fundamentales. Por ello, Ferrajoli sostiene que la interpretación de la ley deberá llevarse a cabo de acuerdo con la Constitución y que el juez nunca deberá someterse a la ley de manera acrítica e incondicional sino, ante todo, a la Constitución, “que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en el sentido constitucional y la denuncia de su

⁶⁶ BERGALLI, Roberto. *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 59.

⁶⁷ “En un ordenamiento jurídico dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que también es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 66.) “La investigación sobre el cumplimiento de los requisitos formales, para verificar si una norma existe y es vigente, se limita a una simple investigación y a un juicio empírico o de hecho, aunque no se haga con respecto a los requisitos de contenido. Los juicios relativos a la validez sustancial de las normas consisten en una valoración de su conformidad o disconformidad con los valores expresados por las normas superiores a ellas” (COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, p. 143).

inconstitucionalidad”.⁶⁸

Por otra parte el principio de legalidad puede permitir desplegar otros efectos añadidos cuando la legislación e incluso los textos constitucionales no resultan explícitos respecto a otros principios sustanciales al Derecho penal. Esto sucede con la doctrina del Tribunal Constitucional español que ha deducido del principio de legalidad los de proporcionalidad y non bis in idem ante la falta de mención literal en la Constitución de 1978.⁶⁹

4.1.4. Principio de legalidad en el ámbito penitenciario

Es importante destacar, como resalta, con precisión Ricardo M. Mata y Martín, que en el principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva o penitenciaria⁷⁰.

Lamentablemente, parece que, después de la sentencia penal condenatoria, cuando el agente que cometió la infracción ya se encuentra cumpliendo, efectivamente, la pena que le fuera impuesta por el Estado, el principio de legalidad parece quedar en el olvido.

⁶⁸ “El papel de la jurisdicción expresado por la teoría del garantismo debe ser entendido como defensa intransigente de los derechos fundamentales, etapas de evaluación hermenéutica y de la validez sustantiva de las leyes. El vínculo del juez con la legalidad no debe ser otro que el de la legalidad constitucionalmente válida, siendo imperante su tarea de superar el carácter incompleto, las incoherencias y las contradicciones del ordenamiento inferior con respecto al estatuto mayor. La denuncia crítica de la nulidad (constitucional) de las leyes permite su exclusión del sistema, que no produce más que la optimización del propio principio de legalidad y no, como quieren algunos estudiosos, su negación”. (Salo de Carvalho, en *Pena e garantias – Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 108).

⁶⁹ Para la relación entre el principio de legalidad y el de proporcionalidad resulta básica la obra de MATA BARRANCO, Norberto. *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch 2007, p. 114 y ss. En ella el autor analiza la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la vinculación entre ambos. De acuerdo a lo señalado por este autor cabe plantear la relación entre legalidad y proporcionalidad, por ejemplo, durante el proceso de individualización de la pena. En realidad, como indica el mencionado autor en otro momento, resulta adecuado el criterio de proporcionalidad respecto a las distintas consecuencias jurídicas del delito e incluso también en lo que afecta a la teoría del delito (p.131 y ss.). La combinación de los principios de legalidad y de proporcionalidad en la determinación e individualización de la pena por los Tribunales ha sido analizada por este mismo autor. MATA BARRANCO, Norberto. *La Individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*. Thomson/Aranzadi 2008, p. 73 y ss. Respecto al principio non bis in idem y su desarrollo constitucional puede consultarse MATA y MARTÍN, Ricardo. “Infracciones penales y administrativas por el uso no autorizado de denominaciones de origen: el principio non bis in idem”. *Diario la Ley* nº 6856 de 8 de enero de 2008, p. 2 y ss.

⁷⁰ MATA y MARTÍN, Ricardo. *El principio de legalidad en el ámbito penitenciario* (inédito), p. 1.

Nos olvidamos de que el condenado fue privado tan sólo de su derecho de libertad ambulatoria, y que todo lo demás debe permanecer intacto.

Como acertadamente subraya Ricardo M. Mata y Martín, el respeto de las normas debe observarse durante la fase de la ejecución de la pena, una vez que esa condena encontró su fundamento de validez en el propio ordenamiento jurídico que, de antemano, dictó reglas para su cumplimiento, que deberán cumplirse a toda costa.⁷¹

En países de América Latina, como es el caso de Brasil, la falta de respeto por el principio de legalidad en las prisiones es sangrante. Los reclusos cumplen sus condenas durante más tiempo de lo impuesto por sentencia condenatoria; los beneficios legales son aplazados, bajo el falso argumento de la acumulación judicial; los condenados son arrojados en celdas con otras personas sin que se haya llevado a cabo el necesario previo proceso de clasificación, a fin de separarlos según las infracciones penales cometidas; existe un total incumplimiento en lo que se refiere a la población reclusa, es decir, desoyendo las disposiciones legales, los presos son hacinados en celdas ya llenas; en definitiva, el abandono del principio de legalidad, durante la ejecución de la pena, es evidente.

Podemos concluir, con Ricardo M. Mata y Martín, que el principio de legalidad en materia penal no es sólo la definición de un acto criminal, con sus consecuencias, es decir, la conminación de la pena. No sólo se ocupa de los límites que impone el principio sobre cómo ejecutar las sentencias, sino también de las condiciones que justifican la aplicación.⁷²

No basta con que el Estado cumpla con el principio de legalidad desde que se cometa un acto delictivo, con el debido proceso legal, respetando el derecho de la defensa y demás, para que, al final, una vez condenado el autor de la infracción penal, sus derechos sean violados precisamente durante la ejecución de la

⁷¹ MATA y MARTÍN, Ricardo . *El principio de legalidad en el ámbito penitenciario* (inédito), p. 1.

⁷² MATA y MARTÍN, Ricardo . *El principio de legalidad en el ámbito penitenciario* (inédito), p. 1.

sentencia.

4.2 Principio de igualdad

Una vez adoptado el principio de legalidad, como uno de los principales pilares del Estado Constitucional y democrático de Derecho, la consecuencia natural de su adopción es el reconocimiento del principio de igualdad de todos ante la ley.

Los revolucionarios franceses, después de afirmar, en el art. 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que la ley es la expresión de la voluntad general, así como que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar, personalmente o a través de mandatarios, para su formación, defienden el principio de igualdad, diciendo que la ley “debe ser la misma para todos, sea para proteger, sea para castigar. Todos los ciudadanos son iguales a sus ojos y tienen igual derecho a todas las dignidades, lugares y empleos públicos, conforme a su capacidad y sin otra distinción que no sea la de sus virtudes y sus talentos”. Esta preocupación de los revolucionarios franceses de declarar la igualdad de todos ante la ley fue asimilada por las Constituciones más modernas, como la Española y la Brasileña, que adoptaron un Estado democrático de derecho⁷³.

Por consiguiente, la institución del principio de igualdad, apunta, inicialmente, a la necesidad de la igualdad de tratamiento de todos ante la ley, sin ninguna distinción en virtud de las situaciones particulares del sujeto. Sin

⁷³ Las constituciones españolas y brasileñas dicen, respectivamente, *verbis*:

“Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

“Art. 5º. Todos son iguales ante la ley, sin ninguna distinción, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país el derecho inviolable a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad (...).”

embargo, ¿qué significa, realmente, igualdad? O ¿igualdad entre quién? o ¿igualdad en que?⁷⁴

Gomez Canotilho, dando una conferencia acerca del principio de igualdad, apunta que se puede analizar bajo dos perspectivas, vinculadas entre sí. Así, tendremos una igualdad entendida como *formal*, es decir, una igualdad jurídica, presente en la fórmula que dice que “todos son iguales ante la ley”, y otro tipo de igualdad, considerada como *material*, donde deber tratarse por “igual lo que es igual y desigualmente lo que es desigual”.⁷⁵ Como afirmaba Rui Barbosa, en su *Oración a los Muchachos*, “tratar con desigualdad a iguales, o a desiguales con igualdad, sería desigualdad flagrante, y no igualdad real”.⁷⁶

Este razonamiento hace que sea posible, en determinadas situaciones, llevar a cabo un tratamiento desigual entre personas, aunque hayan practicado un hecho semejante, considerando sus desigualdades.

En lo que se refiere a nuestro tema, es decir, al análisis de los derechos humanos y al sistema carcelario, podemos afirmar que el principio de igualdad es uno de los menos observados. A pesar de que los países occidentales ya no vivan

⁷⁴ El concepto de igualdad está vinculado directamente al sentimiento de justicia. M. Otero Praga, explica: “De hecho esta unión entre justicia e igualdad procede ya de la filosofía aristotélica. En ella se atribuían dos significados a la justicia. Esto es como legalidad y como igualdad, entendiendo que la máxima expresión de la justicia como igualdad es dar a cada uno aquello que le corresponde. Al mismo tiempo, el filósofo distinguía entre justicia conmutativa o numérica, que da a todos por igual, y distributiva que persigue, por el contrario, la proporcionalidad. Esto es, dar a cada uno según sus circunstancias. Con lo cual estaba claramente estableciendo la posibilidad de realizar justicia otorgando un trato desigual a los seres humanos, cuando la situación concreta así lo aconsejase. Por no hablar de equidad, en tanto en cuanto significaba la individualización de la justicia. Y dado que cada individuo, por su propia condición de individualidad, y salvando las características comunes que le corresponden por su naturaleza humana, es único e irrepetible, es también distinto de todos los demás, y por lo tanto se le puede otorgar un trato distinto” (OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales* – introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica, p. 102). Y continúa: “La cuestión no se centra en la existencia de desigualdades, ni en la necesidad de la igualdad total y absoluta que no contemple diferencias. Por el contrario, entiendo que la verdadera igualdad exige la convivencia con la diferencia, de forma que se alcance la denominada ‘regla de justicia’, en el sentido de que se trate a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual” (*Ibidem*, p.103).

⁷⁵ GOMEZ CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional*, p. 426.

⁷⁶ En ese sentido, apunta M. Gonçalves Ferreira Filho que “La ley necesariamente tiene que distinguir entre los hombres - desigualándoles, por tanto, aparentemente - con el fin de poder igualarles según la diversidad de situaciones. Sin ello es imposible tratar desigualmente a los desiguales como impone y exige la justicia” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *en Estado de Direito e Constituição*, p. 29).

en aquella época en la que se podían identificar a los nobles, inmunes a la aplicación de la ley, nos damos cuenta de que, cuando se trate de la aplicación de la ley penal, el principio de igualdad es constantemente violado, tal y como sucede en Brasil.

Lamentablemente, aún hoy, incluso después de años y años discutiendo la necesidad de tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales, en la medida de su desigualdad, vemos que la aplicación de la ley penal, principalmente en los países subdesarrollados y en desarrollo, se sigue dirigiendo a los pobres y miserables. La selectividad del derecho penal, que será analizada más adelante en un tópico propio, es una clara muestra de que el principio de igualdad no se respeta en muchos países.

Cuando el autor de una infracción penal, por ejemplo, es una persona sin “importancia social”, es decir, cuando el que cometió el delito pertenece a los estratos sociales más bajos, la ley será aplicada al mismo con todo rigor. Sin embargo, cuando el autor de la infracción penal frecuenta los estratos sociales más elevados, forma parte de un selecto grupo que, incluso, en algunas situaciones, posee el poder de guiar el destino de la nación, integrando algunos de los Poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), su tratamiento es completamente diferente.

Un simple control del sistema penitenciario confirma esta declaración. ¿Cuántas personas de clase media, media alta o alta están reclusas en el sistema penitenciario? Los integrantes de esas clases, ¿no cometen delitos? Por el contrario, muchos empresarios, políticos, portadores de grandes fortunas, por ejemplo, cometen infracciones penales que causan daños irreparables a la población en general. Evadir impuestos, sobrefacturación de obras públicas, abuso del poder que les fue conferido, en suma, son innumerables las infracciones penales cometidos por la llamada “elite”. Sin embargo, esas personas, eventualmente, son procesadas criminalmente y, raramente, son llevadas a la cárcel.

Así pues, la pregunta sigue siendo: todos, realmente, ¿son iguales ante la ley? Obviamente, no. El principio de igualdad se rompe, generando un sentimiento de revuelta en la población.⁷⁷ No podemos extendernos sobre las llamadas "acciones afirmativas", es decir, acciones en las que se pretende un trato desigual para un grupo de personas que deben ser tratadas de manera desigual en virtud de su particular desigualdad, preservando, de esa forma, el principio de igualdad. Esas acciones afirmativas se originan en los EEUU, en mediados del siglo XX y, principalmente, se distribuyeron por el mundo occidental.

4.3. El acceso a la justicia (Principio de Justicia)

En un Estado Constitucional y democrático de Derecho, que pretende observar el “imperio de las leyes”, de nada valdría la exigencia de legalidad si no hubiese un control rígido sobre su aplicación. ¿De qué serviría erigir una serie de derechos, considerados innatos al ser humano, fundamentales, si no hubiera forma de defenderlos? El acceso a la Justicia, por tanto, se puede considerar, también, como uno de los pilares que sostienen el Estado de Derecho.

El hombre, a través de la Justicia, puede defenderse de los abusos, de los actos arbitrarios, ilegales, practicados por el propio Estado, o incluso llevados a cabo por otras personas que extrapolan su derecho de libertad. El principio de justicia o el derecho de acceso a la Justicia, puede ser concebido, por tanto, como uno de los defensores del mantenimiento del Estado de Derecho, impidiendo que la ley sea violada.

Una de las tareas más relevantes, atribuidas a este principio, es la de la constatación de la conformidad de la ley a la Constitución. De poco serviría si, por

⁷⁷ “Son ellas distinciones en el sistema normativo, en beneficio de grupos determinadas – negros, mujeres, minorías etc. – que tienden a equipararlos (igualarlos) a otros grupos que sirven de padrón de referencia. (En la práctica, los negros a los blancos, las mujeres a los hombres etc.). se justifican tales distinciones por la finalidad que es igualar y no desigualar, pero igualar corrigiendo los tratamientos discriminatorios – por tanto, perjudiciales al grupo – globalmente fortalecidos en la sociedad. Reflejan la idea del tratamiento desigual de los que son desiguales en la sociedad. Tienen en cuenta no los individuos aisladamente considerados, sino los grupos a los que pertenecen” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 31).

ejemplo, la Constitución dispusiera expresamente la protección de la dignidad humana para que, después, el legislador infra-constitucional creara una norma donde se permitiera, por ejemplo, la tortura, como medio oficial de obtención de la confesión de los reos en las acciones de naturaleza penal.

La primera misión del principio de justicialidad, como se percibe, es llevar a cabo el efectivo control de constitucionalidad de la ley, evitando que se viole el principio de legalidad, especialmente en lo que se refiere a la legalidad material, es decir, la relación de conformidad entre el texto de la ley y la Constitución, su fuente de validez.

El control de constitucionalidad fue ejercido por primera vez, en EEUU, en 1803, en el famoso caso *Marbury versus Madison*, donde el juez Marshall, en su brillante decisión, demostró la supremacía de la Constitución con respecto a los demás textos legales existentes en el ordenamiento jurídico, que, obligatoriamente, le debían obediencia, bajo pena de ser declarados inválidos.

En su sentencia, afirmó Marshall que “o la Constitución es la ley superior, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está en el mismo nivel de los actos legislativos ordinarios, y, como otros actos, puede ser modificada cuando el legislador crea conveniente. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces una ley, contraria a la Constitución, no es derecho; si la última es verdadera, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo, para limitar el poder, por su propia naturaleza limitable”.⁷⁸ Este control sólo puede ejercerse en un Estado llamado Constitucional.⁷⁹

⁷⁸ *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 35.

⁷⁹ El “Estado Constitucional no es solo aquel que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, tanto de los de la primera, como de los de segunda, como los de tercera generación. Todos ellos que no pueden quedar anclados en una mera formulación positivista, sin consecuencias. Los principios, los valores, el sentido teológico de los derechos fundamentales deben venir de guía para que los poderes públicos implementen las políticas públicas necesarias para que los derechos fundamentales, principalmente los sociales, sean una realidad. La igualdad, como principio, como valor y como derecho puede funcionar como directriz norteadora (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo”. En *Revista Interdisciplinar de Direito. Os caminhos da constitucionalização do Direito*. Ano 1, nº1 (mayo) Faculdade de Direito de Valença (Brasil), 2008, pp.199-223).

El control de constitucionalidad de las normas, debe ser ejercido por el Poder Judicial. Una de las características del acceso a la Justicia, que la hace digna de credibilidad, es que todos los que necesiten deberán ser sometidos a juicio ante un juez independiente.

Para que el juez sea realmente independiente, para que pueda juzgar con imparcialidad las causas que le son presentadas, es preciso que se reviste de determinadas garantías. Esas garantías varían de Estado a Estado. Así, en los países donde el juez entra en la carrera mediante concurso público, existe la garantía del carácter vitalicio, pudiendo perder su cargo sólo en virtud de un proceso judicial. En otros países en los que, el juez es elegido, el plazo de su mandato es determinado.

Además, con el fin de preservar la imparcialidad y la equidad en los juicios, es preciso conferir al juez la garantía de la inamovilidad. Esto significa que el juez sólo podrá dejar su lugar habitual de trabajo si, voluntariamente, desea ir a otro lugar. Por decisiones políticas, no se le puede impedir que juzgue determinados hechos que, originalmente, serían de su competencia.

La irreductibilidad de los vencimientos también es de importancia fundamental para garantizar al juez, a fin de evitar las amenazas por parte de los otros poderes, en el caso de que se decida contrariamente a sus intereses.

Para que se produzca, realmente, el acceso a la justicia para aquél que pretende buscar una prestación judicial, el Estado deberá facilitararlo al máximo posible. Lo ciudadanos no debe encontrar dificultades para poder llevar su conflicto de intereses al control del Poder Judicial. Por tanto, hay necesidad de implementar, especialmente para las clases sociales más bajas, el Defensor del Pueblo⁸⁰, así como la gratuidad del acceso a la Justicia.

⁸⁰ El art. 134 de la Constitución de la República Federativa del Brasil, promulgada en 1988, establece que la Defensoría Pública es una institución esencial para la función jurisdiccional del Estado, encargada de la orientación jurídica y la defensa, integral y gratuita, en todos los grados, de los necesitados. Se destina, tal como afirma Fontenelle José Teixeira da Silva, la prestación jurídica, integral y gratuita a la población que carece de recursos para pagar los honorarios del abogado y los costes de una propuesta o de la defensa de procesos judiciales o extrajudiciales, o

De poco sirve alegar, abstractamente, el acceso a la Justicia, es decir, permitir la presentación de una demanda ante los tribunales si, en el caso concreto, por razones de naturaleza económica, resultara inviable.

Además de la disponibilidad del Defensor Público, en los casos en que el agente no pueda pagar los costes del proceso, tendrá derecho a la justicia gratuita, es decir, el Estado deberá asumir los costes del proceso o, en su caso, cobrarlos de la parte que pierda, si no es legalmente declarada como carente de recursos necesarios para su propio mantenimiento o el de su familia.

La aplicación de la ley para el caso concreto, sólo será legítima si: a) se preserva el llamado *juez natural*, es decir, el juez que, anteriormente a la comisión del acto delictivo, tenía competencia para juzgarlo, negando, por tanto, los tribunales de excepción; b) el *due processo of law*, permitiéndose el contradictorio y la amplia defensa de la persona contra la acción que se presenta; c) la publicidad de los actos procesales, por regla general; d) la motivación de las decisiones judiciales; e) la prohibición de las pruebas obtenidas ilegalmente; f) el derecho a recurrir la decisión que es contraria; g) el reconocimiento de la presunción de inocencia. Por último, hay un conjunto de medidas que deben adoptarse para que el acceso a la justicia sea una realidad.

En el ámbito específico del procedimiento penal, debe señalarse que la iniciación de la acción penal, por regla general, debe realizarse por el órgano oficial del Estado, es decir, la Fiscalía.

Después de la investigación periódica de los hechos, llevada a cabo por la policía, los autos de investigación (o expediente policial, como es llamado en Brasil), deberán ser remitidos a la Fiscalía que, evaluando las pruebas allí presentadas, llevará a cabo su *opinio delicti*, es decir, proporcionará la denuncia de acuerdo con su convicción personal, dando inicio, así, la *persecutio criminis in iudicio*.

incluso de un asesoramiento jurídico (en Defensoria pública no Brasil – minuta histórica, <http://www.jfontenelle.net/publicados4.htm>, acceso el 15 de marzo de 2010).

Al comienzo de la acción penal, la Fiscalía actúa como parte, permitiendo la superioridad del principio del *in dubio pro societate*; es decir, si hay dudas en cuanto a los hechos supuestamente atribuidos a la acusación, deberá iniciarse la acción penal para que todo sea debidamente esclarecido en el juicio, mediante el contradictorio entre las partes.

Al final de la acción penal, una vez terminada la instrucción procesal, la Fiscalía deberá desnudarse de su condición de parte, y asumir la postura de *custos legis*, es decir, de fiscal de la ley, pudiendo solicitar la condena del acusado si tiene absoluta convicción que haya sido el autor de la infracción penal. De lo contrario, si hay duda, ésta prevalecerá en favor del reo, aplicando el aforismo latino que determina el *in dubio pro reo*.

Cabe destacar que, en un Estado Constitucional de Derecho, nunca podrá existir la *inversión del onus de la prueba*, es decir, el acusado en un proceso penal no deberá probar su inocencia, ya que la prueba de la culpa cabrá, exclusivamente, al órgano acusador oficial, es decir, la Fiscalía.

El principio de contradicción deberá observarse. El acusado deberá tener acceso a todo aquello que está siendo presentado en su contra en el Juicio. Deberán conocer todas las pruebas. Deberá también tener la posibilidad de escuchar a todos los testigos. En resumen, el proceso se compone de partes, por lo que las partes deben tener el mismo trato.

Del mismo modo, la defensa jurídica es un derecho de los acusados, que pueden aportar a la Corte todo lo que resulta necesario, aunque, como hemos dicho, no le cabe probar su inocencia, sino a la fiscalía, que tratará de demostrar que es el autor del hecho típico, ilegal y culpable.

En conclusión, el acceso a la Justicia, el derecho de ser juzgado con imparcialidad, por un poder independiente, que garantice el principio del contradictorio y la amplia defensa que refuerza las bases de un Estado de Derecho.

4.3.1. La idea de Justicia Penal

Incluso en el siglo XXI, la justicia sigue siendo un ideal a alcanzar. Parece que nos encontramos frente a un concepto casi inalcanzable. Ello obedece a que, en relación al proceso, sea civil o penal, por regla general, una de las partes no quedará satisfecha con la decisión, albergando un sentimiento de “injusticia”. Incluso la parte vencedora, en el caso de que su petición no haya sido completamente satisfecha, albergará ese mismo sentimiento.

En cuanto a nuestro tema, es decir, en relación con el sistema penitenciario, que siempre implica la comisión de infracciones penales, cuando alguien es víctima de un delito, especialmente los más graves, si en algún momento puede desahogarse, probablemente dirá que lo quiere es que "se haga justicia”.

Entonces, ¿qué es la Justicia? *Ab initio*, la Justicia presupone una interpretación; es decir, en toda sociedad habrá normas que deberán ser observadas por todos, indistintamente. Cuando alguna de esas normas es desobedecida, se abre la posibilidad de aplicación de la ley. Difícilmente la Justicia podrá satisfacer a ambas partes, implicadas en un conflicto, especialmente si nos encontramos frente a un delito. Para la víctima, o incluso sus familiares, siempre la pena impuesta al condenado será insuficiente; para el condenado, siempre la pena se considerará exagerada.

Si bien esto es cierto, la Justicia está en el equilibrio. No podemos olvidarnos que los Jueces son los que tienen como misión establecer la justicia del caso concreto, tratando de "dar a cada uno lo suyo”. Sin embargo, como sabemos, los jueces son humanos y, por lo tanto, falibles.

Salomón, para suceder en el trono a su padre, el Rey David, le pidió a Dios que le diera ese entendimiento para discernir lo que es justo, a fin de que pudiese juzgar con sabiduría su pueblo. Dios atendió la oración de Salomón, y le dio un corazón sabio e inteligente, como nunca había existido antes, ni habría igual después.⁸¹ Una demostración de esa sabiduría se encuentra en el juicio de una

⁸¹ Biblia de Estudios Ginebra, 1 Reis, Capítulo 3, versículos 8 a 12.

causa presentada al rey Salomón por dos meretrices. Dice la Biblia que las dos vivían juntas en una misma casa y ambas habían dado a luz a sus hijos. En una determinada noche, una de ellas se adormeció sobre el niño, matándole. Al comprobar que su hijo había muerto, cambió su bebé por el de su compañera de habitación, poniendo al niño muerto en los brazos de la otra madre. Esta última, al levantarse por la madrugada a fin de amamantar a su hijo, encontró que el niño colocado a su lado estaba muerto y al día siguiente, por la mañana, se dio cuenta de que aquél no era su hijo. Surgió, por tanto, una discusión entre ellas, ambas reivindicando al niño que estaba vivo. Los hechos se presentaron al rey Salomón, quien, incapaz de averiguar la verdad de lo que había sucedido en realidad, determinó que se le diera una espada, con la que dividiría al niño por la mitad, entregando una mitad a cada una de las dos mujeres. La verdadera madre, al oír esa sentencia, desesperada, demostrando un amor inigualable por su hijo, imploró que el niño permaneciese vivo, aunque se le otorgara a la otra mujer. La otra, al oír la decisión, no se inmutó. Con sabiduría, Salomón pudo reconocer quién era la verdadera madre, y entregó el niño a aquélla que lo quería vivo.⁸²

En la mitología griega, Temis era la guardiana de los juramentos de los hombres y de la ley, siendo habitual su invocación en los juicios que se realizaban ante los magistrados, lo que la llevó a ser conocida como la “diosa de la justicia”. Al principio, Temis era representada como una divinidad de la mirada austera, pues sus ojos aún no estaban vendados. Sujetaba, en una de sus manos, una balanza, simbolizando el equilibrio en la decisión, y/o un cuerno de la abundancia, que era una vasija en forma de cuerno, con abundancia de frutas y flores, que simbolizaba la fertilidad. Fueron los artistas alemanes del siglo XVI quienes introdujeron la venda en sus ojos, simbolizando la imparcialidad de la Justicia, para no tratar de manera diferente a los litigantes, ya sean ricos o pobres, poderosos o humildes, grandes o pequeños. Sus decisiones se basan únicamente en la sabiduría de las leyes que deben aplicarse a todos, sin distinción.

En lo que se refiere al simbolismo existente en la balanza que sujeta una de las manos de esta supuesta “diosa de la justicia”, Ana Messuti apunta que: “La

⁸² Biblia de Estudios Genebra, 1 Reis, Capítulo 3, versículos 16 a 28.

balanza que se representa es la balanza griega, no la romana. ¿Por qué predomina en la imagen de la justicia la balanza griega, de dos platillos, y no la romana que tiene uno solo y una pesa invariable que se desplaza sobre un eje horizontal? Una explicación sería que no se trata de poner en relación un objeto con un peso determinado, sino de establecer una equivalencia entre dos objetos, o bien, la superioridad de uno frente al otro, partiendo del supuesto de que ambos son de la misma naturaleza. (En las representaciones del Juicio Final también aparece la balanza de dos platillos).

Este tipo de balanza es un instrumento que se presta fácilmente a falsificación. ¿Por qué entonces representar como instrumento para realizar un cálculo que se deseaba exacto una balanza que dejaba abierta la posibilidad de la inexactitud? Tal vez se deseaba representar no solamente lo que se esperaba alcanzar recurriendo a la justicia: el punto de equilibrio, la estabilidad del instrumento, sino lo que se deseaba que la justicia no hiciera: incurrir en parcialidad. En *La parcialidad*, de Bock (1610-1611), se observa la inclinación de uno de los platillos hacia el lado del que está poniendo en él un regalo, y figura una inscripción: ‘Bajo la apariencia de la justicia se inflige un daño al pobre aunque sea inocente, pues los regalos tienen más peso que las leyes’. Así como la balanza es un instrumento que inspira desconfianza, también la Justicia la inspira. Con la balanza en la mano no se representa a una Justicia justa. Se representa una Justicia que puede ser justa, pero también injusta”.⁸³

Un juez puede mandar a la cárcel a una persona inocente, o incluso dejar sin castigo a otro que merece ser condenado. En ambos casos, no se logra la justicia. Además, incluso si alguien ha sido condenado por un delito particular, si su pena resulta insuficiente, o incluso si se excede en su culpabilidad, poco se habrá realizado la Justicia.

También se considera injusto el cumplimiento de una pena en condiciones no determinadas en la sentencia. Si el reo fue, tan sólo, condenado a una pena

⁸³ MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*, p. 28.

privativa de libertad, colocarlo en un lugar indigno, sin las condiciones mínimas necesarias de supervivencia, también puede ser considerado como injusto.

En los siguientes epígrafes nos vamos a ocupar de algunas situaciones que afectan a la justicia o a la injusticia, es decir, que inciden en el análisis de la dignidad humana y en el sistema penitenciario

4.3.2. La justicia del tiempo como pena: el principio de proporcionalidad.

En la mayoría de las sociedades modernas que, de un modo u otro, se decidió a eliminar los castigos corporales, surgió un nuevo problema, es decir, el de la Justicia en la determinación del tiempo como pena.

¿Qué significa, por ejemplo, que un hecho que es considerado como un crimen en una sociedad determinada, reciba un castigo diferente en otra? ¿Por qué, en algunos ordenamientos jurídicos, un hecho penal se castiga con una pena simple de una multa, y en otros con la privación de la libertad?

A estas preguntas podemos contestar, aunque no absoluta, con el argumento de que son diferentes los valores para cada sociedad. Lo que para una determinada cultura puede ser relevante, para otra puede no ser tan importante. Un ejemplo, lo tenemos en el tema del aborto. En determinados ordenamientos jurídicos, no se castiga el aborto; en otros, se configura como delito penal de carácter grave, sancionable con una pena privativa de libertad.

De cualquier forma, cuando nos enfrentamos a una pena de privación de libertad, es decir, aquélla en virtud de la cual utilizamos el tiempo de vida del condenado como forma de castigo, debemos prestar una mayor atención a esa concepción tan fluida, tan abstracta, que es la Justicia. Nunca se podrá recuperar el tiempo perdido de un ser humano. Sus expectativas, sus proyectos, sus sueños, todo ello se verá frustrado si no puede disfrutar de su libertad. Como afirma, con

precisión, Mumford, “no se puede restituir el tiempo, como se puede restituir el dinero”.⁸⁴

La Justicia del tiempo como pena está estrechamente vinculada al concepto de proporcionalidad. A pesar de que los filósofos griegos, como Aristóteles, en su *Ética a Nicómano*, hicieran una correlación entre lo justo y lo proporcional, es en la obra de Beccaria donde el discurso de la Justicia de la proporcionalidad entra, definitivamente, en el razonamiento penal. En uno de sus brillantes pasajes, Beccaria afirma que “quienes establecieron la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mata un faisán, para quien asesina un hombre, o para quien falsifique un documento importante, no harán ninguna distinción entre estos crímenes”.⁸⁵ Efectivamente el recurso a la proporcionalidad es uno de los que nos acercan la realización de la justicia y en ese sentido cumple una función de garantía en las intervenciones del poder público mediante la pena. En este sentido afirma De la Mata Barranco⁸⁶ que “el principio de proporcionalidad se convierte en instrumento de ponderación real y material de la justicia en todas las diferentes categorías dogmáticas que reflejan el estado actual del Derecho penal, tanto en la teoría de la pena como también en la teoría del delito como, por supuesto, en la aplicación procesal de ambas”.

La discusión sobre la idea de pena proporcional, por tanto, no es nueva⁸⁷. Concretamente, a partir del siglo XVIII, destacando la obra de Beccaria, se han multiplicado los debates sobre las penas proporcionales. Señalamos también el Código de Hammurabi como el que, técnicamente, fue el primero en ofrecer una noción de proporcionalidad, aun cuando no se pudiese afirmar, con certeza absoluta, que el “ojo por ojo y diente por diente” cumplía rigurosamente esa función. La verdad es que los castigos desproporcionados provocan una sensación de injusticia. Desde niños, razonamos con la idea de castigo proporcional a nuestra desobediencia. La idea de proporción es innata al ser humano.

⁸⁴ L. Mumford. *Técnica y civilización*, p. 34.

⁸⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, Capítulo XXIII.

⁸⁶ Así lo recoge en *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch 2007, p. 133.

⁸⁷ Sobre la evolución de la idea y principio de proporcionalidad puede consultarse la monografía de MATA BARRANCO, Norberto. *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch 2007, p. 17 y ss.

Sin embargo, uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el Derecho Penal es, precisamente, el de encontrar una sanción proporcional, sobre todo cuando se trata de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, condenas intermedias que tratan de dar una respuesta al “mal” practicado por el agente infractor, pero con los ojos puestos en el principio de dignidad humana.

No resulta sencillo un razonamiento perfecto que tenga en cuenta que la severidad de la pena deba ser proporcional a la gravedad del delito, incluso porque, teniendo en cuenta el nivel actual de inflación legislativa, el excesivo número de tipos penales incriminadores hace cada vez más difícil el razonamiento de la proporcionalidad, ya que cada tipo merece su comparación en el ordenamiento jurídico-penal.⁸⁸

Podemos destacar dos momentos de adecuación obligatoria de la proporcionalidad de las penas⁸⁹. Inicialmente, el primer razonamiento sería llevado a cabo considerando las penas conminadas en abstracto. Como principio implícito, podemos extraer el principio de proporcionalidad del principio de individualización de la pena.⁹⁰ Cuando el legislador crea el tipo penal

⁸⁸ “Dado que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deberán demostrar al menos que el coste en derechos de la *suspensión* del conflicto mantiene una proporcionalidad como el grado de lesión que ha causado. Tenemos aquí el *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*. Con ese principio no se legitima la pena como retribución, ya que sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo y, por consiguiente, conserva intacta su irracionalidad. Simplemente se afirma que el Derecho Penal debe escoger entre irracionalidades, dejando pasar las de menor contenido; lo que no se puede es admitir que a esa naturaleza irracional del ejercicio del poder punitivo se agregue un dato de máxima irracionalidad, a través del cual se ven afectados los bienes legales de una persona en desproporción manifiesta a la lesión que causó” (Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, *in Direito penal brasileiro*, v. I, p. 230-231).

⁸⁹ El total proceso al que afecta el principio de proporcionalidad se encuentra expuesto con muchos más detalles y matices por MATA BARRANCO, Norberto. *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch 2007, p. 138 y ss. Respecto a estos dos momentos de la proporcionalidad en abstracto y en concreto este autor que acabamos de mencionar, indica: “En el caso del Derecho penal, por medio del principio se conectan los fines que informan el conjunto normativo con cada concreto hecho típico, rechazándose tanto el establecimiento de conminaciones penales –proporcionalidad abstracta– como la imposición de penas –proporcionalidad concreta– que carezcan de toda relación valorativa con él, contemplado en su globalidad, y desde la finalidad a que se aspira”. “La apuesta por un Derecho penal proporcionado”. *Nueva Doctrina Penal* n°1 (2008), p. 100.

⁹⁰ En lo que se refiere los principios constitucionales implícitos, a ejemplo de lo que ocurre con el principio de proporcionalidad, O. Sánchez Martínez, afirma que “la Constitución hace algunas referencias concretas al derecho penal. En ella se encuentran explícitamente contenidos principios de aplicación en el ámbito penal. Pero esos principios expresados, cuyo valor jurídico no parece

incriminador, prohibiendo o imponiendo un determinado comportamiento bajo la amenaza de una sanción de naturaleza penal, esta sanción deberá ser proporcional a la gravedad del mal producido por el agente con la práctica de la infracción penal.

El razonamiento de la proporcionalidad no resulta una tarea fácil, puesto que no podemos medir, exactamente, cuánto vale la vida, la integridad física, el honor, la libertad sexual, etc. Sin embargo, tal protección debe llevarse a cabo mediante una pena entendida como la más proporcional posible, considerándose el bien alcanzado por el delito.⁹¹

Prima facie, el legislador deberá ponderar la importancia del bien jurídico atacado por el comportamiento del agente para, en un razonamiento siguiente, intentar encontrar la pena que posea efecto disuasorio, es decir, que sea capaz de inhibir la práctica de aquella conducta ofensiva. Después de evaluar la importancia del bien jurídico-penal, que deberá merecer la protección mediante una pena que, aunque imperfecta, sea la más proporcional posible, a fin de disuadir a quienes pretenden violar el ordenamiento jurídico con ataques a los bienes protegidos por el mismo, el legislador deberá proceder a un estudio comparativo entre las figuras típicas, para que, una vez más, se realice el razonamiento de la proporcionalidad bajo un enfoque de comparación entre los diversos tipos que protegen bienes jurídicos diferentes.

Si el legislador es el primer responsable por el razonamiento de la proporcionalidad, considerando abstractamente la infracción penal por él creada, el segundo responsable será el juez, a partir de que la comisión de la infracción penal esté prevista en la normativa. Como bien observa E. Vaello Esquerdo, se trata de un principio que tiene un doble destinatario, ya que va dirigido tanto al

ofrecer dudas, no son los únicos contemplados por la dogmática penal. También son derivados de preceptos constitucionales principios implícitos. La formulación de estos principios proviene de su contenido coherente con otras reglas y principios formal y expresamente vinculados a fuentes” (Olga Sánchez Martínez, *en Los principios en el derecho y la dogmática penal*, p. 84).

⁹¹ “El hecho de que entre la pena y el delito no exista ninguna relación natural no exime a la primera de ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una sea realizada por el legislador y por el juez con *relación a la naturaleza y a la gravedad del otro*” (Luigi Ferrajoli, *en Direito e razão*, p. 320).

legislador como al juez. El primero en el sentido de exigirle que, al elaborar las leyes, establezca penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito, y al segundo para que, en el momento de aplicarlas, imponga sanciones acomodadas a la concreta gravedad del delito ejecutado, haciendo uso del margen de discrecionalidad que dispone.⁹²

El bien jurídico posee, en teoría, un determinado valor, y ese valor es evaluado por el Derecho Penal, mediante una sanción previamente establecida en la ley penal. En el caso concreto, el juez deberá, siguiendo un proceso de individualización de la pena, encontrar la proporcional al mal practicado por el autor del delito.

Son, por tanto, dos los momentos de adecuación de la proporcionalidad en su consideración práctica: el primero, a través de las penas conminadas en abstracto y el segundo, de las penas aplicadas al caso concreto. Sin embargo debe advertirse que la concepción amplia del principio de proporcionalidad implica la toma en consideración de momentos previos como la idoneidad de la sanción, su necesidad y, finalmente la proporcionalidad en sentido ya estricto⁹³. Incluso se señala la primacía de la idea de proporcionalidad que condicionaría el resto de los criterios de la intervención penal, no pudiendo eludirse ni por razones preventivas ni por razones retributivas⁹⁴

Así, se producirá la Justicia del tiempo como pena cuando haya proporcionalidad entre, en primer lugar, la gravedad del hecho previsto en abstracto por la infracción penal, y la pena a ella conminada, así como, en virtud del comportamiento delictivo efectivamente practicado por el agente, y la pena que le sea aplicada, pues, como bien observa Ana Messuti, “la pena en cuanto excede de la justa medida (¿Y cuál es la justa medida?) es un mal injustificable. Esta parte excesiva de la pena no se encuentra amparada ni en la norma jurídica ni

⁹² ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*, p. 43.

⁹³ MATA BARRANCO, Norberto. “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 2007, p. 178.

⁹⁴ MATA BARRANCO, Norberto. “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 2007, p. 183.

en la norma moral. Es pura infracción”.⁹⁵ En definitiva, la vigencia real del principio de proporcionalidad contribuye a dotar de contenido material a la actividad punitiva y al modelo mismo de Estado, como ha dejado indicado el Prof. De la Mata Barranco.⁹⁶

4.3.3. La víctima y el condenado: concepciones antagónicas de Justicia

Aunque se intente llegar a un *quantum* razonable de la pena, buscando el principio de proporcionalidad, nunca habrá un acuerdo. La propia existencia de penas diferentes, en los diversos ordenamientos jurídicos, ya es una demostración de la dificultad de encontrar un número exacto.

Esta imposibilidad radica en el hecho de que nunca podremos, por ejemplo, medir el dolor de alguien que fue agredido físicamente, o de aquella mujer que fue víctima de un delito de violación. No hay como transformar ese dolor, esa violación a un bien jurídicamente protegido, en cantidad de privación de libertad. Lo máximo que podemos hacer es intentar, de acuerdo con algún criterio de proporción, encontrar una pena que sirva para castigar al agresor, es decir, retribuir el mal que haya causado. Todo razonamiento es un intento de preservar la dignidad de la persona humana, ya sea ella la propia autora de la infracción penal, o incluso la víctima. En relación a la Justicia del tiempo de pena en el momento de fallar y prevenir la comisión de infracciones penales, hay dos concepciones que son antagónicas.

Por un lado, tenemos a la víctima, es decir, la que sufrió la práctica de la infracción penal. Para ella, en casi todos los casos, la pena aplicada al infractor será siempre insuficiente, es decir, siempre resultará corto en relación al sufrimiento que haya experimentado. Para la víctima, por elevada que sea la pena infligida al condenado, nunca será suficiente si se compara con el daño que ha sufrido. Tomemos, por ejemplo, lo que sucede con una mujer que fue víctima de un delito de violación, o de alguien que quedó tetrapléjico, tras ser atropellado por

⁹⁵ MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*, p. 66.

⁹⁶ “La apuesta por un Derecho penal proporcionado”. *Nueva Doctrina Penal* n°1 (2008), p. 100.

un conductor ebrio que conducía un coche. Para esas personas, sancionar al agente con una pena de 3, 5, 8 o incluso 20 años, sigue siendo insuficiente. Pensemos en los familiares de la víctima de un delito de homicidio. Ellos nunca aceptarán la posibilidad de libertad futura del homicida.

En estos casos, como se percibe, para la víctima, o para las personas cercanas, la pena será siempre insuficiente. Por eso, piden una “Justicia” que haga que el agente reciba una sanción que determine una privación casi perpetua de libertad. Su satisfacción es saber que los que cometieron la infracción penal habrán perdido su tiempo restante de vida.

Por otra parte, tenemos al condenado, es decir, aquél que por haber cometido un hecho típico, ilegal y culpable fue condenado a cumplir una determinada pena de privación de libertad, es decir, tiene que perder gran parte de su vida prácticamente aislado de otros miembros la sociedad, de los que fue separado por el propio Estado.

Para quien cumple pena, el conteo del tiempo es diferente de quien se encuentra fuera de las rejas, que sigue teniendo su vida en sociedad *extra muros*. Podemos imaginar una situación sencilla, pero que retrata, aun de manera distante, la realidad de la cárcel, como sería el caso de alguien que no pueda moverse libremente. Podemos imaginar la posibilidad de que alguien, por un motivo determinado, haya quedado “encerrado” dentro de su propia residencia, con todo el confort posible. Imaginemos que esa persona, no tenga posibilidad de comunicarse con el mundo exterior (por no tener teléfono, por residir en lugar apartado de los centros urbanos etc.), haya sido “condenada” a permanecer presa durante todo un fin de semana, hasta que sus parientes regresasen a casa.

El simple hecho de no poder salir, de tener su derecho de libertad limitado, causa una profunda ansiedad. Ahora, ¿qué podríamos decir de quien no fuera condenado a cumplir algunos, o incluso muchos años de prisión, situándole en un entorno hostil, donde no conoce a las personas que le rodean allí?

Algunos programas de televisión, -aunque no haya sido esa la finalidad,- han sido capaces de retratar, parcialmente, lo que sucede cuando algunas personas están confinadas en un determinado lugar. Así, un grupo de personas es visto durante las 24 horas por una población curiosa por conocer todos sus movimientos, toda su intimidad. A lo largo de los días, las personas cada vez se van volviendo más hostiles; el tiempo en el interior de aquel lugar no parece pasar; los nervios van aflorando y, por cualquier motivo, surgen discusiones e incluso agresiones físicas y/o morales.

Todo esto permite aproximarnos –aunque lejanamente- a lo que sucede en la cárcel. Obviamente, las proporciones son incomparables. Permanecer durante años en una celda muy pequeña y maloliente, sin agua corriente, teniendo que hacer sus necesidades fisiológicas en presencia de todos, lejos de sus amigos y familiares, impedido de ver la luz del sol durante casi todo el día, es muy diferente de estos programas de televisión, donde las personas, aunque confinadas, tienen todas las comodidades posibles.

La comparación, por tanto, es sólo para demostrar la ansiedad que causa la sensación de privación de libertad. De ese modo, ¿cómo el condenado a la privación de libertad entiende la Justicia del tiempo como pena? Para él, la restricción a su libertad siempre será demasiada, sin importar el tiempo, o incluso la infracción penal que haya cometido. La Justicia se encuentra en el equilibrio. Ni penas que resultaran ridículas, si se las compara con el mal provocado por el comportamiento delictivo del agente, ni tampoco penas excesivas, que sólo servirían para desfigurar al ser humano. Para que podamos encontrar este equilibrio, debemos trabajar tanto con el principio de proporcionalidad, como con el principio de razonabilidad.

4.4. El principio de libertad

El término libertad tiene origen del latín *libertas-atis* y, entre otras definiciones, se refiere a la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una

manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; estado o condición de quien no es esclavo; estado de quien no está preso; falta de sujeción y subordinación; prerrogativa, privilegio, licencia; exención de etiquetas etc.⁹⁷

Como podemos observar, la libertad puede entenderse de muchas maneras, desde la simple libertad de comportarse de forma antisocial, incluso la de practicar un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico. Cada ejercicio de este derecho de libertad puede acarrear varias consecuencias.

Así, por ejemplo, aquél que, a sabiendas de su conducta antisocial, se porte mal en un restaurante, recibirá una respuesta de sus compañeros que, probablemente, lo excluirán de las próximas reuniones, no le convidarán a participar en celebraciones en aquellos lugares etc. Por otro lado, aquél que, extrapolando su derecho de libertad, practica un comportamiento contrario, por ejemplo, al ordenamiento jurídico-penal, podrá ser privado de su derecho de ir, venir y permanecer donde ellos quieran. Es en ese sentido, es decir, el de la libertad, o incluso del exceso de libertad, lo que se valora con respecto a las consecuencias jurídicas (de naturaleza penal), que trataremos en esta investigación.

La libertad, uno de los tres principios universales de la revolución francesa, junto con la fraternidad y la igualdad, es uno de los pilares básicos de los derechos humanos⁹⁸. La libertad es, por tanto, un derecho inherente al ser humano, que sólo puede ser privado de ella en situaciones excepcionales.⁹⁹

⁹⁷ Diccionario de la lengua española – Real Academia Española, p. 1372-1373

⁹⁸ “La idea de los derechos humanos converge hoy de forma unitaria en el aspecto de considerar que todo ser humano es libre por nacimiento, es decir, que nace con un derecho moral a la libertad. El ser humano únicamente puede realizarse a sí mismo en libertad personal, libertad de ser y de llegar a ser libre. Todo ser humano tiene el mismo derecho a la libertad. Cada uno de los derechos basados en la dignidad y libertad del ser humano garantiza la vida, su seguridad, la propiedad, y su libertad religiosa y de pensamiento – por sólo citar las consecuencias más importantes de cara a la vida política -. Tales derechos forman la base de la que deriva la multiplicidad de los derechos fundamentales, social, política e económicamente inalienables, que hacen posible la vida de acuerdo con cada una de las concepciones del ser humano” (OESTREICH, Gerhard. *La idea de los derechos humanos a través de la historia*. Pasado y presente de los derechos humanos, p. 25).

⁹⁹ [La] “La] “sociedad contemporánea, cuyas raíces están en el Occidente del siglo XVIII, tiene como inspiración original la idea de libertad. En la cosmovisión que vino a predominar en el ‘mundo civilizado’, es decir, Europa Occidental, a mediados de los años setecientos, sin duda tiene

La historia ha dejado un rastro de cadáveres incontables que se rebelaron contra el Estado que, a toda costa, quiso privarles arbitrariamente de su libertad. Es cierto que el hombre es un ser social, es decir, necesita vivir en sociedad, y, por consiguiente, necesita compartir su espacio con otros. Para que esa convivencia sea la más pacífica posible, nuestro derecho a la libertad no puede ser absoluto, bajo pena de prevalecer el caos.

No existe, por tanto, un derecho absoluto de libertad, que puede y debe ser limitado a favor del bien común y de la paz social. Nos adherimos a la opinión de M. Otero Parga al subrayar que cuando decimos que el individuo debe ser libre nos referimos a todos los individuos y no sólo a unos pocos. Y precisamente por ello es necesario que la sociedad imponga limitaciones a la libertad absoluta de cada ser humano con la finalidad de poder alcanzar y garantizar la de todos, logrando la paz, la justicia, la seguridad, el orden y el bien común. Pone de relieve que la libertad, por tanto, deja de ser absoluta, pero esta disminución debe realizarse, en una sociedad democrática, únicamente a través de las leyes y respetando en todo caso el principio de legalidad. Ya que sólo si hace de este modo tiene sentido privar al hombre de parte de aquello que le corresponde. Tiene sentido porque la merma se fundamenta en un fin superior que es la consecución de una sociedad en la cual se respeten y garanticen los derechos de todos y no, primordialmente al menos, los de aquellos que tengan más fuerza para hacerlos valer.¹⁰⁰ Así, existe necesidad de que nuestra libertad sea, de alguna forma, limitada, lo que no anula su concepto original, es decir, de que el hombre nació para ser libre.

Libertad y limitación al derecho de libertad son como las dos caras de una misma moneda. Solo se puede ser verdaderamente libre si esa libertad no es

primacía la idea de libertad. Pero la libertad considerada como autonomía de la conducta individual – la ‘libertad de los modernos’ en la famosa fórmula de Constant y no la libertad como participación en las decisiones políticas, la ‘libertad de los antiguos’. La idea de derecho que entonces se generaliza, y que inspira las revoluciones Americana y francesa, está marcada por la preocupación por la libertad, que se conoció como ‘liberal’ (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e constituição*, p. 1).

¹⁰⁰ OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 53-54. Vid. también SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los valores superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*. Madrid, Dykinson-Universidad de Burgos, 1997.

absoluta, puesto que, caso contrario, prevalecería la ley del más fuerte, y el derecho del más débil siempre sería arbitrario y quedaría paralizado injustamente.

Existen, por tanto, reglas básicas de convivencia, impuestas por el hipotético contrato social, que deben ser respetadas. La desobediencia a algunas de ellas, consideradas las más graves e importantes, podrá, incluso, ocasionar la privación de la libertad de aquél que la violó, pudiendo ser limitado su derecho de ir, venir o permanecer. En ese último caso, sólo el Estado, a través de sus normas, puede hacer que uno sea privado de esa libertad ambulatoria. Esta privación, sin embargo, no puede ser arbitraria, tiránica, debiendo determinarse solamente en casos extremos.

Lamentablemente, la historia demuestra que quien detenta el poder, normalmente tiende a abusar de él. Por eso, hay necesidad de limitar ese mismo poder, limitación que deberá llevarse a cabo mediante un instrumento donde prevalezca la voluntad soberana del pueblo, es decir, la ley.¹⁰¹ La ley, por tanto, es la manera como el pueblo, a través de sus representantes, crea las reglas de convivencia social, así como las sanciones por su incumplimiento. El Estado, desde esa visión legal, deja de ser un opresor tiránico, para ser un representante, un organizador de la voluntad popular, y el único responsable de ejecutar, es decir, de hacer valer la voluntad del pueblo manifestada a través de la ley.

La ley es considerada ahora como una manifestación de la libertad popular, libertad que llega hasta el punto de consentir en su propia privación, ya que, cuando se convive en sociedad, nadie puede hacer todo lo que quiera, es decir, el sujeto es verdaderamente libre cuando él mismo reconoce, también, el derecho a la libertad de los demás,¹⁰².

¹⁰¹ Montesquieu, en el capítulo 3, del Libro 11, de la *O Espiritu de las Leyes*, afirmaba que en una sociedad donde hay leyes, “la libertad es el derecho de hacer todo que las leyes permiten. Si un ciudadano pudiese hacer lo que ellas prohíben, él ya no tendría libertad, ya que los otros tendrían igualmente ese poder”.

¹⁰² “No puede existir un auténtico amor a la *libertad*, sin que exista un paralelo respeto al *orden*. La seguridad que proporciona el orden es la plataforma segura que nos permite alcanzar elevados niveles de independencia. Toda convivencia exige una ecuación entre estas dos variables libertad y orden-seguridad. Se suele ensalzar la primera parte de la ecuación, la dimensión positiva la libertad y postergar la segunda, más negativa, por considerar al orden menos relevante. Vivir en

Debido a este ideal libertario, los revolucionarios del siglo XVIII indicaron en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que la ley es la expresión de la voluntad general (art. 6º), y que los hombres nacen y son libres e iguales en derechos, de manera que las distinciones sociales solamente pueden fundamentarse en la utilidad común (art. 1º). La libertad, como un ideal a perseguir, consiste en no hacer todo lo que pueda perjudicar al próximo. De esa forma, como explica el art. 4º de la mencionada Declaración, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene límites, salvo los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos, de forma que los límites sólo pueden ser los determinados expresamente por la ley. Para que exista verdaderamente la libertad, la ley no puede prohibir conductas que no sean perjudiciales a la propia sociedad, pudiendo el sujeto hacer todo lo que la ley no prohíba o incluso dejar de hacer todo lo que ella no manda.

Como se percibe, libertad y ley son términos estrechamente relacionados. No existe libertad sin ley, pues se degeneraría en anarquía, lo que acabaría con el propio concepto de libertad. Por otro lado, no existe ley sin libertad, ya que la ley es fruto de la suma de las libertades, es decir, la ley solamente existe como resultado de la suma de las libertades que la crearon. Así, podemos afirmar que el principio de legalidad, pilar fundamental en el llamado Estado de Derecho, es la que, efectivamente, permite el reconocimiento y el ejercicio del derecho de libertad.

En las sociedades pos-modernas, existentes en los países en desarrollo o subdesarrolladas, este concepto de libertad adquirió una nueva connotación. No se habla aquí, tan sólo, de libertad de ejercicio de derechos, sino de la imposibilidad casi absoluta de ejercer esos derechos, teniendo en cuenta la completa ausencia del Estado Social. En términos más claros, no se puede hablar de libertad cuando la población no posee, por ejemplo, las mínimas condiciones existenciales. No

sociedad comporta una serie de derechos pero también una serie de responsabilidades hacia el grupo. El valor de la libertad tiene que venir acompañado de una responsabilidad de nuestro comportamiento hacia los demás. Si viviéramos solos nuestra libertad se podría proyectar al infinito sin hallar obstáculos, pero como vivimos en comunidad nuestra libertad se debe encauzar dentro del conjunto de la sociedad". GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Cárcel electrónica* – bases para creación del sistema penitenciario del siglo XXI, p. 9.

existe libertad donde no hay dignidad. No existe libertad donde no se tiene derecho a la salud, educación, ocio, habitación, alimentación, en definitiva, derechos básicos inherentes a todo ser humano. Además del vínculo entre libertad y ley, no podemos olvidarnos de la estrecha relación que existe entre libertad y dignidad de la persona humana.

Modernamente, la libertad ha sido analizada en dos bloques de clasificación. Por un lado, las libertades positivas; por el otro, las libertades negativas.¹⁰³ Como acertadamente expone A. de Julios Campuzano “la conceptualización de la libertad en la tradición liberal como libertad “negativa” –esto es, como una situación de no impedimento, de ausencia de interferencia o de restricción sobre las posibilidades de movimiento o actuación- suscita la necesidad de plantearse algunas cuestiones acerca de lo adecuado de esta calificación”¹⁰⁴. Sin embargo, no podemos extendernos ahora en el rico debate acerca de los sentidos de la libertad. Nos limitamos a mostrar nuestra conformidad con Julios Campuzano cuando afirma que “El nuevo concepto de libertad se abrirá camino en el seno del individualismo entendido como movimiento dirigido a afirmar la personalidad humana en todas sus manifestaciones, independizándola de los vínculos que la subyugan, del imperio opresivo de la autoridad y de la tradición”¹⁰⁵.

Existe, también, otra clasificación de las libertades como es la que diferencia entre libertad formal y libertad material. Por libertad formal podemos entender la libertad de naturaleza jurídica, es decir, la ausencia de normas que impidan a

¹⁰³ M. Otero Parga, disertando sobre el tema, aclara que: “Se entiende por la primera, esto es por la positiva, todo lo relacionado con la autonomía de la voluntad. Es decir lo referente a poder ordenar las acciones de acuerdo con las normas que el sujeto se dicta a sí mismo. Mientras que la segunda, la negativa, se refiere al ámbito en el cual el sujeto puede actuar sin interferencias. Es decir la inexistencia de obstáculos para la acción del sujeto. De este modo, la libertad positiva se manifiesta en la esfera de lo legalmente ordenado, mientras que la negativa en la de lo legalmente permitido (OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 60).

¹⁰⁴ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo*. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997, p.17. Y continúa añadiendo que “la libertad moderna entendida como independencia individual, afirmación de la esencia del individuo frente a intromisiones e injerencias, adquiere carta de naturaleza con la noción de persona que abre paso al individualismo”.

¹⁰⁵ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *Ibidem*.

alguien realizar un determinado comportamiento. En derecho penal, por ejemplo, es lícito realizar todas las conductas que no estén expresamente prohibidas por la ley. Que el comportamiento sea antisocial, es decir, contrario a las reglas sociales de convivencia, no impide que el agente lo practique.

La libertad material, o real, es también conocida como la libertad práctica, y, de acuerdo con lo que apunta Milagros Otero Parga, es “la que se produce cuando un individuo carece de impedimentos de carácter personal para hacer algo. Este tipo de impedimentos pueden ser muy diversos, englobando también los motivos económicos, sociales, culturales, técnicos etc. De hecho, la única condición para otorgarles esta condición es que imposibiliten o dificulten el grado elevado, la realización de la opción que se ha elegido. En este sentido un ser humano no tiene libertad para nacer ya que por sí mismo no puede elegir no hacerlo”.¹⁰⁶

5. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO PENAL

El principio de dignidad humana ha sido uno de los más debatidos a lo largo de los tres últimos siglos. Hoy día, la lucha en lo que se refiere la dignidad de la persona humana ya no se centra en su reconocimiento, sino en su efectiva aplicación práctica. Es un principio universal, reconocido incluso por aquellas naciones que minimizan su aplicación, o lo interpretan restrictivamente, como es común en los países donde aún existe un régimen dictatorial, sea de izquierdas o de derechas.

Sin embargo, antes de que analicemos la evolución histórica de la dignidad humana, es necesario explicar los diferentes significados del término dignidad. Nos adherimos a la tesis de J. González Amuchastegui, cuando afirma que la dignidad no es algo que se refiere solamente a los seres humanos, ya que el

¹⁰⁶ OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, p. 60-61.

término también se usa para referirse a situaciones en algunos Estados soberanos, como, por ejemplo el hecho de que esta o aquella posición política es ofensiva para la dignidad del pueblo haitiano, brasileño, español, etc. Del mismo modo, la dignidad puede referirse a ciertas situaciones que se producen en determinadas profesiones, como la medicina o incluso la política. En definitiva, el término dignidad se puede utilizar en varios sentidos. Sin embargo, de acuerdo con el enfoque de nuestro trabajo, nos vamos a circunscribir a la dignidad de la persona humana.¹⁰⁷

Vamos a partir del origen de la dignidad de la persona, como un valor que debe ser respetado por todos. Su raíz se encuentra en el cristianismo. La idea, por ejemplo, de igualdad y respeto entre hombres y mujeres, libres o esclavos, o mandamientos como el amor y la compasión con el prójimo, demuestran que el “verdadero” cristianismo, que se encarna en la persona de Jesús, es uno de los fundamentos de este edificio complejo de la dignidad humana.¹⁰⁸

¹⁰⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía* – una teoría de los derechos humanos, p. 420-421; *Vid.* también OTERO PARGA, Milagros. *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*, México, Edit. Porrúa, y Universidad Panamericana, 2006; y también, BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana algunas contradicciones”. *En Direitos Fundamentais e Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul -PUCRS-, Porto Alegre, (Brasil) HS Editora, Ano 2, nº 4, julio- septiembre, 2008, pp.40-60;

¹⁰⁸ Mencionamos el *cristianismo verdadero* porque los propios hombres, a lo largo de los años, fueron responsables de su modificación, con el fin de satisfacer sus deseos egoístas y crueles, como acaeció durante el período de la llamada “Santa Inquisición”, donde se cometieron innumerables atrocidades “en nombre de Dios”. Sin embargo, la base del cristianismo, es decir, la iglesia del Siglo I puede ser nuestro primer hito de estudio para el concepto de dignidad humana.

De hecho, el cristianismo puro, auténtico, verdadero, duró hasta que la iglesia fue perseguida. Desde el momento en que el Emperador Constantino, en el año 313, publicó el *Edicto de Tolerancia*, por medio del cual los cristianos lograron el favor imperial, con el consecuente cese de las persecuciones, dejó de ser una religión perseguida, y se convirtió en la religión oficial del Imperio romano. Sin embargo, lamentablemente, los rituales paganos, comunes a los romanos y a los griegos, fueron introducidos en aquella religión, de origen judaico, pulverizando, de esa forma, sus conceptos y principios fundamentales.

Conforme apunta N. de Oliveira Lima: “Incluso en las sociedades más desarrolladas de la época antigua, como Roma y Grecia, no había aún la noción determinante de una singularidad valorada del ser humano como ser en sí, desconectado del contexto social de la *polis* dominada por las aristocracias locales. Por ello, no resultaban tan distantes los Greco-romanos de sus pares egipcios, fenicios, semitas, etc., que pregonaban la misma noción del hombre atrapado en el sistema local y/o en los diseños de la naturaleza circundante que les suministraba materia a pesar del miedo por todas las catástrofes a las que estaban sujetas las personas en aquella época. El ser humano solamente empezó a ser valorado en sí, con voluntad propia, con independencia del contexto de la sociedad en la cual se insertaba, y como ser con destino espiritual y trascendente, con el cristianismo. Antes de él, sin embargo, el movimiento estoico ya lo consagraba como iniciativa de

Aunque sus orígenes se remontan a la antigüedad, el principio de dignidad humana es, básicamente, fruto de la evolución filosófica occidental, fundamentada en la individualidad, en la singularidad existencial, en la libertad y en el respeto de la vida, teniendo como función principal, por tanto, la valoración del hombre, considerado en sí mismo. Esta evolución obedeció más a la cultura y a las filosofías occidentales en virtud de la supremacía del hombre, individualmente considerado, sobre el todo social, a diferencia de lo que sucede, por regla general, en los países orientales, donde lo colectivo prevalece sobre lo individual.¹⁰⁹

Sobre el origen de la dignidad, G. Peces-Barba subraya que la dignidad humana no es un concepto jurídico como pueda serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político como Democracia o Parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo. La persona es un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición que suponen esa idea de dignidad humana en el punto de partida. Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica, al servicio de ese deber ser. Por eso, la dignidad no es

valorización del individuo y su singularidad frente al causalismo natural, recuperando una cierta parcela del pensamiento de Heráclito” (OLIVEIRA LIMA, Newton de. *O princípio da dignidade da pessoa humana: Análise de sua evolução história como abertura para a concretização no âmbito do direito civil brasileiro*. Disponible en <http://jusvi.com/artigos/36442/2>).

¹⁰⁹ N. de Oliveira Lima recuerda, con acierto, que “en la cultura oriental la noción de individualidad es tenue y frágil, puesto que se valora mucho más las aspiraciones sociales que el mantenimiento de la personalidad y del valor individual, contrapuesta al *totum* colectivista. Ejemplo de ello son los *kamikazes*, los guerreros japoneses que en la Segunda Guerra Mundial sacrificaron las propias sus vidas por la causa de su país, sin importar su existencia única frente a la necesidad de sacrificio en beneficio de su nación. Lo importante era la derrota de Estados Unidos de América y el mantenimiento de la concepción divina de la fuerza de su emperador, que representaba entonces la victoria de la sociedad nipona sobre la sociedad occidental. Con lo más acentuado colectivismo actuaban los guerreros suicidas, que buscaban un bien ideal más alto (en su concepción) que sus personas individuales. Recientemente, también, se observa que la cultura árabe valora la *Jihad* (“Guerra Santa”) e impone a muchos de sus fieles que sacrifiquen sus existencias individuales por la causa musulmana y por la derrota de la cultura del Occidente. Así ocurrió también en los tiempos de Mahoma y de la expansión de la cultura musulmana por las tierras del norte de África y del sur de Europa, donde millones de árabes murieron para expandir la fe y fortalecer su sociedad”. (Newton de Oliveira Lima in *O princípio da dignidade da pessoa humana: Análise de sua evolução história como abertura para a concretização no âmbito do direito civil brasileiro*. Disponible en <http://jusvi.com/artigos/36442/2>)

un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse. Genera a lo largo e la Historia, sobre todo a partir del tránsito a la modernidad, una reflexión sobre los medios para ser alcanzada, ya de esa reflexión surgirán los contenidos de la ética pública. No se puede reprochar la falacia naturalista, porque sus preceptos no derivan de la naturaleza o condición humana, sino de una mediación racional que estipula un deber ser para convertir a estos proyectos de dignidad en dignidad real”.¹¹⁰

Dando un salto en el tiempo, llegamos al período iluminista, al siglo de las luces, donde la luz de la razón iluminaba la oscuridad existente hasta aquel momento. Los siglos XVII y XVIII fueron de fundamental importancia no sólo para el reconocimiento efectivo, sino también para la consolidación de la dignidad humana como un valor que debía ser respetado por todos.

G. Peces-Barba destaca que la dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso. “Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso la dignidad humana es más un *prius*

¹¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, p. 68.

que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo”.¹¹¹

Conceptualizar *la dignidad humana* sigue siendo un enorme desafío. Ello obedece a que tal concepto se encuentra entre los considerados como *vagos e imprecisos*. Es un concepto, en efecto, que, desde su origen, se encuentra en un proceso de construcción. No podemos edificar un muro con la finalidad de darle contornos precisos, precisamente porque es un concepto abierto.

En muchas situaciones, sólo el análisis del caso concreto es lo que nos permitirá saber si hubo o no violación efectiva de la dignidad humana. Sin embargo, para el reconocimiento de este concepto, no debemos pasar por alto la diversidad histórico-cultural que reina entre los pueblos. Así, lo que en una determinada cultura puede ser concebido como una violación flagrante de los derechos a la dignidad del ser humano, en otra puede ser reconocido como una conducta honorable. Tenemos el ejemplo de lo que sucede con la costumbre radicada en ciertas regiones de África, donde se practica la llamada *escisión*, que consiste en la mutilación del clítoris y de los pequeños labios vaginales, o la *extirpación mínima*, utilizada también en Indonesia, donde se retira el *capus del clítoris*.¹¹²

También cabe citar la pena de muerte, tal como sucede en la mayoría de los estados norteamericanos, reconocida por la Suprema Corte de ese país, que solamente discute sobre los medios a través de los cuales esta pena se puede aplicar, etc.¹¹³

¹¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, p. 66-67

¹¹² Celuy Roberta Hundzinski Damasio, en *Luta contra a excisão*, publicada na Revista Espaço Acadêmico, Ano I, n. 03.

¹¹³ “Hasta que punto la dignidad no está por encima de las especificidades culturales, que, muchas veces, justifican actos que, para la mayor parte de la humanidad son considerados perjudiciales a la dignidad humana, pero que, en algunos sectores, se consideran legítimos, encontrándose profundamente arraigado en la práctica de algunas comunidades sociales y jurídicas. En efecto, aun cuando pudieran tener el concepto de dignidad universal, es decir, común a todas las personas en todos los lugares, no habría manera de evitar un desajuste e incluso antagonismo cada vez que se tuviera que evaluar si una determinada conducta es, o no, ofensiva a la dignidad”(SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 55-56).

Sin embargo, aunque de difícil traducción, nos podemos esforzar por tratar de construir un concepto de dignidad humana entendida ésta como una cualidad que integra la condición humana, y, en muchas situaciones, también considerada como indispensable e inalienable. Es algo inherente al ser humano, un valor que no se puede suprimir, debido a su naturaleza. Hasta el más vil, el hombre más detestable, el criminal más frío y cruel es portador de este valor.¹¹⁴

5.1. La concepción normativa de la dignidad humana

El siglo XX, especialmente después de las atrocidades cometidas por el nazismo, fue testigo de la consolidación del principio de dignidad humana, así como de su formalización en los textos de las constituciones, principalmente en las democráticas.¹¹⁵

¹¹⁴ Adoptamos la definición propuesta por Wolfgang Ingo Sarlet, que trata de condensar algunos de las ideas más utilizadas para definir el concepto de la dignidad humana, como "la calidad inherente y propia de cada ser humano que merece el mismo respeto y consideración por el Estado y la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales tanto para garantizar a la persona contra cualquier acto de naturaleza degradante e inhumano, como para garantizar el mínimo existencial de una vida saludable, además de proporcionar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de su propia existencia y la vida en comunión con otros seres humanos (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60).

¹¹⁵ Conviene que reproduzcamos las consideraciones que llevaron a la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, *verbis*:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

De todos los principios fundamentales que se fueron conquistando a lo largo de los años, sin duda alguna, se destaca, entre ellos, el principio de dignidad humana. Se refiere, sin embargo, como ya hemos dicho antes, a uno de los principios más fluidos, más amplios, más abiertos, que pueden ser tratados no sólo por el Derecho Penal, sino también por las otras Ramas del ordenamiento jurídico.

En el ámbito penal, el principio de dignidad humana sirve como principio rector de muchos otros, tal como sucede con el principio de individualización de la pena, de la responsabilidad personal, de la culpabilidad, de la proporcionalidad etc., en el que buscan su fundamento de validez.

Las Constituciones democráticas, por regla general, prevén expresamente el principio de dignidad humana, que debe entenderse como principio norteador, destinado a orientar todo el sistema. Así, por ejemplo, al legislador infraconstitucional le estaría prohibido crear tipos penales incriminatorios que atentaran contra la dignidad de la persona humana, quedando prohibida la conminación de penas crueles, o de naturaleza aflictiva, como los azotes, las mutilaciones, etc. Del mismo modo, estaría prohibida la institución de la tortura, como medio para obtener la confesión de un acusado (por muy grave que fuese la infracción penal cometida).

Así, podemos afirmar con L. Rebollo Delgado que “hemos de tener en cuenta, que la dignidad humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraría también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La asamblea general proclama:

La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

individuo”,¹¹⁶ debiéndose declarar la nulidad de cualquier disposición legal que contradiga el valor fundamental inherente a todo ser humano.

Por otro lado, aun cuando la dignidad de la persona humana no hubiese sido elevada al estatus de principio constitucional expreso, pondría en duda su calidad de principio implícito, derivado del propio Estado Democrático de Derecho, capaz todavía de contrastar la validez de las normas de nivel inferior.

5.2. La desobediencia al principio de dignidad humana por el propio Estado

Aunque el principio de dignidad humana, en muchos países, tenga un reconocimiento constitucional, no son raros los casos de su violación por el propio Estado. Así, quien debería ser el mayor responsable de su observancia, acaba transformándose en su mayor infractor.

La Constitución Brasileña y la Constitución Española reconocen, respectivamente, por ejemplo, el derecho a la salud, educación, vivienda, ocio, alimentación, en definitiva, derechos mínimos, básicos y necesarios para que el ser humano tenga una condición de vida digna, es decir, un mínimo existencial. Sin embargo, en mayor o menor grado, esos derechos son descuidados por el Estado. Tomemos, por ejemplo, lo que sucede con el sistema penitenciario brasileño. Individuos que fueron condenados al cumplimiento de una pena privativa de libertad se ven afectados, cada día, en su dignidad, enfrentándose a problemas como los del hacinamiento de las cárceles, las palizas, la falta de programas de rehabilitación, la falta de atención médica, etc. La reinserción posterior a su salida es una tarea casi imposible porque no existen programas gubernamentales para su reinserción social, además del hecho de que la sociedad no perdona el que ya fue condenado por haber cometido una infracción penal.

En lo que se refiere al sistema penitenciario, como se ha señalado, parece que la falta de respeto a la dignidad de la persona por parte del Estado es aún más intensa. Parece que, además de las funciones que, generalmente, se atribuyen a las

¹¹⁶ DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*, p. 18.

penas, es decir, para reprobar a quien cometió el crimen, así como prevenir la práctica de futuras infracciones penales, el Estado quiera vengarse, como se hacía en un pasado no muy lejano, del infractor, haciendo que se arrepienta amargamente por el mal que practicó ante la sociedad en la cual se encontraba inserto.

El incumplimiento, por el delincuente, del “contrato social” parece despertar la furia del Estado, que pasa a tratarlo con desprecio, olvidándose de que es portador de una característica inseparable de su persona, es decir, su dignidad.

El Estado deja de observar el principio de dignidad humana incluso dejando de hacer algo para preservarlo. El sistema penitenciario, nuestro tema principal, es un ejemplo clásico de este razonamiento. Tomemos lo que sucede, en muchas cárceles de Brasil, donde los reclusos son golpeados por sus propios compañeros de celda y el Estado (representado, allí, por sus funcionarios), que debería protegerlo, no hace nada para evitar esta paliza, ya que, en el fondo, aprueba que los presos se golpean entre sí, o incluso causen la muerte de los demás.

No es raro que los funcionarios públicos, que deberían mantener el orden, la disciplina y la legalidad de los comportamientos dentro del sistema penitenciario practiquen todo tipo de crímenes contra los que, ellos mismos, deberían proteger. Existen innumerables casos de violación en la cárcel, palizas por diversión, o incluso para obtener una confesión, substracción de bienes de los presos, situaciones de vergüenza de los familiares que, en situación de inferioridad, vayan hasta el establecimiento penitenciario para visitar a sus seres queridos que, por desgracia, entraron en la vida del crimen. En este último caso, son muy comunes los controles considerados como vejatorios, es decir, los que colocan al inspeccionado en una situación de extrema humillación.

En Brasil, las mujeres que tengan intención de visitar a sus parientes o amigos, que se encuentran presos, se ven obligados a desnudarse y agacharse, desnudas, con el fin de ser controladas por los funcionarios del sistema penitenciario, para que no oculten dentro de sus propios cuerpos algún elemento de los prohibidos. Por otro lado, no es raro, en el sistema penitenciario brasileño,

que parientes o amigos de presos lleven, de manera ilegal, drogas o incluso teléfonos móviles dentro de las prisiones. Sin embargo, por mucho que eso sea una realidad, la negligencia del Estado para adquirir aparatos de rayos-x, o incluso los de detección de drogas, hace que personas honestas, sin consideración de edad, también sean sometidas a esas humillaciones.

Son comunes estos tipos de controles vejatorios en las mujeres y en niños. Ello hace que las visitas a los presos sean cada vez más infrecuentes, alejándoles de la relación con la familia y amigos, ya que muchas de esas personas no están dispuestas a pasar por ese trato humillante y degradante.

Los representantes del Estado y su funcionarios, deben ser responsables administrativa, civil y penalmente (en el caso de que se trate de personas físicas) por los abusos de poder cometidos, si violan la dignidad de los seres humanos.

Pero el problema no termina ahí. En Brasil, y en muchos países subdesarrollados y/o en desarrollo, son innumerables las formas de violación del principio de dignidad humana por el propio Estado, que debería ser el primero en observarla, en el marco de un Estado Constitucional y democrático de Derecho. Ciudadanos están muriendo haciendo la cola en los hospitales por falta de servicio médico; no se suministran medicinas a la población carente debido a las discriminaciones cometidas por funcionarios corruptos; los niños, en las escuelas públicas, dejan de ser alimentados; las clases sociales menos favorecidas no tienen donde vivir, y viven en las calles, o incluso en “favelas”, etc.

Al amparo de los avances tecnológicos, surge otro problema, que afecta directamente nuestra dignidad, *la violación de nuestra intimidad*. El Estado, como siempre, parece no ir lo suficientemente rápido como para protegernos de los ataques realizados a través de nuevos medios tecnológicos, resultando, una vez más, negligente. Y lo que es peor, muchas veces es el propio Estado quien, a través de sus medios represivos de investigación viola nuestro derecho a la intimidad, de forma similar a lo que sucede con el uso de escuchas telefónicas ilegales.

La llamada escucha clandestina o ilegal es un mal presente en la sociedad posmoderna. La facilidad tecnológica que existe para interceptar las comunicaciones (telefónicas etc.) hace que el Estado pase a formar parte de nuestra intimidad. Las personas, hoy día, se sienten inseguras, por ejemplo, de hablar por teléfono, porque temen que están siendo escuchadas por personas extrañas a su relación.

Actualmente, en muchos casos, la investigación se reduce, básicamente, a las escuchas telefónicas, muchas de ellas ilegales, llevadas a cabo sin la autorización de la autoridad judicial. Es decir, una vez más, el Estado, que tiene el deber de proteger la dignidad de todas las personas, se transforma en su mayor verdugo. Estos son sólo algunos pocos ejemplos de cómo el Estado puede ser considerado como uno de los mayores agresores del principio de dignidad humana.¹¹⁷

5.3. La relativización del principio de dignidad humana

Según la posición doctrinal ampliamente mayoritaria, la dignidad de la persona humana no posee carácter absoluto. Es decir, en determinadas situaciones, debemos trabajar con otros principios que servirán como herramientas de interpretación, llevándose a cabo la llamada ponderación de bienes o intereses, que desembocará en la superioridad de uno sobre otro.

Así, tomemos como ejemplo el hecho de que alguien haya cometido un delito de extorsión mediante secuestro. El secuestrador, como es sabido, tiene derecho a la libertad. Sin embargo, en función de la gravedad de la infracción penal que haya cometido, su *derecho a la libertad*, directamente vinculado a su

¹¹⁷ Como apunta C. E. Ribeiro Lemos, “donde no haya respeto por la vida y por la integridad física y moral del ser humano, donde las condiciones mínimas para una existencia digna no están aseguradas, donde no haya limitaciones del poder, en definitiva, donde la libertad y la autonomía, la igualdad – en derechos y dignidad – y los derechos fundamentales no son reconocidos y mínimamente asegurados, no habrá espacio para la dignidad humana y ésta, a su vez, no podrá pasar del mero objeto de arbitrio e injusticias (LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A dignidade humana e as prisões capixabas*, p. 25).

dignidad, deberá ceder frente al derecho de protección de los bienes jurídicos de las demás personas.

La dignidad, como un valor individual de cada ser humano, deberá ser evaluada y ponderada en cada caso concreto. No debemos olvidar, sin embargo, lo que se entiende por *núcleo esencial* de la dignidad humana, que no podrá vulnerarse. Así, una cosa es permitir que alguien, que cometió una infracción penal de naturaleza grave, se vea privado de su libertad por parte del propio Estado, encargado de proteger, en última instancia, el marco jurídico; otra cosa es permitir que este condenado a una privación de libertad cumpla su pena en un lugar degradante para su personalidad; que sea torturado por agentes del gobierno con la finalidad de arrancarle alguna confesión; que a sus parientes se les impida visitarle; que no tenga una ocupación resocializante en la cárcel, etc. Su dignidad deberá ser preservada, dado que el Estado sólo podía privarle de la libertad, quedando tutelados, sin embargo, los demás derechos que se relacionan directamente con su dignidad como persona.

La dignidad, por otro lado, podrá ser ponderada con los propios intereses de aquél que la posea, y que piensa que está disponible en una situación dada, de manera que el Estado pueda actuar coactivamente, con el fin de preservarla, incluso contra la voluntad expresa de su titular. Conviene recordar el famoso caso decidido por el Consejo de Estado de Francia, que consideró correcta la decisión del alcalde del Ayuntamiento de Morsang-sur-Orge, que dio lugar a la recusación de un establecimiento comercial que promovía, contrariamente a la dignidad de la persona humana, el “lanzamiento de enanos”. Los clientes del mencionado establecimiento se divertirían lazando, de un lugar a otro, los enanos que allí trabajaban. En este caso, resultó indiferente el interés mostrado por los propios enanos, que recibían sumas de dinero por ser “arrojados”.

No resulta fácil establecer cuando nos encontramos frente a una ofensa de la dignidad de la persona, a veces incluso contra la voluntad expresa de aquél a quien se pretende defender, o cuando nos encontramos, en función de esta

ponderación de intereses, frente a un derecho legítimo de la persona, aun cuando, según la opinión de terceros, sea ofensivo para su dignidad.

Ante el caso concreto, tenemos que emitir un *juicio de valor*, tratando de lograr la solución que parece más justa, a pesar de que el propio concepto de *justicia* sea un concepto relativo, también merecedor de otro juicio de valor.

5.4. Los medios de comunicación como uno de los responsables de que obstaculizan la aplicación, en el sistema penitenciario, del principio de dignidad humana

Los medios de comunicación se pueden considerar en la actualidad como el cuarto Poder, posicionándose al lado del Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Presidentes son elegidos o rechazados por causa de los medios de comunicación. Los criminales son condenados o absueltos, dependiendo de lo que se divulgue o defienda por los medios de comunicación de masas. En definitiva, no se puede negar, por tanto, este poder.

Los medios de comunicación, tomando en consideración los porcentajes de audiencia, percibieron el “filón” del Derecho Penal, es decir, comenzaron a reconocer el hecho de que noticias vinculadas al delito, al delincuente y a la víctima despertaran el gusto popular. Las personas poseen una atracción morbosa por noticias de esta especie. Muchas veces, nos quedamos horas delante de un televisor observando que la misma escena se repite, incontablemente. Sin embargo, debido a que es una “escena de delito”, llama la atención, y las personas quedan cautivadas por las noticias de carácter criminal.

Muchos programas se han especializado en el tema de la delincuencia. En efecto, no podemos hablar de una especialización, sino de un programa exclusivo, es decir, son programas que se refieren únicamente a las noticias relacionadas con la delincuencia en general.

Lamentablemente, aunque en estos programas sólo se discute este tipo de asunto, los periodistas que trabajan en él, narrando y emitiendo sus opiniones, en la gran mayoría de los casos, no conoce, técnicamente, su área de actuación. Con ello, estamos queriendo decir que los periodistas y presentadores, por ejemplo, que actúan en programas de policías no poseen el menor conocimiento de la doctrina penal, procesal penal, en ejecución penal, o incluso en política criminal.

Así, sin la más mínima autoridad, emiten sus conclusiones, dan sus respuestas a todos los problemas sobre el tema, es decir, ofrecen una respuesta rápida e inmediata al problema de la delincuencia. Por lo general, estas respuestas apuntan siempre al aumento de las penas ya existentes, para la creación de nuevos tipos penales, para la posibilidad de imprescriptibilidad, etc. Pregonan que el sistema es demasiado indulgente con los que cometen la infracción penal y, por eso, pugnan por un castigo más severo de los delincuentes. Los medios de comunicación, como afirma con precisión Giovane Santin, debido a sus intervenciones de rutina, combinadas con sus distorsiones de la realidad, han producido un cambio evidente de conducta entre los ciudadanos, pretendiendo hacer de la ley penal la salvación de la sociedad contra los delincuentes.¹¹⁸

Esta movilización constante y continua de los medios de comunicación consiguió sacudir los cimientos del principio de dignidad humana en lo que se refiere a los derechos de los presos. La sociedad, atemorizada por los hechos expuestos por los medios de comunicación de masa, pasó a concordar con las conclusiones de los medios de comunicación y a solicitar también una respuesta rápida, por parte del Estado, en relación al aumento de la delincuencia.

Los derechos de los presos comenzaron a ser tratados con escepticismo. La expresión *derechos humanos* empezó a ser entendida de forma equivocada, dado que los medios de comunicación se encargaron de pervertir su verdadero significado. Así, cuando la población en general oye decir que “los derechos humanos deben ser preservados”, se establece automáticamente un vínculo entre

¹¹⁸ SANTIN, Giovane. *Midia e criminalidade*. Sistemas punitivos e direitos humanos na Ibero-América, p. 94.

derechos humanos y derechos de los presos y, por consiguiente, cuestionan su necesidad.

La indignación, básicamente, se refiere al hecho de que los medios de comunicación, peyorativamente, solamente mencionan que están intentando proteger los derechos humanos de aquél que cometió un grave delito, y se olvidan de los derechos de la víctima, así como de los de su familia.

De esta forma, los medios de comunicación se encargaron de hacer que la expresión derechos humanos fuese vista con desprecio por la sociedad que, en el fondo, se alegra cuando alguien que comete una infracción penal es detenido y sufre, ilegalmente, en la cárcel.

De poco sirve la labor llevada a cabo por ciertos movimientos que luchan por la dignidad del recluso,¹¹⁹ es decir, de aquél que aún goza del estatus de ser humano y que, por algún motivo, cometió un acto que hirió de forma grave los

¹¹⁹ No podemos detenernos en el estudio de los movimientos sociales pero sí queremos dejar constancia del relevante papel que han desarrollado aquellos movimientos sociales que, inspirados en la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos, han venido operando en las últimas décadas en el ámbito de Europa occidental, tales como en Países escandinavos (– la KRON, *Norwegian Association for Penal Reform*-); en Gran Bretaña (–la NDC, *National Deviance Conference*, la NACRO, *National Association for the Care and Resettlement of Offenders*-, la CND, *Campaigning Group for Nuclear Disarmament*-); en Alemania (–el DGG, *Deutsche Gefangenen Gewerkschaft*-, el GGVU, *Gewerkschaft der Gefangenen, Verwahrten und Untergebrachten*-); en Francia (–el GIP, *Groupe d’Information sur les Prison*-, el COSYPE, *Coordination Syndicale Pénale*-); así como en España y en otros países. En los últimos años, las reivindicaciones de estos movimientos se han visto reforzadas por su integración internacional con organizaciones tales como *Amnesty International* o *Human Rights Watch*.

Las reivindicaciones de estos movimientos se refieren, en su mayoría a aspectos tales como la mejora de las instalaciones de recepción de visitas de los familiares; socialización de la vida en la prisión (permitiéndose la creación de colectivos de trabajos, de estudio y de actividades culturales); la extensión de prácticas deportivas, la abolición de cualquier forma de censura; la supresión de medidas de aislamiento a los detenidos, legalización de los comités de reclusos en defensa de sus derechos; mejora en la calidad de la comida y de los servicios sanitarios; reconocimiento efectivo del derecho al trabajo penitenciario con una remuneración “decente” (Sobre movimientos sociales en general, *vid.* Casquete, Jesús: *Política, cultura y movimientos sociales*, Bilbao, Bakeaz, 1998; sobre el movimiento social carcelario en Europa, *vid.* . RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. 2ª ed., actualizada, Vol. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 365-530).

bienes más importantes y necesarios para la convivencia en la sociedad si, los ciudadanos, impulsados por los medios de comunicación, se complacen con este tratamiento indigno, considerándolo como una consecuencia natural para aquellos que hayan cometido la infracción penal.

El preso, por muy grave que haya sido el hecho que cometió, no pierde su dignidad; por muy atroz que haya sido su comportamiento, por mucho que despierte la furia de la comunidad en la cual se encuentra inserto, debe tener preservados sus derechos. El Estado no puede tratarlo con el mismo abuso con el que trató a la víctima del delito. Por el contrario, el Estado debe tratarlo como ser humano cual es; debe respetarlo e imponer tan sólo lo previsto en el ordenamiento jurídico como sanción por el acto llevado a cabo, es decir, puede privarlo de su libertad, pero nada más.

Sin embargo, aún existen ordenamientos jurídicos que, además de la pena privativa de libertad, adoptan penas aflictivas, corporales, que atacan la dignidad de la persona, como es el caso de China, así como en algunos países de Oriente Medio. Los presos, muchas veces, son perseguidos en plaza pública, apedreados, mutilados, empalados, en definitiva, se cometen oficialmente todo tipo de atrocidades por el propio Estado, con un desprecio de la dignidad de la persona.

Más adelante nos ocuparemos de estas penas degradantes, así como de los debates sobre políticas penitenciarias equivocadas. Ahora, nos limitaremos a afirmar que quien debía ser el guardián de la dignidad del ser humano acaba convirtiéndose en su mayor agresor. Tal situación no puede prosperar, independientemente de la cultura y de las tradiciones existentes en cada país. El ser humano no puede ceder a los caprichos históricos; su dignidad debe hablar más fuerte, en cualquier situación.

6. LIMITACIONES DEL *IUS PUNIENDI*

Si es en el Estado Constitucional y democrático de derecho donde el *ius puniendi* encuentra sus fundamentos, también será donde encontrará sus

limitaciones. El Estado, como se ha visto anteriormente, aunque tenga la competencia de editar las normas prohibiendo o imponiendo conductas bajo la amenaza de una sanción de naturaleza penal, no puede llevar a cabo la creación típica de manera indiscriminada¹²⁰.

En el marco de un Estado Constitucional y democrático de derecho, los principios penales fundamentales, enunciados o implícitos en los textos constitucionales, funcionan como límites internos del *ius puniendi*, teniendo, como guía, todos ellos el principio de dignidad humana. Aunque no existe consenso acerca del número de los principios doctrinales que servirían de limitación interna al poder punitivo del Estado, así como de su clasificación¹²¹, podemos destacar los siguientes: a) principio de intervención mínima; b) principio de lesividad; c) principio de adecuación social; d) principio de legalidad; e) principio de individualización de las penas; f) principio de proporcionalidad; g) principio de responsabilidad personal; h) principio de limitación de las penas; i) principio de culpabilidad; j) principio de igualdad; k) principio de justicialidad; l) principio de libertad.

¹²⁰ “En la era de la globalización, en virtud de la incontrolada fuerza que conquistó la línea político-criminal punitiva, el Derecho Penal acabó experimentando una desorbitada y descontrolada expansión. El viejo y clásico Derecho Penal liberal, construido a partir del iluminismo de Beccaria, Feuerbach, etc., se encuentra totalmente deformado y desfigurado. Pero si pretendemos que el Derecho Penal tenga coherencia con el modelo de Estado que fue adoptado en nuestro País (Estado Constitucional y democrático de derecho), no hay otro camino a recorrer sino haciendo observar todos los límites consecuentes de la Constitución vigente. En otras palabras: El Derecho Penal necesita volver a su cauce natural, para cumplir, con observancia de todas las garantías, su misión primaria de protección (fragmentaria y subsidiaria) de los bienes jurídicos” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – Introdução e princípios fundamentais*, p. 220).

¹²¹ A. Garcia-Pablos de Molina, A. Bianchini e L. F. Gomes indican 13 principios, con la siguiente clasificación: “1. Principios relacionados con la misión fundamental del Derecho penal: (a) principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos y (b) principio de intervención mínima. 2. Principios relacionados con el hecho del agente: (c) principio de exteriorización o materialización del hecho, (d) principio de legalidad del hecho y (e) principio de ofensividad del hecho. 3. Principios relacionados con el agente del hecho: (f) principio de responsabilidad personal, (g) principio de responsabilidad subjetiva, (h) principio de culpabilidad y (i) principio de igualdad. 4. Principios relacionados con la pena: (j) principio de legalidad de la pena, (k) principio de prohibición de la pena indigna, (l) principio de humanización de las penas y (m) principio de proporcionalidad, siendo cierto que este último posee varias dimensiones: principio de necesidad concreta de la pena, principio de individualización de la pena, principio de personalidad de la pena, principio de suficiencia de la pena alternativa y principio de proporcionalidad en sentido estricto (*in Direito penal – Introdução e princípios fundamentais*, p. 221).

Los principios de legalidad, igualdad, justicialidad y libertad ya se han tenido en cuenta al estudiar el tema del tópico relativo a los principios del Estado Constitucional y democrático de derecho, por lo que no vamos a insistir en los mismos.

Podemos dividir estos principios penales fundamentales, limitadores del *ius puniendi* del Estado, en dos grandes bloques, sin que, con eso, podamos hablar de *exclusividad*. El primero de ellos sería el destinado al legislador, que tiene por finalidad principal la creación de los tipos penales, prohibiendo o imponiendo un determinado comportamiento, bajo la amenaza de sanción. El segundo, sería el dirigido al Poder encargado de aplicar la ley penal, es decir el Poder Judicial.

Inicialmente, tendríamos, dentro de una concepción minimalista del Derecho Penal, el llamado “principio de intervención mínima”, que solamente permite la creación legal si el bien jurídicamente protegido por el tipo penal goza de la importancia exigida por el Derecho Penal, así como si las otras Ramas del ordenamiento jurídico no son suficientes para su protección, demostrando, así, su naturaleza subsidiaria (*ultima ratio*).

El principio de *lesividad*, como apunta Nilo Batista¹²², posee cuatro vertientes fundamentales, que deberán, obligatoriamente, ser observadas por el legislador al crear el tipo penal incriminador, a saber:

- a) Prohibición de incriminaciones relacionados con una actitud interior del agente;
- b) Prohibición de incriminaciones por conductas que no excedan el ámbito del propio autor;
- c) Prohibición de incriminaciones de simple estados o condiciones existenciales;
- d) Prohibición de incriminaciones de conductas desviadas que no afecten a ningún bien jurídico.

¹²² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*, p. 92-94.

En el principio de lesividad podemos identificar un subprincipio, conocido como el *principio del hecho*. De acuerdo con E. Vaello Esquerdo: “Conforme a este principio cabe afirmar que el Estado sólo puede incriminar conductas humanas que se exterioricen a través de concretas acciones u omisiones, esto es, de hechos; por tanto, únicamente responderemos ante el DP por los hechos que realicemos, pero teniendo en cuenta que tales manifestaciones externas pueden consistir tanto en actuaciones positivas (acciones) como en omisiones”.¹²³

El *principio de adecuación social*, formulado inicialmente por Hans Welzel, sirve tanto como principio orientador del legislador como de creación o incluso de revocación de las figuras típicas, como instrumento de interpretación de los tipos penales.¹²⁴

Una vez concluido que el bien jurídico que se pretende proteger a través del tipo penal incriminador goza de la importancia exigida por el Derecho Penal (principio de intervención mínima), que las otras Ramas del ordenamiento jurídico no poseen la fuerza necesaria para esta protección (naturaleza subsidiaria del Derecho penal – *ultima ratio*), que la conducta prevista por el tipo penal rebasa la esfera del propio agente, alcanzando bienes de terceros (principio de lesividad), siendo inadecuada socialmente (principio de adecuación social), está abierta la posibilidad de creación del tipo penal. Sin embargo, estos argumentos ayudan al legislador en la creación del precepto primario del tipo penal incriminador, es decir, el lugar destinado a la narración de la conducta que se quiere prohibir o imponer.

¹²³ Y continua diciendo: “Lo que está claro, pues, es que no puede castigarse a un sujeto por sus pensamientos, deseos o su forma de ser, pues, de lo contrario, estaríamos admitiendo un peligrosísimo ‘Derecho Penal de autor’, defendido, en su día, por regímenes totalitarios, que aprovecharon tal concepción, entre otras cosas, para eliminar a los disidentes políticos. El hombre no debe enjuiciarse penalmente por lo que es, sino por lo que hace” (ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*, p. 41-42).

¹²⁴ “A la luz de los tipos actuales del ‘modelo’ de conducta prohibida, se pone de manifiesto que las formas de conductas seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidas a la vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: fijan las formas de conducta que se apartan gravemente de las ordenaciones históricas de la vida social. Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos que, por influencia de la doctrina de la acción causal eran demasiado restrictivos, ya que consideraban la esencia del tipo de lesiones causales de los bienes jurídicos” (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 66).

Sin embargo, para que el tipo penal incriminatorio sea completo, resulta necesaria la creación de su precepto secundario, es decir, el lugar destinado a la conminación de la pena. Así, para este segundo razonamiento que debe hacerse en la creación del tipo penal, el legislador tomará en consideración dos principios fundamentales: individualización de la pena y proporcionalidad.

Son tres las fases de la individualización de las penas: a) fase de la conminación (competencia del legislador); b) fase de la aplicación (competencia del juez); c) fase de la ejecución de las penas (también competencia del juez).

En la fase de la conminación, el legislador deberá, a través de un intenso trabajo de comparación típica, evaluar la importancia de que cada bien jurídico que se quiere proteger a través de la creación del tipo penal y, así, intentar medirlos a través de la conminación de las penas. En el segundo momento previsto por el mencionado principio, el juez aplicará la pena al agente conforme a su culpabilidad, es decir, fundamentándose en el juicio de censura que recaerá sobre la conducta típica e ilícita practicada por el mismo. Por último, después de transitar en el juzgado la sentencia penal condenatoria, todavía habrá posibilidad de que se individualice la pena, en la fase de su ejecución, que tendrá en cuenta, por ejemplo, la clasificación de los condenados, según sus antecedentes, personalidad, gravedad del acto practicado, etc.

Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el Derecho Penal es el de encontrar la pena proporcional, especialmente cuando pretende buscar sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, penas intermediarias que tratan de dar una respuesta al “mal” cometido por el agente, pero con los ojos puestos al principio de dignidad humana.

No es fácil, por tanto, la elaboración del razonamiento perfecto que tenga en cuenta que la severidad de la pena deba ser proporcional a la gravedad del delito, incluso porque, considerándose el nivel actual de inflación legislativa, el número excesivo de tipos penales incriminadores hace cada vez más difícil el razonamiento de la proporcionalidad, ya que cada tipo merecerá su comparación en el ordenamiento jurídico-penal.

Nos adherimos a la opinión de Santiago Mir Puig, cuando afirma que el principio de proporcionalidad exige, obligatoriamente, un juicio de ponderación que se realiza entre la afectación del derecho que implica la intervención penal y la importancia de los bienes que son efectivamente tutelados a través de aquella intervención.¹²⁵

Podemos destacar dos momentos de adecuación obligatoria de la proporcionalidad de las penas. Inicialmente, el primer razonamiento sería llevado a cabo considerando las penas conminadas en abstracto. Cuando el legislador crea el tipo penal incriminador, prohibiendo o imponiendo una determinada conducta bajo la amenaza de una sanción de naturaleza penal, esta sanción deberá ser proporcional a la gravedad del mal producido por el agente con la práctica de la infracción penal.

Prima facie, el legislador deberá ponderar la importancia del bien jurídico atacado por el comportamiento del agente para, en un razonamiento siguiente, intentar encontrar la pena que posea un efecto disuasorio, es decir, que sea capaz de inhibir la práctica de aquella conducta ofensiva. Después del razonamiento correspondiente a la importancia del bien jurídico-penal, que deberá merecer la protección por medio de una pena que, aunque imperfecta, sea la más proporcional posible, en el sentido de que sea capaz de disuadir a quienes pretenden violar el ordenamiento jurídico con ataques a los bienes protegidos, el legislador deberá proceder a un estudio comparativo entre las figuras típicas, para que, una vez más, se realice el razonamiento de proporcionalidad en el marco de una comparación entre los diversos tipos que protegen diferentes bienes jurídicos.

Si el legislador es el primer responsable del razonamiento de proporcionalidad, considerándose abstractamente la infracción penal, el segundo responsable será el juez, con respecto a la comisión de la infracción penal prevista en algún texto represivo, ya que, como bien apunta E. Vaello Esquerdo, se trata de un principio que tiene un doble destinatario, pues va dirigido tanto al legislador

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, p. 1364-1365.

como al juez. Al primero en el sentido de exigirle que, al elaborar las leyes, establezca penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito, y al segundo para que en el momento de aplicarlas imponga sanciones acomodadas a la concreta gravedad del delito ejecutado.¹²⁶

También como limitador del *ius puniendi* podemos apuntar el *principio de responsabilidad personal*, también conocido como principio de personalidad o principio de intrascendencia de la pena.

La historia del Derecho Penal demuestra que, en un pasado no muy distante, las penas no sólo alcanzaban al autor de la infracción penal, sino también a su familia, a su clan, al grupo social al que pertenecía; en definitiva, todos eran responsabilizados por el comportamiento del infractor.¹²⁷

El *principio de limitación de las penas*, a su vez, impide la creación de penas que alcancen el principio de dignidad humana como, por ejemplo, los castigos corporales, muerte, trabajos forzados, destierro, tan crueles, etc.

El *principio de culpabilidad*, puede entenderse bajo tres enfoques diferentes, es decir, la culpabilidad como elemento integrante del concepto analítico del delito, como limitadora de la aplicación de la pena y como principio que tiene por objetivo impedir la llamada responsabilidad penal objetiva, también conocida como responsabilidad penal sin culpa o por el resultado. Al analizar los principios que limitan el *ius puniendi* del Estado, solamente enfocaremos su última vertiente.

Con ello, queremos decir que sólo podrá censurarse alguna infracción penal a quien que haya practicado una conducta dolosa o culposa, que sea típica, ilícita

¹²⁶ ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*, p. 43.

¹²⁷ Zaffaroni, disertando sobre el principio en cuestión, afirma: “Nunca se puede interpretar una ley penal en el sentido de que la pena trascienda la persona que es autora o partícipe del delito. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, como es también una ingerencia en la reinserción de condenados” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*, p. 138).

y culpable. Nadie, por tanto, podrá ser responsabilizado sin que haya actuado dolosa o culposa.¹²⁸

En conclusión, estos principios fundamentales en materia penal tienen la función principal de limitar el ámbito del *ius puniendi* inherente al Estado Constitucional y democrático de derecho, evitando de esta manera, no sólo la creación abusiva de tipos penales, que formarán parte del llamado Derecho Penal objetivo, sino también impidiendo la aplicación equivocada de las leyes por el Poder Judicial.

¹²⁸ Como bien observa P. C. Busato y S. Montes Huapaya: “[...] por culpabilidad se puede entender la fijación de la necesaria comprobación de la presencia de dolo o culpa para la admisión de la responsabilidad penal, en oposición a la responsabilidad objetiva. Tradicionalmente la doctrina identificó este último sentido como principio de culpabilidad. Se trata, en efecto, del establecimiento de una garantía contra los excesos de la responsabilidad objetiva, pero también una exigencia que se suma a la relación de causalidad para reconocer la posibilidad de imponer una pena. Pero, en la medida en la que el dolo y la culpa forman parte de los elementos subjetivos del tipo (tipicidad subjetiva), este concepto de culpabilidad sólo ha quedado como principio (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*, p. 171).

CAPÍTULO II

ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PENA Y DE LA PRISIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El hombre no nació para estar preso. La libertad es una característica fundamental del ser humano. Sin embargo, la historia de la civilización demuestra que, incluso desde la creación, el hombre se convirtió en peligroso para sus semejantes.

Según el libro del Génesis, capítulo 3, versículo 8, Dios siempre estaba con el hombre al final de la tarde, es decir, al final del día. Su contacto era permanente con él. Sin embargo, después de su fatal desobediencia, Dios se alejó del hombre. Comenzaba, aquí, la historia de las penas. La expulsión de la primera pareja del paraíso fue, sin duda, el mayor de todos los castigos. Después de probar el fruto del árbol del conocimiento del bien y del mal, el hombre acabó con su pureza original, empezando a cultivar sentimientos que hasta entonces le eran desconocidos.

Años más tarde, la desobediencia inicial del hombre engendró el primer asesinato. Caín, celoso por el hecho de que a Dios le había agradado más la oferta de su hermano Abel, lo mató a traición. Caín recibió su sentencia directamente de Dios, que decretó que iba a vagar errante por la tierra.

A partir de entonces, el hombre no dejó de cometer hechos graves en contra de sus semejantes. El plano original de Dios era para que el hombre tuviese dominio sobre todas las cosas (Génesis 1: 28). Sin embargo, su desobediencia lo llevó a alejarse de Dios, dando inicio a la práctica de conductas nocivas para los que se encontraban a su alrededor.

Cualquier grupo social ha establecido reglas que determinaban el castigo de aquél que practicaba hechos que resultaban contrarios a sus intereses. Era cuestión

de la propia supervivencia del grupo contar con algún tipo de castigo que tuviera el poder de impedir conductas que ponían en peligro su existencia.¹²⁹

La palabra “pena” proviene del latín *poena* y del griego *poíné*, y tiene el significado de infligir dolor físico o moral que se impone al trasgresor de una ley.¹³⁰

La primera modalidad de pena era consecuencia, básicamente, de la llamada “venganza privada”. El único fundamento de la venganza era la pura y simple retribución a alguien por el mal que había cometido. Esta venganza podía ser ejercida no sólo por el que había sufrido el daño, sino también por sus parientes o incluso por el grupo social al que pertenecía.

¹²⁹ Según las enseñanzas de Maggiore: “la pena – como impulso que reacciona con un mal ante el mal del delito – es contemporánea del hombre; por este aspecto de incoercible exigencia ética, no tiene ni principio ni fin en la historia. El hombre, como ser dotado de conciencia moral, ha tenido, y tendrá siempre, las nociones del delito y de la pena. Siendo esta un hecho humano y ético, sería inútil buscar sus orígenes y su significado en otros planos de la realidad, como en el mundo subhumano. En este se podrían hallar formas de reacción instintiva para la conservación del individuo y de la especie, pero no ese fenómeno de carácter espiritual y superior que es el castigo. Las indagaciones hechas por los positivistas para determinar los precedentes biológicos del delito y de la pena entre los animales, están condenadas a una esterilidad incurable para nuestros estudios. El animal se defiende si es ofendido, pero ni castiga ni es castigado. La idea de castigo y de pena presupone la idea de una ley y de un ordenamiento que solo pueden ser inteligibles al ser racional, cualquiera que sea el grado de civilización al que pertenezca” (MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, vol. II, 243).

¹³⁰ Según E. Pessina, la pena expresa: “un sufrimiento que cae, por obra de la sociedad humana, sobre aquél que ha sido declarado autor de delito. Ulpiano definía la pena como *noxae vindicta*, sin que deba verse en la voz *vindicta* el concepto vulgar de la venganza individual. La fórmula de Ulpiano señala la eficacia de la convivencia social contra el delito, el acto del *vim dicere noxae*, y por eso considera la pena como la actividad jurídica de la sociedad humana, que se contrapone al acto antijurídico del individuo. Una segunda definición de la pena fue dada en el mundo moderno por Hugo Grocio, que dijo: *Poena est malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, definición que sería mal interpretada si creyera que marca como carácter de la pena la retribución del mal por el mal; lo que quiso significar el gran publicista holandés con dicha expresión fue otra propiedad esencial de la pena. La noción de Ulpiano considera la pena desde fuera, en sus relaciones con el delito y sin indicar su contenido. La noción de Grocio añade este contenido. No se dice que la pena sea un mal en sí, lo que se afirma es que la pena es *malum passionis*; la pena no es el *sufrimiento de un mal, sino el mal de un sufrimiento* que tiene como razón de ser el mal contenido en una acción criminal (PESSINA, Enrique. *Elementos de derecho penal*, p. 589-590). Partiendo de la pena como consecuencia de haber cometido una infracción penal, George Fletcher apunta: “Como proclama el título de la novela de Dostoievski, *Crimen y castigo* son tan inseparables como amantes en la noche. Sin su antecedente, el delito, el uso de la fuerza estatal contra una persona no sería más que un acto brutal sin sentido. Y si no hubiera pena, el delito no se podría distinguir de otras infracciones menores. La pena nos permite entender el delito, y éste permite entender la pena (FLETCHER, George P. *Gramática del derecho penal*, p. 303).

La Biblia relata, incluso, la existencia de las llamadas “ciudades refugio”, destinadas a impedir que quien hubiese practicado un homicidio involuntario, es decir, un homicidio de naturaleza culposa, pudiera ser ejecutado por el *vengador de sangre*.¹³¹ Además, si el asesino saliera de los límites de la ciudad de refugio, el propio vengador tenía licencia para matarle.¹³²

La ley de Tali3n puede considerarse como un avance en funci3n del momento en el que fue promulgada. Esto porque, aunque de forma incipiente, ya conllevaba una noci3n, aunque superficial, del concepto de proporcionalidad. El “ojo por ojo” y el “diente por diente” traducían un concepto de Justicia, si bien todavía vinculado a la venganza privada.¹³³ En un momento posterior, se pas3 a la fase de la llamada “composici3n”.¹³⁴

Tiempo m3s tarde, aparece la figura del 3rbitro, es decir, un tercero extraño a la relaci3n del conflicto, que tenía como objetivo el de seńalar qui3n tenía raz3n. Normalmente, esta atribuci3n era confiada a los sacerdotes, en funci3n de su conexi3n directa con Dios, o a los ancianos, es decir, aquellas personas que, por su propia experiencia de vida, conocían las costumbres del grupo social al que pertenecían las partes.

En una etapa final, el Estado asumi3 tanto la responsabilidad de resolver estos conflictos, como de aplicar la pena correspondiente al mal practicado por el agente. Era, por tanto, el ejercicio de la llamada “jurisdicci3n”, es decir, la

¹³¹ BÍBLIA, Livro de Números Capítulo 35, versículo 12.

¹³² BÍBLIA, Livro de Números Capítulo 35, versículo 27.

¹³³ Conforme aclaran María José Falc3n y Tella y Fernando Falc3n y Tella: “Durante milenios el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la *venganza privada*. La intervenci3n de la colectividad se daba solamente para aplacar la c3lera de un dios que se suponía ofendido. Se producía una identificaci3n delito-pecado, idea que informará durante ańos de forma decisiva toda la fisionomía penal. En esta evoluci3n el *tali3n* supuso un tímido intento por superar la absoluta arbitrariedad con que se aplicaba la pena anteriormente (FALC3N Y TELLA, María José; FALC3N Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, p. 97).

¹³⁴ “Al transformarse el tali3n en *composici3n*, se realiza el proceso subsiguiente. Entonces el agravio ya no se compensa con un sufrimiento personal, sino con alguna utilidad material, dada por el ofensor. El precio del rescate, ya no de la venganza, est3 representado por la entrega de animales, armas, utensilios o dinero. Y la proporci3n entre la reparaci3n y el agravio, est3 contenida a veces en la llamada ‘tarifa de composici3n’, en su medida precisa (MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, vol. II, 245).

posibilidad que tenía el Estado de aplicar el derecho al caso concreto, así como la facultad de ejecutar, él mismo, sus decisiones.

Las modalidades de penas variaron a lo largo de los años. Como veremos durante nuestra exposición, la privación de libertad, como pena principal en función un hecho delictivo cometido, es relativamente reciente.

Prácticamente, hasta el período iluminista, las penas poseían un carácter aflictivo, es decir, el cuerpo del hombre pagaba por el mal que él mismo había hecho. Sus ojos eran arrancados, sus miembros mutilados, sus cuerpos estirados hasta descuartizados, su vida resumada en una cruz, en definitiva, el mal de la infracción penal era pagado con el sufrimiento físico y mental del criminal.¹³⁵

A partir de finales del siglo XVIII, las penas corporales, aflictivas, se fueron sustituyendo por la pena de privación de libertad que, hasta ese momento, se utilizaba de forma excepcional, como el caso del castigo de los monjes religiosos en sus monasterios, que se aplicaba para que reflexionaran sobre el acto cometido, así como también con referencia a las casas de corrección, creadas a partir de la segunda mitad del siglo XVI en Inglaterra (*houses of correction* y *bridewells*) y en Holanda (*rasphuis* para los hombres y *spinhuis* para las mujeres). Generalmente se trataba de una medida cautelar; es decir, su finalidad principal era la de hacer que el condenado aguardase, preso, la aplicación de su pena corporal. S. Mir Puig subraya que la evolución histórica de las penas se halla, sin embargo, bajo el signo de una paulatina atenuación de su rigor, paralela al aumento del confort material y de la sensibilidad de la humanidad ante el sufrimiento. Así, por ejemplo, en nuestro ámbito de cultura han desaparecido de las legislaciones las penas

¹³⁵ Como recuerda E. Cuello Calón: “Roma empleó pródigamente estas penas (*verbera*), la flagelación (*flagella*), con varas, azotes o bastones que se imponía especialmente a los *humiliores*, frecuentemente como pena de policía, la ruptura de miembros (*membri ruptio*) usada como medida de talión en las XII Tablas, la marca reservada bajo la República a los calumniadores, y la mutilación aplicada especialmente a los mártires cristianos bajo Diocleciano. Las mutilaciones, la fustigación, el arrancamiento del cuero cabelludo y afeitando la cabeza, se utilizaron en el derecho germánico, mientras que el canónico, más suave, se limitó al empleo de los azotes. Ya avanzada la Edad Media, aumenta la barbarie de estas penas, cuya aplicación se extiende. Hacia el siglo XII en Alemania se mutilan manos, pies y dedos, se cortan las orejas, se corta y arranca la lengua, se sacan los ojos y se aplica la castración y se utilizan la marca y los azotes (CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*, p. 247-248).

corporales, como la tortura o los azotes. El progreso más importante en este sentido tuvo lugar con el paso del absolutismo del Antiguo Régimen al Estado constitucional.¹³⁶

La prisión del acusado, por aquel entonces, era una necesidad procesal, ya que tenía que ser presentado a los jueces que lo sentenciarían y, si era declarado culpable, podría haberse determinado la aplicación de una pena corporal, de naturaleza aflictiva, o incluso una pena de muerte. En efecto, su detención se destinaba a evitar la fuga, evitando el castigo corporal que se le aplicaría, en caso de condena, o incluso para que fuese torturado, con la finalidad de obtener la confesión del hecho que supuestamente había sido cometido. Así, el cuerpo del acusado tenía que hacerse presente, razón por la cual, en muchos casos, aguardaba esperando su juicio. Sin embargo, después de la ejecución de su pena, si no era, obviamente, la de muerte, era puesto en libertad. Esta sustitución gradual hizo que las penas privativas de libertad, en los días de hoy, en la mayoría de los países considerados “civilizados”, fuesen ocupando prioritariamente el lugar de las penas corporales.

Hasta el siglo XVIII, por tanto, las sanciones de uso más frecuente fueron el castigo corporal, la pena de muerte, además de las llamadas penas infamantes y, en algunos casos menos graves, las penas de naturaleza pecuniaria. Con el cambio del siglo XVIII, especialmente después de la revolución francesa, la pena de privación de libertad comenzó a ocupar un lugar destacado, especialmente con referencia a un principio que, aunque embrionario, comenzaba a ser discutido, es decir, el principio de dignidad de la persona humana. Analizando este cambio de opción punitiva, Foucault decía que, a partir de ese momento, el sufrimiento no recaería ya sobre el cuerpo del condenado, sino sobre su alma.

El período iluminista tuvo una fundamental importancia en el pensamiento punitivo, dado que, con el apoyo de la “razón”, lo que antes se practicaba despóticamente ahora necesitaba pruebas para ser realizado. No sólo se modificó el proceso penal, con la exigencia de pruebas que pudieran conducir a la condena

¹³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, p. 37).

del acusado, sino que, principalmente, se modificaron las penas que podrían ser impuestas. El ser humano empezó a ser considerado como tal, y ya no como un mero objeto, en el que recaía la furia del Estado, a menudo sin razón ni motivo suficiente para justificar el castigo

A través de un razonamiento iusnaturalista, comenzaron a reconocerse los derechos humanos innatos, que no podían ser alienados o excluidos, como ejemplo de su dignidad, del derecho a ser tratado igualmente ante las leyes, etc. Incluso, en lo que a la pena de muerte se refería, se perfeccionaron algunas formas de aplicación, con el fin de que implicara el menor sufrimiento posible al condenado, como acaeció con la creación de la guillotina, por Ignace Guillotin, que consistía en hacer que la muerte se produjera rápidamente a través de un golpe seco, producido por una cuchilla afilada y pesada, que pendía sobre la cabeza del ejecutado, que se utilizó por primera vez el 25 de abril de 1792.

Las sanciones, que eran extremadamente desproporcionadas en relación a los hechos cometidos, comenzaron a adecuarse conforme a la gravedad del delito, exigiéndose, también, que la ley, en lo que concierne a la prohibición o determinación de alguna conducta, además de ser clara y precisa, para poder ser aplicada, debería estar en vigor antes de su puesta en práctica. Se trataba de la adopción del imprescindible principio de primacía de la ley.

Aunque el siglo XVIII haya sido un contexto fundamental para la sustitución de las penas corporales (aquí incluida la pena de muerte) por la privación de la libertad, no podemos dejar de constatar cómo se aplicaban estas penas, y cuáles eran las más utilizadas, dado que el registro histórico pretende que el hombre del futuro no cometa los mismos errores del pasado. Es lo que haremos a continuación, con el análisis de algunas penas corporales, así como la pena de muerte, considerada, en aquel tiempo, como la “reina” de todas las penas.¹³⁷

¹³⁷ “Llegamos al siglo XXI sin que ningún País pueda demostrar, claramente, que ha conseguido resolver las difíciles situaciones de las ejecuciones penales con prisión o sin prisión, porque lo que hace que una persona se rescate es tomar conciencia de su significado en la sociedad y eso con la inoperante política en materia de respuesta penal no ha conseguido y no consigue sedimentar. Es verdad que, aquí o allí, pueden encontrarse algunas experiencias exitosas. Sin embargo, en el

2. LAS PENAS AFLICTIVAS

Se consideran aflictivas las penas que conllevan un sufrimiento físico al condenado, sin que, sin embargo, le causen la muerte.¹³⁸ Estas penas aflictivas pueden ser subdivididas en: a) *directas* (o positivas); b) *indirectas* (o negativas).

Directas o positivas son las penas que imponen al condenado dolores corporales, como lo que sucedía con los azotes, las mutilaciones, etc. Las penas directas eran denominadas como *Maggiore de penas aflictivas corporais*.¹³⁹

Las penas aflictivas directas o positivas pueden subdividirse a su vez en: a) indelebles; b) delebles.

Por penas indelebles podemos entender las que dejan en el cuerpo del ejecutado alguna secuela permanente, como sucede con las mutilaciones (como cortar las manos o los pies)¹⁴⁰, o incluso con la pena de huella, es decir, la que deja alguna huella evidente en el cuerpo del ejecutado, especialmente en su rostro.

conjunto mundial, el panorama general es malo, y de ahí podemos concluir que cualquier prisión, de buen nivel, representa sólo una isla de gracia en un mar de desgracia” (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 2).

¹³⁸ Cobo del Rosal y Vives Antón recuerdan que: “Durante muchos siglos, casi en la práctica totalidad de su historia, la humanidad se ha regido por sistemas penales bárbaros, en los que la pena capital se imponía acompañada de los más crueles suplicios y se recurría a una larga serie de penas corporales” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – parte general*, p. 827).

¹³⁹ “Las penas que nosotros llamamos *aflictivas directas o positivas*, otros prefieren llamarlas *corporales*; pero ¿será apropiado este término? Creo que no, pues en toda distinción el nombre que se le da a una especie, exige naturalmente que se le contraponga otro nombre en otra especie; por lo cual, si a las penas aflictivas directas, como la marca y los azotes, les damos el nombre de *corporales*, habría que llamar *no corporales* a las penas aflictivas indirectas, como la cárcel y el destierro. Pero me parece una contradicción colocar una especie de penas *no aflictivas del cuerpo*, y por lo tanto, me atengo a la nomenclatura dada por mi maestro. En realidad, creo más exacto dividir radicalmente las penas que CARMIGNANI llama aflictivas del cuerpo, en dos clases distintas, es decir, dándoles el nombre de *aflictivas* a las que lesionan la integridad personal o le causan al cuerpo un dolor directo, y el de *restrictivas* a las que únicamente limitan el ejercicio de la libertad personal (CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal*, vol. II, § 665).

¹⁴⁰ Criticando, con energía, las penas que incluían las mutilaciones de miembros, M. de Lardizábal y Uribe, con maestría, apuntaba: “Un hombre, a quien para corregirle, se le cortó un pie o una mano ¿qué utilidad podrá tener para la república? Esta pena cruel, que sólo sirve para hacer deformes a los hombres, en vez de corregir al delincuente, que es el fin principal de las penas, le pone en términos de que se haga peor, pues privándole de los miembros que la naturaleza dio como necesarios a los seres racionales para ganarse honestamente la vida, le obliga cuando menos a vivir ocioso en la sociedad con gravamen de los demás” (LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel *en Discurso sobre las penas*, p. 230-231).

Era común, en este último caso, estampar en el cuerpo del ejecutado la letra inicial del delito por él cometido, como forma también de exponerlo ante la sociedad.

Penas dehebles son las que, a diferencia de las primeras, no dejan estas secuelas. En Brasil, lamentablemente, incluso estando prohibido este tipo de castigo, fue muy utilizado un instrumento de tortura denominado vulgarmente “cocota”, que consistía en un pedazo de neumático que era utilizado para atar a los presos las palmas de las manos y de los pies. Aunque el dolor fuese insoportable, básicamente no dejaba huellas, impidiendo, así, poder comprobar este acto odioso a través de un examen del cuerpo de delito.

Indirectas o negativas son aquéllas que, de alguna manera, impiden al condenado el ejercicio de la libertad natural de su cuerpo, como, por ejemplo, la detención¹⁴¹ y el destierro¹⁴².

3. LA PENA DE MUERTE

La pena de muerte quizá sea una de las penas corporales más antiguas, conocida y aplicada por la mayoría de los pueblos. Su modo de aplicación podía ser extremadamente doloroso y lento, como sucedía con la crucifixión, donde el condenado llevaba, muchas veces, días agonizando en el madero, teniendo contracciones horribles en su cuerpo, defecando, orinando, siendo picado por insectos, quedando en situación extrema de sed y hambre, hasta que, finalmente,

¹⁴¹ Conforme aclara Carrara, con el nombre de *detención* se pueden expresar, pues, “todas las formas congéneres de castigo, consistentes en encerrar al reo en un lugar de pena, a la cual se le da el nombre especial que ese lugar tenga, y así, según su variedades, se le llama *prisión, cárcel, presidio, casa de disciplina, casa de corrección, prisión de por vida, galeras*, etc. Estas diferencias de nombres no tienen un sentido determinado que pueda ofrecer una noción constante, pues el nombre que en unas legislaciones expresa la detención *más graves*, en otras designa la *más leve*. Esto depende de las diferentes legislaciones, ya que los nombres no pueden representar un principio absoluto” (CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal*, vol. II, § 670).

¹⁴² Conviene destacar la opinión de M. de Lardizábal y Uribe cuando, analizando el destierro, afirma que “esta pena nunca debe imponerse a hombres depravados, que puedan contagiar a otros con su mal ejemplo, pues no es justo que por libertar del daño a un lugar se vaya a causar a otro, teniendo todos igual derecho a la protección y cuidado del Gobierno” (LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel *in Discurso sobre las penas*, p. 250)

moría por asfixia, o podía ser ejecutado de forma rápida, como sucedía con las decapitaciones.¹⁴³

Hasta el siglo XVIII, las penas capitales fueron aplicadas por el Estado, y defendidas por grandes pensadores. Incluso con la llegada del iluminismo, su retirada completa no fue defendida por todos, dado que se justificaba en algunos casos graves, especialmente en los crímenes que eran cometidos contra el Estado¹⁴⁴. El propio Beccaria, un humanista defensor de los derechos individuales naturales, como se muestra en el capítulo XVI, de su obra conocida “De los Delitos y de las Penas”, admitía la pena de muerte, en casos excepcionales, en situaciones relativamente graves, que implicasen una revolución contra la forma de gobierno establecida.¹⁴⁵

La imaginación cruel del ser humano no tuvo límites en la historia, aplicando las más diversas formas de ejecución de la pena de muerte. Las

¹⁴³ Razonando sobre la pena de muerte, nos aclara A. Monje González que: “la pena capital, tanto en la época antigua como en la Edad Media no tiene un fundamento retributivo, es decir, pagar el daño hecho, sino un fundamento psicológico, cual es la necesidad del extremo suplicio para la conservación y defensa de la Nación y del Estado, con la convicción de que era imposible conseguirlo mediante la aplicación de otras penas; de ahí, que las modalidades ingenizadas para privar de la vida al condenado fueran cada vez más crueles, despiadadas y frecuentes, sobre todo en el oscuro medioevo, hasta el punto de que, como señala el profesor Barbero Santos, en algunos lugares del señorío alemán se ejecutaba a vagabundos con la única finalidad de que no prescribiera el Derecho de ejecución de horca y cuchillo; o bien en Suiza donde en lugar de imponer la pena privativa de libertad prevista se imponía la pena capital por resultar más barata que el mantenimiento y vigilancia del recluso” (MONGE GONZÁLEZ, Almudena . *La pena de muerte en Europa*. Historia de la prisión, p. 27).

¹⁴⁴ Cobo del Rosal y Vives Antón apuntan que: “los propios ilustrados no se manifestaron acordes en cuanto a la supresión de la pena capital, y el pensamiento de los que más influyeron en la reforma del sistema punitivo es, en ocasiones, vacilante al respecto” (*en* Derecho penal – parte general, p. 828)

¹⁴⁵ Hay que destacar, sin embargo, que Beccaria se oponía, por regla general, a la pena de muerte, habiendo sido uno de sus grandes opositores. En ese sentido apunta Franz Vons Liszt que: “La campaña que los escritores del período filosófico (Beccaria y Sonnenfels en 1764) abrieron contra la pena de muerte, no tuvo al principio un gran resultado: la pena de muerte fue de hecho abolida en la Toscana en 1765, y legalmente en 1786 (hasta 1790 o respectivamente 1795), en Austria en 1787 (hasta 1796; ahí fue sustituida por los terribles castigos de los hierros en cárceles oscuras, con un régimen agotador y por una lenta agonía resultante de la tracción de los barcos). En Rusia ya en 1753 había sido provisionalmente sustituida por la muerte civil; en 1764 fue abolida en el proceso ordinario. Los efectos posteriores a la campaña, sin embargo, vinculados al movimiento reformador de las prisiones que inició a partir del séptimo decenio del siglo pasado, provocó la gradual limitación de dicha pena a un pequeño número de delitos” (*en Tratado de derecho penal alemán*, p. 410-411).

inmolaciones se practicaban con el uso de hogueras, lapidación, ahorcamiento, desmembramiento, empalamiento, etc.¹⁴⁶

La ejecución de un condenado a la pena de muerte era un acontecimiento que se producía, por regla general, en lugares públicos, por ejemplo en las plazas, puentes, o incluso a las puertas de la ciudad. Este espectáculo de horror era “deliciosamente” disfrutado por todos, que se regocijaban con los gritos de dolor, con la agonía del ejecutado. Familias enteras se disputaban las plazas vacantes por un lugar mejor, desde donde podían asistir a todos los detalles; padres que llevaban a sus hijos para que asistieran a la ejecución de aquel criminal y que les sirviera de ejemplo. La población, furiosa, con toda la fuerza de sus pulmones, gritaba insultos y arrojaba objetos hacia el condenado, de manera que su castigo, además de doloroso, se hiciera aún más humillante.

Lo que todos olvidaban, sin embargo, es que aquel Estado despótico, que condenaba las personas basándose en un proceso sigiloso, que usaba la tortura como un medio legal de obtener la confesión, también podría volverse en su contra y, desde ese momento, se modificarían las posiciones. Así, de meros espectadores, pasarían a ser protagonistas de estas historias de horror. Prueba de ello, como resalta B. Margarita Bernal y Gaipo, es que prácticamente todos los

¹⁴⁶ Por ejemplo, conviene destacar la ejecución llevada a cabo contra Damiens, en Francia, que se produjo en 1757, narrada por Michel Foucault en su *Vigilar y Castigar*: “[Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757], a pedir perdón públicamente delante de la puerta principal de la Iglesia de Paris [donde iba a ser] llevado y acompañado en una carreta, desnudo, con un camisón, llevando una antorcha de cera encendida de dos libras; [entonces], en dicha carreta, en la plaza de Grève, y sobre un patíbulo que allí se construyó, atenazado por los pezones, brazos, muslos y pantorrillas, su mano derecha agarrando el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego y azufre, y en las partes en las que será atenazado se aplicaron plomo derretido, aceite hirviendo, alquitrán en el fuego, cera y azufre fundidos conjuntamente, y a continuación sus miembros y cuerpo consumidos por el fuego, reducidos a cenizas, y su cenizas arrojadas al viento. Por último, fue descuartizado [relata la *Gazette d'Amsterdam*]. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a la tracción; de modo que, en lugar de cuatro, fue necesario colocar seis; y como si eso no fuera suficiente, fue necesario desmembrar los muslos del infeliz, cortarle los nervios y destrozarle sus articulaciones. Se dice que, si bien él siempre había sido un gran blasfemo, ninguna blasfemia se le escapó de los labios; sólo los dolores excesivos le hacían dar gritos horribles, y muchas veces repetía: “Dios mío, ten piedad de mí; Jesús, me ayude “ (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*, p. 9).

condenados a la pena de muerte ya habían presenciado, alguna vez, una ejecución.¹⁴⁷

Durante la Edad Media, muchos fueron asesinados en el nombre de Dios. Cabe destacar los juicios conocidos como “ordalías”, es decir, los “juicios de Dios”, donde el acusado por alguna infracción penal era sometido a las torturas más terribles, por ejemplo, la simulación de ahogamiento, la rueda, el fuego, la tenaza, el hierro candente y, si no sobrevivía a todo eso, es decir, si no superaba las pruebas a las que era sometido, era una señal de que “Dios no estaba con él” y, por supuesto, había sido el autor del hecho que se le imputaba. Ésta era la mejor manera de ser convencido de su culpa, porque Dios no le había liberado.

Como se puede percibir, las ordalías conllevaban un índice elevado de errores, puesto que el acusado prefería confesar el delito, incluso no habiéndolo hecho, a ser sometido a todo tipo de torturas y atrocidades creadas por una mente enferma.

En medio de esta furia estatal y popular, no se asesinaban sólo a las personas, sino también a los animales. Incluso aquéllos que ya habían muerto eran desenterrados y, algunas veces, juzgados, aplicándoseles la pena que debía haber sido ejecutada cuando estaban en vida.¹⁴⁸

En la época medieval, la locura de la humanidad permitía, también, el juicio de cosas inanimadas. Como recuerda B. M. Bernal y Gaipo, en el Foro de Calatayud, en España, se preveía un castigo en el caso de que una viga de una morada, en malas condiciones, al caerse pudiera provocar lesiones o incluso la

¹⁴⁷ BERNAL Y GAIPO, Beatriz Margarita. *La pena de muerte en España*. Historia de la prisión, p. 57.

¹⁴⁸ Como recuerda A. Monge González, “también se aplicaban penas a los difuntos, unas veces era una agravación de la condena, otras porque el culpable había fallecido antes de haber sufrido. Era una forma de desahogar el ansia inagotable de castigar. La primera noticia de un proceso formal contra un cadáver procede del año de 897 d. C., en Roma, contra los restos del difunto Papa Formoso, quien 10 meses antes había fallecido y por orden de su sucesor, el Papa Esteban VII, fue sacado de su tumba, colocado en un sillón, y llevado en calidad de acusado ante el Sínodo, nombrándosele un defensor, siendo condenado posteriormente por perjurio (MONGE GONZÁLEZ, Almudena. *La pena de muerte en Europa*. Historia de la prisión, p. 33).

muerte a una persona o, finalmente, la costumbre de verter sal en una casa donde había vivido algún delincuente.¹⁴⁹

Al tratarse acerca de la pena de muerte, no podemos dejar de mencionar la figura siniestra de su ejecutor, es decir, el llamado “verdugo”. Normalmente, era en quien se delegaba la tarea de cumplir lo determinado sobre la ejecución del condenado. Sin embargo, inicialmente, era la propia víctima de la infracción penal, sus parientes, su grupo social, o incluso los testigos del hecho quienes se encargaban de la ejecución de aquél que había practicado el delito. La Biblia nos narra que los testigos presenciales deberían ser los primeros en iniciar la ejecución con el apedreamiento. Las primeras piedras, por tanto, deberían ser lanzadas por ellos.

La figura del verdugo despertaba diversos sentimientos en la sociedad. Unos le consideraban como un ser vil, indigno; otros le respetaban por el temor que infundía su profesión. Decían que el verdugo transmitía fluidos mágicos, razón por la cual no podía tocar a otras personas.¹⁵⁰

Avanzando en el tiempo hasta las sociedades consideradas como posmodernas, incluso hoy en día asistimos, en muchos países, a la aplicación de la

¹⁴⁹ BERNAL Y GAIPO, Beatriz Margarita. *La pena de muerte en España*. Historia de la prisión, p. 49

¹⁵⁰ Conforme apunta A. Monge González, “además de ser una figura temida era respetada por ser el curandero por excelencia, tengamos en cuenta que al ser el torturador oficial tenía pleno conocimiento de los huesos que debía romper y la forma de hacerlo; sin pasar por alto que, en ocasiones, los cadáveres de los ajusticiados eran propiedad del verdugo, quien los vendía a los familiares o a los médicos para realizar prácticas de anatomía” (MONGE GONZÁLEZ, Almudena. *La pena de muerte en Europa*. Historia de la prisión, p. 31). En la historia de la pena de muerte surgieron verdugos famosos, como el inglés Albert Pierrepoint, que entre los años de 1933 a 1955 ahorcó a 608 personas, todas ellas debidamente catalogadas en su archivo personal de ejecuciones, donde, incluso, grababa la cantidad que recibía del gobierno por cada uno de ellos. Pierrepoint siguió la profesión de su padre, así como la de su tío. A pesar de que su profesión de “verdugo” fue ocultada durante un largo período, después de la segunda guerra mundial, cuando dio inicio al ahorcamiento de los nazis condenados por el Tribunal de NUREMBERG, su foto fue impresa en los diarios, llegando a ser conocido por todos. Por aquel entonces, por donde caminaba, Pierrepoint arrancaba aplausos y recibía alabanzas de las multitudes, que lo veían como un artista interprete y ejecutor de los que, durante el período nazista, cometieron las más abominables atrocidades. Sin embargo, tras la euforia de los ahorcamientos de los nazis, la población en general ya le veía con otros ojos, con desprecio, viendo en él solamente una persona fría, que no se preocupaba por la muerte de sus semejantes. Cerca del final de su carrera, Pierrepoint se vio obligado a ahorcar a su único amigo, que fue condenado a la pena capital por haber causado la muerte de su amante.

pena de muerte. Algunos la aplican a delitos comunes, por ejemplo en los Estados Unidos, Japón, Corea del Norte, Corea del Sur, Cuba y China. Otros, como es el caso de Brasil, sólo la aplican en los casos de guerra declarada.

Según datos suministrados por Amnistía Internacional, en el año 2008 se realizaron 2.390 ejecuciones en todo el mundo, siendo el 72% de ellas en China¹⁵¹.

El informe “Condenas a muerte y ejecuciones en 2008” (ACT 50/003/2009), que ofrece una perspectiva general de la pena de muerte en el mundo, revela que, entre enero y diciembre de 2008, al menos 2.390 personas fueron ejecutadas en 25 países del mundo y, al menos, 8.864 fueron condenadas a muerte en 52 Estados.

Amnistía Internacional informa también sobre países en los que se impusieron condenas de muerte en juicios injustos, como Afganistán, Arabia Saudí, Irán, Irak, Nigeria, Sudán y Yemen. En el informe se trata la manera discriminatoria en que se aplicó a menudo la pena de muerte en 2008, cuando se impusieron un número desproporcionado de condenas a personas pobres y a miembros de minorías y comunidades raciales, étnicas y religiosas en países como Arabia Saudí, Estados Unidos, Irán y Sudán. Asimismo, el riesgo de ejecutar a inocentes persiste, como muestran los casos de cuatro condenados a muerte que fueron excarcelados en Estados Unidos por haberse demostrado su inocencia.

Muchos condenados a muerte se consumen en duras condiciones de reclusión y soportan penalidades psicológicas. Por ejemplo, en Japón es habitual no informarles de su ahorcamiento hasta la mañana misma en que se lleva a cabo éste, y a sus familias no se les comunica hasta que ya ha tenido ya lugar la ejecución¹⁵².

¹⁵¹ Amnistía Internacional: "La pena de muerte es la forma más extrema de castigo cruel, inhumano y degradante -ha manifestado Irene Khan, secretaria general de Amnistía Internacional.- Las decapitaciones, electrocuciones, ahorcamientos, administraciones de inyecciones letales, fusilamientos y lapidaciones no tienen cabida en el siglo XXI."

¹⁵² 'La pena capital no es simplemente un acto, sino también un proceso legalizado de terror físico y psicológico, que culmina con la muerte de la persona a manos del Estado -ha manifestado Irene Khan--. Es preciso ponerle fin.'

La mayor parte del mundo está avanzando en la dirección de la abolición de la pena de muerte, pues sólo en 25 de los 59 países que la mantienen se registraron realmente ejecuciones en 2008. No obstante, Amnistía Internacional ha advertido de que, a pesar de esta tendencia, siguen imponiéndose centenares de condenas de muerte en todo el mundo.

Sin embargo, los avances se vieron menoscabados en 2008 por países como San Cristóbal y Nieves, donde tuvo lugar la primera ejecución llevada a cabo en América, fuera de Estados Unidos, desde 2003, y Liberia, donde se reintrodujo la pena de muerte para los delitos de asalto, terrorismo y secuestro de vehículos.¹⁵³

La pena de muerte debería haberse abolido hace mucho tiempo, en todos los países. Son incontables los argumentos que la deslegitiman, como ejemplo de la posibilidad, siempre real, del error judicial, pues, una vez ejecutada, la decisión equivocada será irreversible; del abandono completo de aquél que cometió la infracción penal, impidiéndole volver a la convivencia en sociedad; de su inutilidad como medida preventiva, ya que datos estadísticos demuestran que en los países donde existe la pena de muerte, no tiene la condición de inhibir la criminalidad, es decir, no cumple con su pregonada función disuasoria, además del hecho de que, sin ninguna duda, su aplicación es ofensiva al principio de dignidad de la persona humana.¹⁵⁴

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica – 1969), en su primera parte, donde dispone sobre los Deberes de los

¹⁵³ “La buena noticia es que sólo llevaron a cabo ejecuciones un pequeño número de países, lo que muestra que estamos más cerca de conseguir un mundo sin pena de muerte –ha señalado Irene Khan–. En cambio, la mala es que son centenares las personas que siguen siendo condenadas a muerte y sufriendo en los numerosos países que no han abolido aún formalmente la pena capital. (www.amnesty.org/es).

¹⁵⁴ V. Garrido, P. Stangeland y S. Redondo proporcionan datos importantes con respecto al mito sobre la pena de muerte, advirtiendo que “En los Estados Unidos, en algunos de sus estados donde se aplica la pena de muerte, se han realizados diversos estudios acerca de la efectividad de esta pena disuasoria. Para ello, los investigadores han comparado los estados que aplican la pena de muerte con otros que no la contemplan, con el fin de evaluar si el delito violento en los primeros es menos grave que en los segundos. Otra metodología utilizada en América del Norte ha sido comparar la tasa de asesinatos antes y después de la abolición de la pena de muerte en los estados que la han abolido. Los resultados de estas investigaciones norte-americanas no ha confirmado la predicción teórica de la disuasión: si existe o no la pena de muerte, no parece tener ningún efecto sobre las tasas de homicidios” (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 194-195).

Estados y los Derechos Protegidos, en el capítulo 2, que se ocupa de los derechos civiles y políticos, en su art. 4º, pugnano por la defensa de la vida, determina que este derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción, siendo que nadie podrá ser privado de él de manera arbitraria.

Concretamente en lo que se refiere a la pena de muerte, afirma que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta solo podrá ser impuesta para los delitos más graves, en cumplimiento de una sentencia final de un tribunal competente y en conformidad con la ley que establezca tal pena, promulgada antes de que el delito haya sido cometido. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los que no se la aplique actualmente. En los países que han derogado la pena de muerte, queda prohibido su restablecimiento. La pena de muerte jamás podrá aplicarse a delitos políticos, tampoco a delitos comunes asociados con aquéllos. Se prohíbe la aplicación de la pena de muerte a la persona que, en el momento de la acción o de la omisión criminosa, sea menor de 18 años de edad, o mayor de setenta, no pudiéndose aplicar, tampoco, a mujeres en estado de embarazo. Finalizando sus disposiciones, aduce que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar amnistía, indulto o conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede ejecutar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante la autoridad competente.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS PRISIONES

Inicialmente, la prisión no tenía la finalidad de cumplir un papel principal de condena para aquél que había violado la norma, como consecuencia de haberse realizado una determinada infracción penal.

La prisión del acusado era considerada como una custodia de naturaleza cautelar, tan sólo procesal. Generalmente se reducía a un periodo de espera de la decisión que decidiera su responsabilidad penal, bien fuera una condena a una

pena de muerte, o a una pena corporal. En este último caso, poco después de aplicarse, sería puesto en libertad.¹⁵⁵

Las prisiones, como lugar de aplicación efectiva de la pena, estaban destinadas a los monjes, como un lugar de recogimiento con el fin de cumplir una penitencia, ligada a un acto religioso. De ahí el término de penitenciaría, utilizado para designar, en la actualidad, los lugares donde las personas cumplen sus penas. Carrara aclara que “el sistema penitenciario, al que le daría de buena gana el nombre de *ortopedia moral*, se remonta, según los eruditos católicos, al siglo VI de la era Cristiana, y tuvo su origen en un monasterio del Sinaí (‘Revue Catholique de Louvain’, 1852-1853, p. 708 y SS). Clemente XI ensayó este sistema en Roma, en el año 1703, al fundar en el hospital de San Miguel una cárcel para jóvenes delincuentes, ordenada por celdas, con instrucción y aislamiento, y a la que le puso por lema: *Parum este coercere improbos poena nisi probos efficies disciplina* [Poca cosa es castigar con penas a los malos, si no los haces Buenos por medio de la disciplina]”.¹⁵⁶

Para explicar mejor los antecedentes históricos de la prisión, como pena privativa de libertad, vamos a realizar una división en tres fases, que comprende: a) Antigüedad; b) Edad Media; c) Edad Moderna.

En la antigüedad, la prisión, como ejemplo de lo que acontecía en China, Egipto y Babilonia, era un lugar de custodia provisional y tormento. En estos lugares, el acusado era sometido a interrogatorios crueles y el uso de la tortura era constante. Allí, se intentaba arrancar del acusado la confesión que lo conducía a su condena, que, como ya hemos indicado, podría consistir en castigos corporales, aflictivos, o incluso la muerte, llevada a cabo mediante las más diversas formas.

En Roma, había cárceles que se hicieron famosas por el terror que infundían en los condenados que se encontraban allí provisionalmente en custodia, como fue

¹⁵⁵ “Hasta el siglo XVII solamente unas limitadas excepciones tienen un contenido similar al de la pena de prisión moderna, ya que el encierro en general tenía la función cautelar de servir de retención hasta el momento del juicio o de la ejecución” (CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*, p. 63).

¹⁵⁶ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal*, vol. II, § 669.

el caso de la prisión “Marmetina”, un lugar sin luz, húmedo, poblado por insectos y animales venenosos, donde la comida era escasa, y los acusados eran atados por los pies en troncos de madera.¹⁵⁷

E. Oliveira explica que el término “cárcel” deriva del latín *carcer* y designaba, en la Edad Antigua, “el lugar del circo en el que los caballos aguardaban la señal de partida, en las carreras. Más tarde, se volvió a denominar como cárcel, el lugar donde se encerraban a los esclavos, a los delincuentes y a los vencidos en la guerra”.¹⁵⁸

En la ciudad de Filipos, en la antigua Macedonia, el apóstol Pablo fue arrestado, junto con Silas, en una prisión donde había una “cárcel interior”, que consistía en dos cámaras, una de bajo de la otra, excavadas en la roca sólida. La cárcel interior no poseía ventana ni apertura al exterior, existiendo, tan sólo, una única puerta de acceso que, cuando quedaba cerrada, impedía completamente el paso del aire y de la luz. Además de haber sido colocado en la cárcel interior, donde el calor y el malo olor eran insoportables, el Capítulo 16, versículo 24, del libro de los Actos de los Apóstoles narra que hasta los pies de Pablo y Silas fueron atados a un tronco. Este tronco hacía que la posición del prisionero en la celda resultara extremadamente incómoda, obligándole a permanecer siempre en la misma posición mientras estuviese encarcelado.

También existía la posibilidad de la prisión por deudas, como destacó Cuello Calón; es decir, el deudor podría ser encarcelado hasta que hubiera saldado la deuda a su acreedor. Así, era posible la encarcelación privada del deudor hasta que alguien, en su nombre, o él mismo, pagase la deuda. Con todo, la prisión no se consideraba todavía como pena principal, teniendo en cuenta que, en cualquier momento, podría ser revocada, con la consecuente liberación del deudor.

¹⁵⁷ Como aclara E. Cuello Calón, en Roma “se empleó principalmente como medio de mantener seguros a los procesados durante la instrucción del proceso; el texto de Ulpiano, *carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* expresa claramente su carácter. Pero se utilizó además como medio coercitivo impuesto por causa de desobediencia y existió también la prisión por deudas. Con sentido de pena se conoció el *ergastulum* que era el arresto o reclusión de los esclavos en un local o cárcel destinado a este fin en la casa del dueño (CUELLO CALON, Eugenio. *La moderna penología*, p. 300).

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternative das prisões*, p. 5.

En lo que se refiere a la Antigüedad, J. Peña Mateos llega a la conclusión de que “de ningún modo podemos admitir en esta etapa histórica siquiera un germen de la cárcel como lugar de cumplimiento de penas ya que el catálogo de penas prácticamente acaba con la muerte, salvo en el caso de cárceles de deudores cuya finalidad era coactiva y asegurativa”.¹⁵⁹

La Edad Media fue un período en el que prevaleció un cristianismo muy diferente del que se practicaba en la iglesia primitiva, es decir, la iglesia del primer siglo, principalmente debido a los rituales paganos que fueron traídos por el llamado “Catolicismo Apostólico Romano”.

Durante la Edad Media, al igual que en el período anterior, la privación de la libertad del acusado era entendida como de naturaleza procesal, y no como pena, ya que el motivo que determinaba su prisión era tan sólo aguardar el de la aplicación de la pena corpórea.

Fue un período donde se utilizaron los más terribles tormentos, donde no se pensaba en el cuidado del ser humano de una manera digna, ya que la propia comunidad a la que pertenecía el acusado demandaba un espectáculo de horrores. La multitud se regocijaba con el sufrimiento, con los gritos del condenado, con el arte con el que los torturadores manejaban sus instrumentos. El dolor era el incentivo que mantenía al público ávido de asistir a estas “distracciones públicas”.

Si el destino del acusado era el de un trágico sufrimiento, como consecuencia lógica de este razonamiento, no hubo una especial preocupación por su privación de libertad cautelar, es decir, los acusados permanecían, normalmente, presos en lugares fétidos, en mazmorras, sin alimentación adecuada, privados, muchas veces, del sol y del aire mismo. En definitiva, las condiciones de las cárceles provisionales en la Edad Media no eran muy diferentes de lo que hoy conocemos, especialmente en países en fase de desarrollo, como acaece en países de América Latina, tales como Brasil, Colombia, Bolivia, Paraguay, Argentina, etc.

¹⁵⁹ PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*. Historia de la prisión, p. 66.

Aunque, por regla general, las detenciones no se utilizaron, para la aplicación efectiva de la pena, ya que las condenas se referían a penas aflictivas, corporales, podemos encontrar algunas excepciones. Como destaca J. Peña Mateos, “una excepción a la regla general de la cárcel de custodia, son las denominadas prisiones de estado y la prisión eclesiástica, utilizadas para retener a personas concretas, las cuales gozaban de ciertas prerrogativas. La prisión de Estado, cumple una función importante en la Edad Media, y también en la primera mitad de la Edad Moderna. En ella solo podrán recluirse los enemigos del poder real o señorial de los detentadores del poder”.¹⁶⁰

Esta modalidad de prisión era utilizada con dos propósitos. El primero, como cárcel de custodia, donde los enemigos del poder aguardaban allí, al igual que los demás, la aplicación de una pena corporal, bien fuera aflictiva o incluso la pena de muerte; el segundo, y aquí es donde se destaca por su importancia, tales cárceles eran utilizadas para que el condenado cumpliera una pena de privación de libertad que podría ser temporal, es decir, por un tiempo determinado, o incluso una prisión de naturaleza perpetua, que, sin embargo, podía ser perdonada a discreción de quien detentara el poder.

Cuando se trataba de nobles, se les colocaba apartados de los establecimientos penales comunes. Como no había un lugar preparado específicamente para este propósito, se utilizaban las torres de los castillos, algunas fortalezas etc. Como ejemplo de lugar de este género podemos mencionar a la Bastilla parisiense.¹⁶¹

La prisión eclesiástica, que tenía como finalidad conducir al arrepentimiento del preso, mediante la meditación y la oración, demostró ser mucho más suave

¹⁶⁰ “La prisión eclesiástica estaba destinada a sacerdotes y religiosos. Responde a las ideas de redención, caridad y fraternidad de la Iglesia, dando al internamiento un sentido de penitenciaría y meditación. Recluían a los infractores en un ala de los monasterios para que por medio de la oración lograsen su corrección. Tenían un régimen alimenticio y penitenciario con frecuentes disciplinas y trabajos manuales en sus celdas desde el primer momento, elemento equiparable al actual tratamiento penitenciario de trabajos e actividades” (PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*. Historia de la prisión, p. 68).

¹⁶¹ PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*. Historia de la prisión, p. 68.

que la prisión secular, que, normalmente, era acompañada de torturas, y situada en locales insalubres.

Aunque a primera vista la prisión eclesiástica pareciera una forma más tranquila para el cumplimiento de la pena, en el siglo XII surgieron las llamadas cárceles subterráneas, que se caracterizaron a través de la expresión *Vade in pace*, es decir, “ve en paz”, una vez que quienes entraban, volvían a salir.

La cárcel eclesiástica, sin embargo, constituyó un precedente importante para lo que sería el futuro de las prisiones, que comenzaron a tener la finalidad principal de segregación de la libertad del ser humano como pena impuesta por el Estado debido a la práctica de una determinada infracción penal.

Se comienza a vislumbrar un cambio de mentalidad. A diferencia de los espectáculos de horrores en lugares públicos, con las mutilaciones y muertes practicadas en presencia de la multitud que se deliciaba con el sufrimiento ajeno, se prefiere ahora relegar el ser humano al olvido”.¹⁶²

El comienzo del siglo XVI marca lo que se llamó Edad Moderna. Surgen nuevos problemas, que exigen respuestas inmediatas por parte del Estado. A partir del siglo XVI ganó fuerza la aplicación de las penas privativas de libertad. Fue también el siglo en el que comienza a aplicarse quizás una de las penas más crueles hasta entonces existentes – la pena de galera.

Esta pena de galera consistía en la utilización de condenados que debían ser ejecutados, dado que habían sido condenados a muerte, así como los que habían sido condenados por crímenes graves o prisioneros de guerra, para trabajar en las galeras de los barcos militares, remando incesantemente, bajo amenazas y agresiones practicadas por quienes tenían la obligación de hacer navegar a los

¹⁶² [...] “apartando de la luz lo que de miserable y degradante tiene la naturaleza humana, lo que antes hemos señalado como fiesta del horror de las ejecuciones ahora es un elemento vergonzante para la propia sociedad, además la pobreza y la mendicidad se extiende por Europa. Estamos ante un momento histórico caracterizado por un aumento considerable de la criminalidad, consecuencia de las crisis de forma de vida feudal y dificultades económicas en la agricultura, lo que derivó en la formación de verdaderos contingentes de prostitutas, vagabundos y mendigos que asolaban los caminos y las ciudades de Europa (PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*. Historia de la prisión, p. 70).

barcos.

Este período también marcó la aparición, en diversas partes de Inglaterra, las llamadas *Houses of correction*, conocidas también como *Bridewells*, que pueden ser consideradas como los precedentes de las prisiones modernas que florecerían a lo largo del siglo XVIII. Los *bridewells* aparecen en una época en la que los azotes, el destierro y la ejecución eran los principales instrumentos de la política social en la Inglaterra.¹⁶³

En Holanda, debido al alto grado desarrollado por el capitalismo, surgió, en el año 1596, un establecimiento carcelario masculino denominado *Tuchthuis*, compuesto, básicamente, por el mismo “público blanco” inglés, es decir, mendigos, pequeños ladrones, vagabundos, jóvenes infractores, generalmente condenados a un período corto de cumplimiento de pena. Fue una de las primeras casas de reforma en el mundo y sirvió de prototipo para los penales existentes hoy en día. El cumplimiento de la pena se basaba en el trabajo del preso, para transformar la fuerza de trabajo de los condenados, considerados indeseables, en algo socialmente útil. Esta casa de trabajo holandesa se difundió con el término *Rasp-huis*, precisamente porque el trabajo que allí se desarrollaba consistía en cortar, con una sierra compuesta por varias láminas, un determinado tipo de madera, extremadamente duro, procedente de América del Sur que, los curtidores, transformándolo en polvo, utilizaban para extraer un pigmento con el que teñían la lana.

¹⁶³ Conforme destaca Dario Melossi, un Estatuto de 1530 obligó “al registro de los vagabundos, introduciendo una primera distinción entre aquéllos que no eran aptos para el trabajo (*impotent*) y, por tanto, eran autorizados a mendigar, y los demás, que no podían recibir ningún tipo de caridad, bajo pena de ser golpeados hasta sangrar (...).A petición de algunos exponentes del clero inglés, alarmados por las proporciones alcanzadas por la mendicidad en Londres, el rey autorizó el uso del Castillo de Bridewell para acoger a los vagabundos, los desocupados, los ladrones autores de delitos de menor importancia. El objetivo de la institución, que era dirigida con mano de hierro, era reformar a los internos a través del trabajo obligatorio y de la disciplina. Además, debía desanimar a otras personas a seguir el camino del vagabundeo y del ocio, y asegurar la autosuficiencia a través del trabajo, su principal meta” (MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcer e fábrica – as origens do sistema penitenciário* (séculos XVI – XIX), p. 36).

Poco después, en el año 1597, se crearon también en Holanda las llamadas *spinhis*, es decir, el modelo femenino para las *Rasp-huis*. El trabajo principal de las presas era el telar.

Este fue un período en el que la mano de obra del preso se aprovechada intensamente, bajo el argumento de que con el trabajo duro, penoso, aquel sujeto considerado como un delincuente, podría ser reformado.¹⁶⁴

Con la llegada del siglo XVIII y los ideales iluministas, y hasta mediados del siglo XIX, comenzaron a desarrollarse nuevos sistemas penitenciarios, tratando de preservar la dignidad de la persona humana, evitando los castigos innecesarios, las torturas, es decir, los tratamientos degradantes a los que eran sometidos todos los que acababan formando parte del sistema penitenciario.¹⁶⁵ Durante este período, cabe destacar: a) Sistema pensilvánico; b) Sistema auburniano; c) Sistema progresivo Inglés; d) Sistema progresivo Irlandés; e) Sistema de Elmira; f) Sistema de Montesinos; g) Sistema Borstal.¹⁶⁶

El siglo XX, así como el comienzo del siglo XXI, estuvo marcado por el

¹⁶⁴ A través de esas casas de corrección: “se intentaba alcanzar el fin educativo por medio del trabajo constante e interrumpido, del castigo corporal y de la instrucción religiosa. Todos esos instrumentos son coherentes con el concepto que se tenía, en esa época, sobre la reforma del delincuente y los medios para alcanzarla. Tenía la convicción de que el castigo y el uso de los conceptos religiosos permitirían la corrección del delincuente. Por influencia calvinista, se consideraba que el trabajo no debía pretender obtener beneficios o satisfacción, sino tan solo la miseria y la fatiga. Para Von Henting, los establecimientos que surgieron en Holanda marcaron el inicio de los nuevos métodos de tratamiento, aunque, obviamente, se trataba sólo de algo muy incipiente” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p. 18).

¹⁶⁵ Como apunta E. Cuello Calón: “En el siglo XVIII la idea reformadora adquiere mayor vigor y surgen establecimientos que han alcanzado alto renombre. Uno de ellos fue el Hospicio de San Miguel, fundado en Roma en 1704 por el Papa Clemente XI. Era una casa de corrección de delincuentes jóvenes y asilo de huérfanos y ancianos inválidos. Aquéllos estaban sometidos a un verdadero régimen penitenciario, encaminado a su reforma moral. Durante la noche estaban aislados en su celda, durante el día trabajaban en común bajo la regla del silencio. Los reclusos aprendían un oficio y recibían instrucción elemental y religiosa. Para el mantenimiento del orden existía un régimen disciplinario consistente en ayuno a pan y agua, trabajo en celda, calabozo y azotes. En la estancia donde los jóvenes trabajaban se hallaba la célebre inscripción: *Parum est coercere improbos poena nisi probos efficias disciplina*. Esta institución, dice Howard Wines, es el límite que divide dos civilizaciones, dos épocas históricas. Su éxito fue considerable pues sirvió de modelo a gran número de prisiones fundadas, especialmente en Italia, durante el mismo siglo” (CUELLO CALÓN, Eugenio en *La moderna penología*, p. 305-306).

¹⁶⁶ “Con el retroceso de la pena de muerte y la abolición de las penas corporales está ligada la expansión de las penas contra la libertad. Que ellas dominen el sistema penal en el mundo civilizado se explica por la transformación de la cultura y, asimismo, por las posibilidades insuperables de adecuación de esa clase de pena (ERNST MAYER, Max. *Derecho penal – parte general*, p. 561-562).

objetivo de intentar que el condenado, después del cumplimiento de su condena, pudiera reinsertarse en la sociedad. La búsqueda de la reinsertión dio lugar a la implementación, en muchos países, de políticas de tratamiento penitenciario dirigidas a la formación para lograr la posterior reinsertión, permitiendo que el recluso, al salir del sistema, pudiese buscar alguna ocupación lícita. Como veremos más adelante, en la mayoría de los países, tal proyecto no tuvo éxito, ya que la falta de condiciones mínimas para el cumplimiento de la pena de privación de libertad, hizo que, básicamente, el plan de reinsertión fuese dejado de lado.

Podemos concluir con Elías Neuman, dividiendo la evolución de la pena privativa de libertad en cuatro grandes períodos, es decir:

“1) *Período anterior a la sanción privativa de libertad*, en el que el encierro constituye un medio para asegurar la presencia de la persona del reo en el acto del juicio;

2) *Período de explotación*. El estado advierte que el condenado constituye un apreciable valor económico en trabajos penosos, la privación de libertad es un medio de asegurar su utilización en trabajos penosos.

3) *Período correccionalista y moralizador*. Encarnado por las instituciones del siglo XVIII, y principios del siglo XIX.

4) *Período de readaptación social o reinsertión*. Se apoya en la individualización penal, en el tratamiento penitenciario y postpenitenciario”.¹⁶⁷

5. LA APORTACIÓN DE LA OBRA DE BECCARIA

El año de 1764 fue singular para la historia del sistema penal. Este año, se publicó un libro revolucionario, que traducía las ideas defendidas por los más entusiasmados iluministas de su tiempo: *De los delitos y las penas*, del marqués de Beccaria.

¹⁶⁷ NEUMAN, Elías. *Prisión abierta*. p. 9.

La brutalidad de la monarquía absoluta, los abusos cometidos por quienes detentaban el poder, las injusticias llevadas a cabo contra los menos favorecidos, en definitiva, la existencia de una sociedad desigual y tirana hizo que los amigos de Beccaria, especialmente los hermanos Verri, le animarán a escribir un manifiesto, una obra que mostrará los errores y la necesidad de la corrección inmediata de un sistema que no se preocupaba por el ser humano.

Por tanto, desde 1763, Beccaria da comienzo a la redacción de su opúsculo, completando la obra en 1764. La fuerza de sus palabras hizo eco no sólo en Italia, sino en toda la Europa Continental. Temiendo lo que pudiera suceder, en el caso de que se descubriera la autoría de aquel manual revolucionario, en su primera publicación, se omitió, deliberadamente, la fecha y el nombre de su autor.

Poco después que comenzara a circular, como era de esperar, fue objeto de críticas.¹⁶⁸ El tiempo pasó y Beccaria fue reconocido y loado por este libro revolucionario, que mostraba lo más terrible que sucedía en la sociedad de su época. Sus ideas reflejaban el sentimiento de un pueblo, cansado de ser oprimido por los gobernantes sin escrúpulos, crueles y corruptos, sin legitimidad para administrar la *res publicae*.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Conforme relata M^a. A. Moreno Castillo: “El libro de Beccaria al igual que tuvo un gran acogida también fue objeto de duras refutaciones y censura entre las que podemos mencionar las realizadas por Fachieri, quien en 1766 escribe *Notas y Observaciones sobre un libro intitulado De los delitos y las penas*, en el que imputa al anónimo autor 23 acusaciones de impiedad y 7 de sedición, por oponerse a las máximas de las escrituras. Impiedad por ‘acusar de cruel a la Iglesia Católica’ y sedición por ‘tratar de crueles a todos los Príncipes y soberanos del siglo...’. También Mouyart de Vouglans publica *Refutaciones al Tratado de los delitos y de las penas*, en las que sostiene que las propuestas de Beccaria le parecen irrealizables, enemigas del sentido común, de la tranquilidad pública del Estado y de la Religión (MORENO CASTILLO, María Asunción. *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolución del aparato punitivo*. Historia de la prisión, p. 93-94).

¹⁶⁹ Luis Jimenez de Asua, en su espléndido *Tratado de Derecho Penal*, presentó al público una carta escrita por Pedro Verri, dirigida a su hermano en 1780, donde criticó duramente a Beccaria, diciendo: “No creo que tú esperes de mí – le dice – una verificación de la opinión que me atribuye ser el autor de los *Delitos y Penas*. Tú podrías responder sobre ello al igual que yo, ni tengo cosa alguna que escribirte que tú no conozcas ya... El libro lo ha hecho Beccaria; todo el que sepa de estilo tiene que comprender que no es el mío, pero podría decir, en verdad, que, sin mí, aquel libro no se hubiera hecho ni publicado, que buena parte de las ideas están desarrolladas por tí y por mí, que la parte de la tortura es el extracto de mis observaciones...; lo podría decir, incluso sin faltar a la generosidad, después de la orgullosa superioridad que quiere adoptar, mecido en el rayo de luz de su fortuna; pero ni siquiera digo eso, porque Beccaria no es hombre vicioso, sino débil, no es malo, no es insidioso... (JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho penal*, tomo I, p. 255).

No se puede cuestionar seriamente el sistema penitenciario sin profundizar previamente en los estudios del maestro de Milán. En este capítulo, haremos una revisión, si bien superficial, de algunos de los temas más destacados de la obra de Beccaria, que han acabado influyendo en nuestro sistema penitenciario, abogando por un cumplimiento de la pena que no resulte ofensivo para la dignidad de la persona humana, que tenga en cuenta el hecho de que el hombre puede cometer errores pero el Estado no¹⁷⁰. No compete al Estado aniquilar con derechos que son innatos al ser humano, derechos que no pueden ser alienados o incluso extraídos arbitrariamente de su personalidad. Por eso, nadie mejor que Beccaria para, además de hacer esta radiografía de un sistema penal inicuo e injusto, proponer soluciones que continúan siendo aplicables hoy en día.

El mayor mérito de Beccaria no fue la originalidad de la construcción de los principios, muy debatidos, especialmente por los revolucionarios franceses, sino el hecho de haber tenido el coraje de hacer públicos, mediante fundamentos que contrariaban, peligrosamente, los intereses de gobernantes de la época.

Tales principios chocaban frontalmente con los intereses de los administradores despóticos que, normalmente, no se preocupaban por el bienestar de sus administrados. Su conciencia, si es que existía, no les perturbaba. Por eso, lamentablemente, es que el libro de Beccaria sigue resultando actual. Nuestros gobernantes, y con las debidas diferencias, actúan como si no conocieran las calles; nuestros jueces decretan sus decisiones como si no conocieran la realidad social; nuestros legisladores crean leyes que jamás alcanzarán las personas de

¹⁷⁰ La sociedad del siglo XVIII vivía en un estado de terror y desigualdades. El proceso penal era inquisitivo, celebrado en secreto, sin que el acusado tuviera conocimiento de las pruebas que se estaban argumentando en su contra. La tortura era un medio oficial utilizado por el Estado para obtener la confesión de aquél a quien se escogía para ocupar el lugar de culpable. La confesión se entendía como la reina de las pruebas. El reo, en realidad, prácticamente obligado a confesar con el fin de expiar su culpa. Los jueces, principalmente en Francia, eran piezas frágiles y débiles al servicio de un gobierno despótico. Siempre parciales, juzgaban con desigualdad los procesos que implicaban a ricos y pobres. Las sentencias eran indeterminadas, es decir, quedaban a la discreción del juez y se aplicaban de acuerdo con su conveniencia. Las leyes eran confusas, de redacción rebuscada, que impedían su comprensión. Se permitía el uso de la analogía para que sí pudiese condenar. Reinó el caos hasta que surgieron los pensadores iluministas, que se pusieron en contra de todo ese sistema, y Beccaria se convirtió en uno de los principales planificadores de una reforma que resultaba tardía. Las lecciones y los principios propuestos por Beccaria modificaron completamente la forma de tratar al ser humano, que tiene a su favor, como un derecho innato, su dignidad.

clase alta pero que, por otro lado, oprimen a los menos favorecidos. Como en la época de Beccaria, los ricos son ricos y siguen en libertad, por muy grave que haya sido la infracción penal que hayan cometido, mientras que los pobres siguen presos, por insignificante que haya sido su delito cometido.¹⁷¹

Beccaria llega a la conclusión que sólo la ley es la que podría fijar penas con relación a los delitos practicados. Solamente la ley, puede hacer que el hombre pierda una parcela de su derecho de libertad. Sin embargo, no basta simplemente con expedir una ley anterior al hecho para que quede preservado el principio de legalidad y, por consiguiente, protegido el derecho de libertad del ciudadano. Beccaria percibió qué, en su tiempo, aunque se promulgaban algunas leyes, su redacción era incierta, oscura, imprecisa, es decir, aunque existiera una ley, los ciudadanos quedaban en manos de sus intérpretes, dado que casi nadie conseguía entender claramente su contenido.

Beccaria destaca la falacia de una supuesta legalidad formal. No bastaba, por tanto, que la ley fuese un texto aprobado por el poder competente, es decir, por el Poder Legislativo. No bastaba, que la ley fuese publicada y entrara en vigor con anterioridad al hecho. Nada de eso importaría si su redacción fuese lo suficiente oscura como para impedir la lectura y su comprensión por los ciudadanos.

La claridad de la ley, especialmente después de la revolución francesa de 1789, comenzó a ser identificada a través de la máxima *nullum crimen nulla*

¹⁷¹ Después de discurrir, en el segundo capítulo de su obra, sobre el origen de las penas y del derecho de castigar, Beccaria, justificando la teoría del contrato social, aclara que “las leyes representan las condiciones bajo las cuales hombres independientes y separados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de beligerancia y de disfrutar de una libertad que resultaba inútil ante la incertidumbre de poder conservarla. De esa misma libertad, sacrificaron una parte, para poder disfrutar lo demás con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía del pueblo, y su soberano es su depositario y legítimo administrador (BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, cap. II, P. 106). Y continúa su argumento, diciendo: “Fue, por tanto, la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad; es cierto, sin embargo, que nadie pretende ponerla en un depósito público con un límite superior a la mínima porción posible, suficiente para inducir a los demás para que la defiendan. La suma de todas esas mínimas porciones posibles, constituye el derecho de castigar; todo lo que sea para más es abuso, no justicia; es un hecho, no el derecho (*Ibidem*, pp.107-108).

poena sine lege certa. Así, existe, actualmente, la exigencia de lo que se suele denominar *taxatividad* de la ley penal.

Otra extensión natural del principio de legalidad se refiere a la *proporcionalidad de las penas*. Además de los claros términos que figuren en el tipo penal que prohíbe o impone un determinado comportamiento, la pena debe ser proporcional al mal practicado por el agente que violó la norma y, por tanto, produjo una lesión o peligro de lesión a algún bien jurídicamente protegido.

Beccaria destinó el capítulo XXIII de su obra a discutir la necesidad de proporción entre los crímenes y las penas. En su época, pero también hoy en día, el legislador trataba con rigor excesivo determinadas situaciones que no lo exigían y, por otro, de forma extremadamente blanda hechos que merecían un mayor rigor. Dado que las penas eran, en su mayoría, corporales, aflictivas, normalmente eran desproporcionadas al delito cometido por el agente. Por eso, concluyó, en su capítulo XV que “para que una pena logre su propósito, es suficiente que el mal proveniente de la pena supere el bien que nace del delito; y en este exceso de mal se debe calcular la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo, además, es, por tanto, superfluo, y, al mismo tiempo, tiránico”.¹⁷² Significa esto, en definitiva, que la pena será el termómetro de la gravedad del hecho practicado. Cuanto mayor sea el daño, mayor será la importancia del bien lesionado, mayor deberá ser el castigo, respetando siempre el principio de dignidad humana.

Todos estos argumentos culminarán, por tanto, en una aplicación de pena que haya sido previamente conocida, de forma clara y precisa, por el agente infractor que, incluso sabiendo de antemano las consecuencias de su acto, no dejó de practicar la conducta prohibida o impuesta por la ley penal, razón por la cual el Estado, a partir de ese momento, es decir, desde la comisión de la infracción penal, se consideró legitimado para dar comienzo a la investigación, respetando las garantías del acusado. Todo ello culmina en denuncia ante la Justicia Penal

¹⁷² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, cap. XV, p. 179.

que, a través de un proceso contradictorio, y respetuoso del derecho a la defensa, lo condenó a la pena proporcional prevista en el precepto del tipo penal.

A partir de la sentencia penal condenatoria inicia una nueva etapa, es decir, el cumplimiento de la pena que fuera impuesta legítimamente por el Estado. El condenado, ahora, por el hecho de no haber cumplido con una de las cláusulas del contrato social imaginario, perderá una parcela de su derecho de libertad.

Actualmente, en los países donde se preserva la dignidad de la persona humana, además de la pena de muerte, el máximo que se podrá imponer al agente que cometió el delito será su privación de libertad, quedando preservados sus demás derechos.

La pena también debe tener un fin utilitario, es decir, deberá servir para impedir que el delincuente cometa nuevos delitos, ya sea en la forma de prevención especial negativa (segregación momentánea de la convivencia en sociedad), o incluso como una prevención especial positiva (reinserción), así como, también una especie de prevención general (también positiva y negativa), para disuadir a los demás miembros de la sociedad de que realicen infracciones penales. Beccaria, en la conclusión de su obra, en el capítulo XLII, decía que “para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, eficaz, necesaria, el mínimo posible en las circunstancias dadas, proporcionada a los crímenes, dictadas por las leyes”.¹⁷³

El maestro de Milán, fue, por tanto, uno de los grandes pensadores iluministas de su tiempo, y sus lecciones siguen siendo actuales. Por increíble que parezca, vivimos en un período tal vez incluso peor que aquel en el que se encontraba Beccaria cuando escribió su libro. Peor en el sentido de que el Estado, aunque no sea despótico o tirano, trata a sus presos con indignidad. Parece que el que cometió alguna infracción penal, al ser detenido, procesado y condenado, junto con su privación de libertad, pierde también sus demás derechos.

Como veremos a lo largo de esta investigación, cada vez que las tasas de

¹⁷³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, cap. XLII, p. 315.

criminalidad aumentan, cada vez que algún delito bárbaro se produce, la sociedad, estimulada por los medios de comunicación, solicita penas cada vez más severas, o incluso la creación de nuevas infracciones penales. La neopenalización y la neocriminalización, sin embargo, ya habían sido diagnosticadas por Cesare Bonessana como un error. En realidad, lo que estimula la comisión de delitos, en todos los niveles, es la certeza de la impunidad. Por eso, decía Beccaria que “la certeza del castigo, aunque moderado, suscitará siempre una conmoción mayor, que el recelo más cruel, vinculado a la esperanza de la impunidad”.¹⁷⁴

Por otra parte, otro factor inhibitor de determinadas infracciones penales sería la aplicación de la política pública, es decir, de las acciones sociales para minimizar la desigualdad en la sociedad, donde coexisten la riqueza y la pobreza extrema en el mismo espacio.

6. JOHN HOWARD Y LA REFORMA PENITENCIARIA

Uno de los personajes más notables en la historia de la reforma penitenciaria fue John Howard. En el año 1755, a los 30 años de edad, decidió ir a Lisboa, a contemplar lo que había pasado en aquella ciudad después del gran terremoto que la destruyó. Este viaje sería un hito extremadamente importante en su vida, dado que, a partir de entonces, empezaría a entender lo que significaba la privación de la libertad de un ser humano y las condiciones a la que era sometido.

Como apunta L. Jiménez de Asua, “El viaje había de tener las más fecundas consecuencias en su existencia henchida de filantrópico afán desde entonces. Al volver de aquella excursión, a la altura de Brest, en el ángulo extremo de Bretaña, casi a la entrada del Canal de la Mancha, el barco de Howard que volvía a su patria es apresado por un corsario francés, que le retuvo prisionero durante varios meses. Conoció así por propia experiencia la cautividad”.¹⁷⁵

En 1773, a los 45 años de edad, Howard es nombrado *sheriff* del condado de

¹⁷⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, cap. XX, p. 213.

¹⁷⁵ ASUA, Luis Gimenez. *Tratado de Derecho penal*, tomo I, p. 258.

Bedford, circunstancia que le permitió familiarizarse con las miserias de las prisiones de su época, lugares fétidos donde los seres humanos eran hacinados como animales. Sus visitas periódicas en los centros penitenciarios y el contacto directo e intenso con los presos, facilitaron que el humanista inglés se sensibilizara con los problemas a los que se enfrentaba diariamente, convirtiéndose, así, en un incansable crítico y defensor de la mejora del sistema.

Las enfermedades eran una constante, ya que los presos no recibían un tratamiento adecuado, permitiendo que las enfermedades se propagasen fácilmente en las cárceles. La promiscuidad también era un mal que debía ser combatido. Sin embargo, como los encargados de cuidar y vigilar a los presos no recibían ninguna remuneración de las arcas públicas, la situación resultaba todavía peor, dado que los cobros recaigan directamente sobre los propios presos, generalmente miserables, pertenecientes a las clases menos favorecidas, que no tenían posibilidad de pagar y, por tanto, quedaban presos indefinidamente, hasta que saldasen sus cuentas con quien detenía las llaves de su celda.¹⁷⁶

Esta imposición de pago por parte del carcelero al preso, dio lugar a que se produjeran muchas injusticias. Por eso, Howard propuso que los carceleros deberían ser pagados por el propio Estado, es decir, por la propia administración pública de la prisión, y no por los presos.

Howard fue un obstinado con respecto al problema penitenciario. Además de conocer y trabajar para la mejora de las prisiones de Inglaterra y en Gales, también emprendió viajes para otros países, como Portugal, España, Francia, Alemania, Holanda, Finlandia, Irlanda, Suiza, Dinamarca, Austria, Prusia, Rusia, Italia, Turquía, entre otros, tratando de conocer y comparar los sistemas penitenciarios.

¹⁷⁶ Javier Galvete, citado por F. Bejerano Guerra, apunta que: “En Belford halló 2 calabozos situados a 11 pies bajo tierra; el patio común a hombres y mujeres. Ni el alcalde ni los carceleros cobraban sueldos del Estado, sino que vivían de ciertas cuotas impuestas a los presos, de manera que ninguno de ellos podía salir de prisión, aunque hubiese cumplido condena, o sido absuelto, mientras no abonase 75rs al alcalde y 10 al conserje. Algunos infelices permanecían años enteros detenidos por no poder pagar esos tributos (BEJERANO GUERRA, Fernando. *John Howard: inicio y bases de la reforma penitenciaria. Historia de la prisión*, p. 116).

Después de evaluar y criticar las numerosas prisiones, Howard, en su libro *State of prisons*, sentó las bases para un cumplimiento de pena que no perjudicase los demás derechos del hombre, es decir: 1) Higiene y alimentación. 2) Disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados. 3) Educación moral y religiosa. 4) Trabajo. 5) Sistema celular dulcificado.¹⁷⁷

Howard identificó varios problemas que, si se mejoraban, proporcionarían unas condiciones de vida mejores para los presos que cumplían sus penas en aquellos establecimientos. El filántropo inglés apuntaba la resolución de problemas simples, como el suministro de agua constante, la necesidad de ventilación de las celdas, que permitiesen el paso de un aire limpio y respirable, el suministro de una alimentación adecuada, la utilización de uniformes que posibilitasen la identificación y una mejor presentación de los presos, el ofrecimiento de trabajo para que las mentes permaneciesen ocupadas con algo útil, -disminuyendo, de esta forma, no sólo la depresión y el deseo de fugarse, sino el de eliminar la propia vida, con la práctica de suicidios,- la permanente visita de magistrados y de funcionarios del gobierno que inspeccionasen las prisiones, escuchando y solucionando los problemas relativos a los presos, en definitiva, medidas que, por increíble que parezca, no se han conseguido aplicar¹⁷⁸.

Su lucha, sin embargo, no fue en vano. Muchos establecimientos penitenciarios, especialmente los de Europa, acabaron adoptando y aplicando las orientaciones dejadas por este gran humanista. Los problemas detectados por Howard aún persisten. Sus lecciones y experiencias deben guiar a la sociedad que vive en la llamada post-modernidad.¹⁷⁹

¹⁷⁷ JIMÉNEZ ASUA, Luis. *Tratado de Derecho penal*, tomo I, p. 259.

¹⁷⁸ Howard murió el 20 de enero de 1790, después de haber contraído en el medio en el que tanto luchó para mejorar, es decir, en cada establecimiento de reclusión de Kerson, en Crimea, la llamada “fiebre penitenciaria” (tifus exantemático).

¹⁷⁹ “Si la obra de Howard está considerada por muchos la obra de arranque de la reforma carcelaria, no podemos olvidar su trascendencia y actualidad, ya que sus principios siguen vigentes hoy, encontrándose muchas de sus propuestas incorporadas en las disposiciones que en la actualidad rigen los establecimientos penitenciarios de Occidente” (BEJERANO GUERRA, Fernando. *John Howard: inicio y bases de la reforma penitenciaria. Historia de la prisión*, p. 131).

7. JEREMY BENTHAM Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

El final del siglo XVIII estuvo marcado por un cambio de mentalidad estatal en lo que se refiere a la pena de privación de libertad. Inicialmente, como hemos visto tenía un carácter meramente provisional, cautelar, como lugar en el que el acusado o el condenado aguardaba su ejecución, o una pena corporal, que le infligiría un castigo por el mal que había cometido. La prisión comenzaba a ganar un nuevo estatus.

La teoría utilitarista impulsó su lucha reformista. Bentham propuso reformar el sistema penitenciario por un modelo que garantizase la dignidad humana. Se concentró en el diseño de este modelo, que se acabó plasmando en la creación del llamado *panóptico*.

El prefijo *pan*, de origen griego, tiene el significado de totalidad; *óptico*, palabra también originaria del griego, se refiere a la visión. Así, Bentham proyecta, arquitectónicamente, el llamado *panóptico*, es decir, un edificio destinado al cumplimiento de penas privativas de libertad, construido de modo que toda su parte interior pudiese ser vista desde un único punto.¹⁸⁰

En efecto, tal como entendía Bentham, el modelo panóptico no servía tan sólo para el encarcelamiento de personas. Su utilidad arquitectónica iba mucho más allá. Podía servir, con algunas adaptaciones, para escuelas, asilos, hospitales, *workhouses*, etc.

En cuanto al uso del panóptico como prisión, desde el punto central, es

¹⁸⁰ Describiendo el panóptico de Bentham, Miller explica que “El edificio es circular. En la circunferencia, en cada planta, las celdas. En el centro, la torre. Entre el centro y el perímetro, una zona intermedia. Cada celda tiene al exterior una ventana hecha de modo que deje penetrar el aire y la luz, al mismo tiempo que impide ver el exterior – y en el interior, una puerta, totalmente enrejada, de tal modo que el aire y la luz lleguen hasta el centro. Desde la base de la torre central se pueden ver las celdas. En contraposición, unos escudos impiden ver la base desde las celdas. Hay un muro que rodea el edificio a modo de cinturón. Entre la base y el muro, un camino para hacer las guardias. Para entrar y salir del edificio, para cruzar el muro del cerco, solo está disponible una vía. El edificio está cerrado”.

” (MILLER, Jacques-Alain. O Panóptico. *A máquina panóptica de Jeremy Bentham*, p. 89).

decir, internamente, de la torre, se podían visualizar todas las celdas. Los dos principios fundamentales de la arquitectura del panóptico son la posición central de la vigilancia y su invisibilidad. Cada piso podría ser, tranquilamente, vigilado por un solo empleado. Este empleado era considerado como un “ojo que no podía ser visto”, es decir, sólo él tenía acceso a las celdas, sin que los presos, a su vez, tuvieran condiciones de verlo.¹⁸¹

Bentham dedicó veinte años de su vida a la realización del proyecto panóptico. Todos los detalles, desde la construcción del edificio, hasta los uniformes de los presos fueron minuciosamente pensados por Bentham. Nada pasó inadvertido. Todo fue pensado, sopesado, evaluado. Incluso la evacuación de los excrementos de los presos fue objeto de larga exposición de su trabajo. Sin embargo, el monarca inglés acabó rechazando su proyecto. Aún hoy, el Panóptico de Bentham ejerce una fuerte influencia sobre el sistema penitenciario, especialmente el existente en EEUU.

8. SISTEMAS PENITENCIARIOS CLÁSICOS

Las teorías de Beccaria, John Howard y Jeremy Bentham, propiciaron entre finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, los primeros sistemas penitenciarios norteamericanos, que tenían por finalidad no sólo el castigo del condenado, pagando por el daño que habían producido a la sociedad, mediante la comisión de la infracción penal.¹⁸²

¹⁸¹ “Es, por consiguiente, una forma arquitectónica designada para individualizar cuerpos y para hacer que dichos individuos estén constantemente sujetos al conocimiento y poder de las autoridades que ocupan su centro. Esta constante visibilidad y vulnerabilidad de los reclusos les induce al autocontrol. Por ello las sanciones son cada vez menos necesarias y son reemplazadas por una obediencia gradual a los mandatos del poder, por una suave pero eficaz estructura de dominación, independiente de la persona que ejerce la autoridad dentro de ella. Puede sospecharse que Bentham, igual que el oficial de la *colonia penitenciaria* de Kafka, está en condiciones de decir respecto de su aparato de condena: ‘hasta ahora intervine yo, pero de aquí en adelante el aparato funciona solo’ (FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, p. 189).

¹⁸² F. Tercero Arribas apunta los orígenes de ese sistema para las colonias. Cuáqueros, que emigraron del mundo anglosajón para los territorios de los EE.UU., explicando que “los cuáqueros parten da Europa con los ‘conocimientos prácticos’ de las prisiones que la intolerancia religiosa les otorgó; con noticias de las nuevas teorías penitenciarias que florecían por aquel entonces y con una

Los sistemas penitenciarios encontraron, por tanto, sus orígenes en el final del siglo XVIII y, como apunta C. R. Bitencourt, “además de los antecedentes inspirados en las concepciones más o menos religiosas, encuentran un antecedente importante en los establecimientos de Ámsterdam, en los *Bridwells* ingleses, y en otras experiencias similares realizadas en Alemania y en Suiza. Estos establecimientos no son sólo un antecedente importante de los primeros sistemas penitenciarios, sino que también marcan el nacimiento de la pena privativa de libertad, superando el uso de la prisión como simple medio de custodia”.¹⁸³

Entre los sistemas penitenciarios que más destacaron durante su evolución, podemos apuntar los siguientes sistemas:

- a) Sistema pensilvánico;
- b) Sistema auburniano;
- c) Sistema progresivo Inglés;
- d) Sistema progresivo Irlandés;
- e) Sistema de Elmira;
- f) Sistema de Montesinos;
- g) Sistema Borstal.

A) *Sistema pensilvánico*

En el sistema pensilvánico o de Filadelfia, también conocido como celular, el preso era trasladado a su celda, aislado de los demás, no pudiendo trabajar o incluso recibir visitas, estimulando su arrepentimiento mediante la lectura de la

recta y severa disciplina bíblica. La clave consistirá en aunar todos estos preceptos y reflejarlos en las instituciones carcelarias. Estos colonos imprimen un carácter práctico a *The State of Prisons* (1776) de Howard o a *Dei delitti e delle pene* (1764) de Beccaria. El sueño de las prisiones como lugar de readaptación del convicto empezará a crecer” (TERCERO ARRIBAS, Fernando. *Sistemas penitenciarios norteamericanos*. Historia de la prisión, p. 149.

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 91.

Biblia¹⁸⁴. Los únicos contactos consistían en las visitas de los funcionarios encargados de las prisiones, o por los representantes de la sociedad de ayuda a los presos.

Una de las más famosas organizaciones de sociedades comunitarias, cuyo objetivo era el de lograr un tratamiento más digno para los condenados, fue la *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, fundada en el año 1787. Su lucha se dirigía a modificar las leyes que infligían penas de trabajos forzados, azotes e incluso la pena de muerte, resultando victoriosa en gran parte de sus reclamaciones.¹⁸⁵

La arquitectura del edificio de la *Eastern State Penitentiary*, en el Estado de Pensilvania, se inspiró en el Panóptico propuesto por Jeremy Bentham.

Este sistema recibió muchas críticas, ya que, además de ser extremadamente severo, impedía la rehabilitación social del condenado, por su completo aislamiento (*solitary confinement*). Tal aislamiento provocaba que los condenados, frecuentemente, tuviesen a menudo episodios sicóticos. Eran, en realidad, muertos-vivientes, condenados a permanecer constantemente aislados en un determinado lugar.

B) Sistema Auburniano

Las críticas al sistema de Filadelfia o pensilvánico hicieron que surgiese otro, conocido como sistema auburniano, recibiendo su denominación por tratarse

¹⁸⁴ Conforme apunta V. Cervelló Donderis, el sistema Pensilvánico o de Filadelfia: “nace a finales del siglo XVIII como reacción frente a los problemas de hacinamiento y promiscuidad que presentaban las prisiones americanas, para ello en la penitenciaría de Filadelfia se instaura un sistema consistente en un aislamiento absoluto que se inspira en la austeridad de los cuáqueros, grupo religioso que defendía la no violencia” (CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*, p. 70).

¹⁸⁵ “Este régimen comenzó en 1790, en la *Walnut Street Jail*, una vieja prisión situada en la calle Walnut, en la cual reinaba, hasta entonces, el conjunto más amplio de delincuentes. Posteriormente, ese régimen llegó a *Eastern Penitentiary*, construido por el renombrado arquitecto Edward Haviland, y que significó un progreso notable por su arquitectura y la forma en que el régimen penitenciario se llevó a cabo en el interior” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 137).

de una cárcel construida en la ciudad de Auburn, en el Estado de Nueva York, en el año 1818.¹⁸⁶

Menos riguroso que el sistema anterior, permitía el trabajo de los presos, inicialmente, dentro de sus propias celdas y, posteriormente, en grupos. El aislamiento nocturno fue mantenido, en celdas individuales. Una de las características principales del sistema auburniano se refería al silencio absoluto que se imponía a los presos, razón por la cual también se le ha conocido como *silent system*.

Las comidas eran comunes, es decir, eran servidas en el refectorio, en una mesa extensa en que todos los presos se sentaban, formando una única cola. Para mantener la regla del silencio absoluto, los presos entraban en aquel lugar con la cabeza baja, comían también con la cabeza baja, y utilizaban capuchas que les impedían la vista.

Los castigos corporales no fueron abolidos en la prisión de Auburn, y se aplicaban, a menudo, colectivamente, cuando no se conseguía descubrir cual de los presos había infringido las normas penitenciarias.

Pimentel señaló las fallas del sistema auburniano aduciendo que “el punto vulnerable de este sistema era la regla inhumana del silencio. En esta regla encuentra su raíz la costumbre de los presos de comunicarse con las manos, construyendo una especie de código, práctica que hasta hoy se observa en las prisiones de máxima seguridad, donde la disciplina es más rígida. Usaban, como se utilizan hoy en día, el proceso de hacer señales con golpes en las paredes o en las tuberías del agua o, incluso, modernamente, vaciando la taza de los sanitarios y hablando en lo que llaman *boca de buey*. Fallaba también el sistema de la prohibición de visitas, incluso de los familiares, con la abolición del ocio y de los ejercicios físicos, así como una notoria indiferencia en cuanto a la instrucción y al

¹⁸⁶ “El autor del régimen penitenciario auburniano tal como ha llegado a nosotros, es el capitán E. Lynds, quien era hombre duro, inteligente e insensible a los sufrimientos de los presos y tenía poca o ninguna fe en la posibilidad de reforma de los penados a los que consideraba salvajes, cobardes e incorregibles” (FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *Manual de derecho penitenciario*, p. 114).

aprendizaje impartido a los presos”¹⁸⁷. También se prohibían las visitas, incluso las de sus propios familiares. No se permitían los ejercicios físicos.

C) *Sistema progresivo inglés*

El sistema progresivo surgió inicialmente en Inglaterra y después fue adoptado por Irlanda. En 1840, Alexander Maconochie, capitán de la Marina Real, impresionado con el trato inhumano destinado a los presos exiliados a Australia, decidió modificar el sistema penal. En calidad de director de un presidio del condado de Norwich, en la isla de Norfolk, en Australia, Maconochie crea un sistema progresivo de cumplimiento de las penas, que se desarrolla en tres etapas.

Crea el llamado *Mark System*, que, según las explicaciones de Edmundo Oliveira¹⁸⁸, era una forma de pena indeterminada, que se medía en razón del trabajo, de la buena conducta del condenado, así como teniendo en cuenta, también, la gravedad del delito cometido. El condenado recibía una calificación que podría ser rebajada si cometía alguna falta. Cuando el condenado lograba una determinada puntuación en su calificación, tenía derecho a avanzar en su régimen de cumplimiento de pena.

En la primera etapa, conocida como período de prueba, el preso era mantenido completamente separado, siguiendo el ejemplo de lo que acontecía en el sistema pensilvánico; como progresión a la primera etapa, se permitía el trabajo común, observándose el silencio absoluto, como preconizaba el sistema auburniano, así como el aislamiento nocturno, “pasando después de algún tiempo a las llamadas *public work-houses*, con más ventajas”;¹⁸⁹ el tercer período permitía la libertad condicional.¹⁹⁰

187 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 138.

188 OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 53.

189 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p.140.

190 “La idea básica consiste en la división del periodo total de cumplimiento en diversas etapas, cada una de las cuales supone una mayor distensión de la disciplina y más libertad para el interno. Las etapas van desde el aislamiento celular del sujeto hasta la libertad condicional, y la progresión no se produce de manera automática sino a medida que evoluciona favorablemente la conducta del preso y su rendimiento en el trabajo. El hecho de que el sistema ofrezca un incentivo al recluso para su adaptación al nuevo medio es una de las claves de su éxito” (TAMARIT SUMALLA,

D) *Sistema progresivo irlandés*

El sistema progresivo irlandés añadió una fase más a las tres mencionadas anteriormente, perfeccionando el sistema progresivo. Como apunta Roberto Lyra, “el sistema irlandés de Walter Crofton (1857) concilia los anteriores, basándose en el rigor de la segregación absoluta en el primer período, y progresiva emancipación, según los resultados de la enmienda. Así se va progresando con los demás períodos – el segundo, con segregación celular nocturna y vida en común durante el día, aunque con la obligación del silencio; el tercero, el de la prisión intermedia (penal industrial o agrícola), en común para demostrar prácticamente los resultados de las pruebas anteriores, es decir, la esperada regeneración y la aptitud para la libertad y, finalmente, poder llegar al período de la libertad condicional”.¹⁹¹

E) *Sistema de Elmira*

El Reformatorio de Elmira se ubicó en el Estado de Nueva York, en 1869, y se basaba en el sistema progresivo irlandés. Era una institución destinada a una categoría especial de delincuentes, es decir, a los primarios, que contaban entre 16 y 30 años de edad.

La sentencia que les había condenado fijaba, de antemano, el tiempo mínimo y máximo de duración de la reclusión, resultando, por tanto, relativamente indeterminada.

Mediante una evaluación del condenado, se crea un sistema unitario de pena y medida de seguridad. Los prisioneros eran clasificados según el sistema de Maconochie y Crofton, que tenía por finalidad regular cómo los condenados podrían ir consiguiendo la libertad condicional.¹⁹²

Josep-María; GARCÍA ALBERO, Ramón; RODRÍGUEZ PUERTA, María-José; SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de derecho penitenciario*, p. 37).

¹⁹¹ LYRA, Roberto. *Comentarios ao código penal*, v. II, p. 91.

¹⁹² “Después de que el condenado pasara por una clasificación inicial, era sometido a un sistema de marcas o vales, concedidas en razón de la evolución en el trabajo, buena conducta, instrucción moral y religiosa. Era obligatorio el aprendizaje de un oficio y la disciplina era de tipo militar. Cuando alcanzaba la tercera fase, el prisionero tenía derecho a la libertad condicional y recibía un

En Elmira, desde 1876, se adoptaron los programas de actividad de ocio, construyendo un gimnasio de deportes donde los presos se ejercitaban diariamente. A partir de entonces, como apunta V. Cervelló Donderis, se “instaura un sistema para jóvenes basado en el ejercicio físico, la instrucción, la progresión en grados y la sentencia indeterminada hasta la reforma del interno”.¹⁹³

El Sistema de Elmira, incluso con sus propias normas de admisión, tampoco logró librarse del problema de la superpoblación. El reformatorio, que tenía 500 celdas, en 1892, contaba con 1.296 condenados y, en 1899, este número ya había aumentado a 1.500, quedando imposibilitada la idealizada clasificación de los prisioneros y sin que, tampoco, consiguiera evitar la promiscuidad que reinaba en el reformatorio.

Los jóvenes, debido al sistema riguroso al que estaban sometidos, en forma de disciplina militar, que imponía severos y pesados castigos por la violación de las normas del reformatorio, sufrían continuas depresiones.

En 1915 comenzó el declive del prestigio del reformatorio de Elmira, junto con todos los demás regímenes de reformatorios existentes en Estados Unidos de América del Norte.

F) Sistema de Montesinos

El sistema de Montesinos, recibe esta denominación por su mentor, el Coronel Manuel Montesino y Molina, que dirigió el Presidio de San Agustín, en Valencia, España, durante el período de 1835 a 1854.¹⁹⁴

peculio, como forma de ayuda financiera para las primeras necesidades” (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 54).

¹⁹³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*, p. 72.

¹⁹⁴ En 1808, durante la Guerra de la Independencia, Montesinos luchó en las Batallas de Tudela, sitio de Zaragoza, Andujar y Bailén, donde se impuso la primera derrota a los ejércitos de Napoleón en Europa. Sin embargo, resultó gravemente herido. Después de participar en otras batallas, volvió de nuevo a ser herido y fue hecho prisionero en 1809 y, en consecuencia, llevado a Francia, donde pasó 5 años en prisión. El 25 de junio de 1814 regresó a España, donde fue condecorado con algunas medallas. El 5 de septiembre de 1834 es nombrado Comandante interino del Presidio de Valencia, cuando aún tenía el rango de teniente. En 1835, con su ascenso a capitán, logró el nombramiento definitivo, y empezó a administrar y a controlar el mencionado presidio.

Al asumir su cargo de Comandante interino de la Prisión de Valencia, Montesinos pudo comprobar que las prisiones españolas, a pesar de algunas mejoras producidas por las reformas producidas a partir de finales del siglo XVIII, seguían siendo inseguras, por la falta de higiene, por la forma equivocada y cruel con la que eran tratados los presos, en definitiva, por la ausencia de características básicas que harían que aquel lugar, destinado a los presos privados de su derecho a la libertad, fuese al menos habitable.

Montesinos fue un visionario y un apasionado por la causa penitenciaria. Creía, firmemente, en la recuperación del hombre. En la puerta de su presidio mandó colocar la siguiente inscripción: “Aquí penetra el hombre, el delito queda a la puerta”. Pretendía subrayar que el delito cometido por el hombre que estaba entrando en aquella cárcel se había dejado atrás, es decir, se confiaba en un futuro mejor, en el que se restauraría la dignidad del ser humano. Incluso cumpliendo su condena, pagando por el error cometido, el hombre tenía que tener esperanza en el futuro, motivándole a permanecer en ese lugar, separado de los demás miembros de la sociedad.

Montesinos, realizó varios cambios con el objetivo de mejorar el sistema de prisión, entre los cuales cabe destacar:

- a) La eliminación de los castigos corporales e infamantes;
- b) La implementación del trabajo remunerado del preso;
- c) La prohibición del régimen celular, lo que impedía que el preso se socializara con los demás, provocando serios problemas psicológicos, como consecuencia de su aislamiento;
- d) Hizo posible la concesión de salidas temporales de los presos, hechos éste hasta entonces impensables en el sistema penitenciario;
- e) Introdujo en el sistema, como señala Edmundo Oliveira, “una especie de libertad condicional, reduciendo un tercio de la condena como recompensa a la buena conducta del preso, apoyado en una

interpretación del art. 303 de la *Ordenación General de los Presidios del Reino*, de 1834, que le sirvió como fundamento jurídico. A menudo se atribuye a Manuel Montesinos y Molina el pionerismo en la creación del instituto de la libertad condicional”;¹⁹⁵

- f) Mentalizó al preso de su corresponsabilidad en la seguridad del establecimiento penitenciario, para que, internamente, no se usaran candados.

Fueron numerosas las ideas revolucionarias de Montesinos. El éxito de su presidio era tan grande, especialmente en lo que se refería al trabajo de los presos, que los fabricantes y artesanos de la época comenzaron a quejarse en contra de su productividad, que entraban e competencia con su comercio.

Empezaron a surgir críticas y reivindicaciones por parte de aquéllos que no entendían la necesidad de la rehabilitación de los presos, que se sentían amenazados por la producción penitenciaria y, por ello, el Gobierno acabó cediendo a la presión, y retiró el apoyo a la iniciativa de Montesinos, de manera que la producción penitenciaria fue, gradualmente, reducida.

Insatisfecho con la situación, Montesinos decidió retirarse, en 1854 y, como era de esperar, se produjo un enorme retroceso en el sistema penitenciario, convirtiéndose, una vez más, en ineficaz en orden a la rehabilitación del condenado en la sociedad.

G) *Sistema Borstal*

El sistema Borstal, fue creado en Inglaterra, en 1902, con la finalidad de apoyar a los jóvenes delincuentes entre 16 y 21 años de edad.

Borstal se puede considerar como un modelo pionero de régimen penitenciario abierto. Según recuerda Edmundo Oliveira, “comenzó cuando, en 1930, un grupo de jóvenes detenidos se desplazó a un campamento en la Ciudad de Nottinghamshire y allí construyeron una vivienda tanto para ellos como para

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 55.

los que vinieron posteriormente. Los propios detenidos concebían la vivienda como prisión”.¹⁹⁶

Nacía, allí, el germen de la casa penal abierta, o prisión albergue, donde la vigilancia con relación a lo presos era extremadamente reducida, de manera que su reinserción a la sociedad se realizara de forma natural.

La posibilidad de permanencia en la vida en sociedad es un factor de agregación, es decir, impide que el condenado quede aislado de sus amigos y familiares, de forma que su retorno gradual a la completa libertad resulte lo menos traumático posible.

C. García Valdés subraya que, durante los siglos XIX y XX, el cumplimiento de las penas privativas de libertad ha atravesado por diversos estadios de desarrollo hasta llegar a la actualidad. Esas diferentes etapas han ido encaminando la ejecución de esas penas desde la contrición moral, como base del siglo XIX, hasta el atisbo de tratamiento correccional, así denominado, a principios del siglo XX. En los comienzos de este extenso período, “la corrección era uno de esos tradicionales objetivos que facilitaron la consolidación de la pena de prisión. No el único, desde luego, ni siquiera el más importante”.¹⁹⁷ Y defiende que la noticia de la reforma del delincuente marca un hito en la historia penal; he aquí y así el momento: se pasa del concepto de su eliminación al de retener a la persona procurando su adaptación a la sociedad, haciendo cuanto de posible cabe para alentar su capacidad de convivir con los demás hombres. Esta idea de un sustancial cambio futuro es lo que anima al auge de la enmienda correccional.¹⁹⁸

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 56.

¹⁹⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, p. 11.

¹⁹⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, p. 12.

9. VIGILAR Y CASTIGAR: UN GRITO DE ALERTA

A menudo, los mejores diagnósticos, las críticas más contundentes y acertadas de lo que acontece en el universo jurídico no provienen de juristas, ni de académicos del derecho. Paul-Michel Foucault es un claro ejemplo.

Foucault no era jurista, sino, como recuerda J. L. Salas Arenas¹⁹⁹, un filósofo, psicólogo, investigador social, político, cuya obra -*Vigilar y Castigar*- tuvo el mérito de señalar, destacar y describir las atrocidades que se cometieran en el sistema penal.

Vigilar y castigar es, fundamentalmente, un grito de alerta. Un grito que resonó en las aulas de las Universidades, entre los académicos, los medios de comunicación de masas, entre la clase política, encargada de la construcción legislativa, entre la Justicia, en general. *Vigilar y castigar* se presenta como un museo del horror, por el que recorreremos sus pasillos girando la cara a las pinturas que cuelgan de sus paredes, que nos chocan, nos agreden, desagradables a la vista pero que, lamentablemente, retratan, con fidelidad, los hechos de la vida real.

El mérito de Foucault, entre muchos otros, fue el de dar a conocer los horrores cometidos por un sistema penal de manera desproporcionada, sin compromiso con la dignidad de la persona que, hasta el siglo XVIII, no tomaba en consideración el sufrimiento que, oficialmente, infligía a los que habían cometido un delito.

Foucault muestra la evolución, si podemos llamarlo así, de un sistema penal cuya finalidad era la aplicación de un castigo doloroso corporal, a otro, donde su objetivo principal sería la aplicación de una pena privativa de libertad. Ahora, como decía Foucault, el sufrimiento no era ya el del cuerpo, sino el del alma.

Como veremos con más detalles en este capítulo, en su *Vigilar y Castigar*, Foucault ya pronosticaba el fracaso de la pena de prisión, dado que la cárcel no cumplía con las funciones para las que se había creado. De aparente solución, se

¹⁹⁹ SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Apuntes biográficos sobre Paul-Michel Foucault*. Historia de la prisión, p. 221.

convirtió en un problema. Si su propósito era humanizar el cumplimiento de la pena, no logró alcanzar su meta. Contrariamente a su naturaleza, el hombre fue transformado en un animal enjaulado. Originalmente creado para interactuar, comunicarse, multiplicarse sobre la tierra, el hombre comienza a aislarse de los demás. Su personalidad, poco a poco, comienza a destruirse. Se ve obligado a convivir con quien no conoce; a dividir su espacio, su intimidad con desconocidos.

Sin duda, la prisión, aunque necesaria, no era sin embargo la solución final. Continuaba la búsqueda de una pena, que no hiriera la dignidad inherente a toda persona. El hombre se lo merecía. Aunque se hubiese equivocado, que hubiese incumplido con una de las cláusulas del supuesto contrato social que, implícitamente, había aceptado, merecía ser tratado dignamente.

Las críticas de Foucault, con veremos, son seguras. Apuntan, efectivamente, a una realidad a la que no podemos dar la espalda. En cualquier momento, en algún lugar del mundo, alguien, en el interior de una celda fétida, está sufriendo los horrores de la privación de su libertad, siendo tratado abusivamente, olvidando su dignidad.

¡Quién no ha cometido un delito, que tire la primera piedra! Desde el más pequeño, hasta las figuras más reconocidas en el entorno social, casi todos, sin excepción, en algún momento de su vida, han cometido delitos. Pero no por eso deben ser tratados como animales, como si por haber cometido un delito, hubiesen perdido su dignidad. Sin embargo, nuestra furia punitiva, se dirige a los más débiles, aquéllos por los que no hay voces para reclamar sus derechos. Son pobres, improductivos, sin educación, analfabetos, maltratados por la vida. ¿Por qué molestarse con ellos? No nos gusta verlos en las calles. No les invitamos a nuestras fiestas. No tenemos el coraje de estrechar sus manos sucias. Su aliento nos molesta. Su olor es insoportable. ¿Por qué debería importarnos este tipo de personas?

La culpa, de hecho, es toda nuestra. Si estas personas son así, sin duda, parte

de eso se debe a nuestro egoísmo. Por esta razón, Foucault²⁰⁰ apuntaba una culpabilidad social, es decir, de alguna manera, la sociedad debía ser responsable del delito cometido por uno de sus miembros. Ya sabemos que hay crímenes y crímenes. Existen los delincuentes de guante blanco que, por su inteligencia, no necesitan utilizar un cuchillo o un revólver para sustraer la cartera de alguien. Sus acciones, sin embargo, son devastadoras.

Conviene mencionar algunos datos biográficos de Foucault, para comprender mejor su teoría. Paul-Michel Foucault nació en la ciudad francesa de Poitiers, el 15 de octubre de 1926, donde vivió toda su infancia y adolescencia en el seno de una respetable familia burguesa.

Era un hombre de costumbres solitarias, una persona de difícil convivencia, de temperamento difícil. En 1948, intentó, por primera vez, suicidarse, hecho que se repetiría en otras ocasiones. Homosexual, era portador de varios trastornos psíquicos. A los 22 años de edad, tuvo, como paciente, su primer contacto con la psiquiatría. J. L. Salas Arenas informa que “El médico de la École se limita a decir que estos trastornos provenían de una homosexualidad muy mal vivida y muy mal asumida. Al regresar de los bares de homosexuales de sus expediciones nocturnas, Foucault se queda postrado, con náuseas, avergonzado. Aquí radican algunos elementos de los que se valdrán sus críticos y sus detractores: dirán que sus obsesiones lo llevaron a escribir sobre la locura o el sexo”.²⁰¹ En 1952, a los 26 años de edad, consiguió diplomarse también en psicología patológica en el Instituto de Psicología.

El final de la década de 60 y comienzo de la década de 70, del siglo pasado, fueron muy importantes para Foucault. En 1969, abandonó los pensamientos

²⁰⁰ “Su padre quería que estudiara la tradicional profesión que había abrazado la familia, pero Michel, con 17 años de edad y sin vocación para tales menesteres se enfrentó y discutía intensa y tormentosamente con su progenitor, contando con el apoyo de su madre, hasta que finalmente, el médico Paul Foucault halló consuelo al empezar su segundo hijo los estudios de medicina. Pudo entonces, Michel, libre de aquel hostigamiento iniciar su preparación para ingresar en la École Normale Supérieure de la rue d’Ulm, donde cifraba sus expectativas de convertirse en filósofo” (SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Apuntes biográficos sobre Paul-Michel Foucault*. Historia de la prisión, p. 229).

²⁰¹ SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Apuntes biográficos sobre Paul-Michel Foucault*. Historia de la prisión, p. 230.

puramente teóricos, y se unió a un grupo de estudiantes de La Sorbona que protestaban contra la Universidad. Tuvo un enfrentamiento con la policía, sintiendo los efectos de las bombas lacrimógenas y de las porras, además de ser arrestado. Nació, allí, el mito de la vida política pública de Foucault.

A partir de los años 70, Foucault se unió a los movimientos que defendían los grupos estigmatizados, como el Grupo de Información de las prisiones (GIP), junto con J.M. Domenach y P. V. Vidal Naquet, según informa Salas Arenas.²⁰² El año 1971 estuvo marcado, en Francia, por los motines en las cárceles, donde los reclusos denunciaban las condiciones infrahumanas a las que estaban sometidos, los horrores que acontecían en las prisiones, cuestionando por tanto la utilidad del encarcelamiento.²⁰³

En 1975 publicó uno de sus más importantes y conocidos libros: *Vigilar y Castigar*, con el subtítulo *el Nacimiento de la prisión*. Foucault advierte que se someterá a cuatro reglas fundamentales:

“1) No limitarse al estudio de los mecanismos punitivos exclusivamente en su efecto ‘represivo’, sino sólo en su aspecto de ‘sanción’, interesándose por los efectos positivos que pueden producir, aunque a primera vista parezcan marginales. Por lo tanto, se trata de considerar el castigo como una función social compleja;

2) Analizar los métodos punitivos no como una simple consecuencia de las

²⁰² Foucault, junto con Jean Paul Sartre y otros humanistas, también sale en defensa de los inmigrantes que fueron víctimas de ataques racistas, expulsiones arbitrarias, etc., creando, en 1972, una Comisión para la Defensa de la Vida y los Derechos de los Inmigrantes. Sus protestas le llevaron a algunas otras prisiones, aunque fuera por un corto periodo de tiempo. Formaba parte de un grupo intelectual y activo de resistencia contra los abusos que se practicaban por el Poder contra el derecho de libertad del ser humano. Como un defensor de los derechos humanos, principalmente de las causas penitenciaria, Foucault comenzó a viajar a diversos países, dando conferencias sobre el tema (Vid. SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Apuntes biográficos sobre Paul-Michel Foucault. Historia de la prisión*, p. 243).

²⁰³ Murió el 25 de junio de 1984, después de luchar en vano contra el virus del VIH. En los últimos años de su vida, Foucault ya estaba muy débil. Independientemente de los otros libros que había escrito, como el de *Psicología del Conflicto*, *Arqueología del Saber*, *Historia de la Locura e Historia de la Sexualidad* (que recibió el título de *Voluntad del Saber*), en relación con nuestro tema, *Vigilar y Castigar* fue, sin duda, la voz de la cárcel, un grito de alerta para esta terrible historia del origen y la “evolución” de las prisiones.

normas jurídicas o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas que se concretan en los otros procesos de poder. En relación con los castigos, se trata de adoptar la perspectiva de la táctica política.

3) En lugar de tratar la historia del derecho penal y de las ciencias humanas como dos disciplinas separadas, se trata de determinar si no hay una matriz común y ambas no derivan de un proceso de formación ‘epistemológico-jurídico’; en definitiva, se discute si poner la tecnología del poder en el principio tanto de la humanización de la penalidad como del conocimiento del hombre.

4) Verificar si esta entrada del alma en el escenario de la justicia penal y, con ello, la inserción en la práctica judicial de todo un saber ‘científico’, no es el efecto de una transformación de cómo el propio cuerpo está influido por las relaciones del poder”.²⁰⁴

El primer capítulo de *Vigilar y Castigar* comienza narrando la terrible ejecución de Damiens, que tuvo lugar el 2 de marzo de 1757. Con ello, Foucault pretendía mostrar el horror, la insensibilidad y, al mismo tiempo, el espectáculo que implicaba el suplicio, tan común en aquel momento. El suplicio era una demostración de poder, de intimidación del pueblo, que se ponía en el lugar del ejecutado. Como explica Foucault, “el suplicio es una técnica y no debe ser equiparado con los extremos de una ira sin ley. Una pena, para ser un suplicio, debe obedecer a tres criterios principales: en primer lugar, producir una cierta cantidad de sufrimiento hasta que se pueda, y si no se mide con exactitud por lo menos se evalúa, compara y clasifica; la muerte es un suplicio en la medida en que no es simplemente la privación del derecho a vivir, sino la ocasión y el término final de un sufrimiento gradual y calculado: desde la decapitación – que reduce todos los sufrimientos a un solo movimiento y en un solo instante: el grado cero del suplicio – hasta el descuartizamiento que lleva el sufrimiento casi al infinito, a través del ahorcamiento, del fuego y de la rueda, en la cual hay una larga agonía; la muerte-suplicio es el arte de mantener la vida en el sufrimiento, subdividiéndola en ‘mil muertes’ y consiguiendo, antes del cese de la existencia,

²⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigilar e punir*, p. 23-24.

the most exquisite agonies. El suplicio reposa en el arte cuantitativo del sufrimiento. Pero no sólo esto: esta producción es regulada. El suplicio pone en correlación el tipo de herida física, la calidad, la intensidad, el tiempo de los sufrimientos con la gravedad del delito, la persona del delincuente, el nivel social de sus víctimas. Existe un código jurídico del dolor; la pena, cuando es de suplicio, no se abate sobre el cuerpo al azar o en bloque; se calcula conforme a reglas detalladas; número de golpes de látigo, ubicación de la marca al rojo vivo, tiempo de agonía con el la fuego o con la rueda (el tribunal decide, si es el caso, que se estrangule al reo de inmediato, en lugar de dejarlo morir, y cuánto tiempo después de este gesto de piedad debe intervenir) para imponer tal mutilación (mano cortada, labios o lengua agujereada)”.²⁰⁵

Este espectáculo de horror llamado suplicio formaba parte de una ceremonia, organizada en rituales, que debía ser impactante tanto con relación a la víctima, que, si sobrevivía, debía cargar en su cuerpo con las huellas infamantes de la ejecución, así como para la Justicia, como demostración de su poder, intimidando, así, a todos los demás que, habiendo asistido a la ejecución del condenado, o incluso viendo las huellas indelebles en su cuerpo, no se atreverían a repetir el delito cometido.

Eran tiempos terribles. Las personas eran objeto de la furia desenfrenada, pero, al mismo tiempo, calculada por los gobernantes. Se hacían las previsiones necesarias para que el cuerpo sufriese al máximo, para que la vida se prolongara y el dolor cumpliera su papel. La muerte casi instantánea del condenado era un desperdicio. Aquel momento debía quedar marcado en las mentes, como un hierro candente, advirtiendo siempre que el poder estaba presente y, si sus disposiciones no eran cumplidas, alguien sufriría de igual manera.

Entre el siglo XVIII y el siglo XIX, se experimenta un cambio como consecuencia, principalmente, de la Revolución Francesa, que se rebelaron contra este sistema cruel e inhumano, lo que hizo que las penas corporales, infamantes, quedasen atrás. Como una forma de castigar, aparece, como alternativa más digna,

²⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 31-32.

la pena de prisión. Como decía Foucault, ahora, el cuerpo dejaría de sufrir; el sufrimiento sería del alma.

Con la pena de prisión, surge un nuevo problema: ¿dónde colocar tantos presos? ¿Qué hacer con ellos? Podrían estar ahí, pudriéndose, ¿sin ninguna actividad? La pena debía tener un fin utilitario, es decir, ¿debía servir sólo para compensar el mal cometido con la infracción penal, castigando al delincuente, o, por el contrario, debía aplicarse con el fin de recuperarlo, para traerlo de vuelta a la convivencia social?

Se trataba de lugares malsanos, insalubres, sin ventilación, con olor insoportable, alejados de la luz del sol, extremadamente fríos en los días de invierno, e insoportablemente calurosos en los días de verano, en definitiva, la prisión debía ser revisada para satisfacer sus nuevas necesidades.

A lo largo de los años, se sucedieron diversas propuestas para intentar dar a la prisión un fin distinto del mero y simple sufrimiento de quien cometió la infracción penal, como es el caso de los sistemas pensilvánico, auburniano, progresivo inglés, progresivo irlandés, de Elmira, de Montesinos, Borstal; en definitiva, se pretendía que la prisión, además de retribuir simplemente el mal cometido con la infracción penal a través de la privación de la libertad del delincuente, tuviese un fin utilitario, de manera que el recluso pudiese, después de un determinado período de tiempo, volver a la convivencia con sus compañeros.

Sin embargo, estos intentos se vieron frustrados. Si uno de los objetivos era reducir las infracciones penales, a través de un efecto disuasorio, como bien advierte Foucault, las prisiones no consiguieron reducir las tasas de criminalidad, sino que, por el contrario, aumentaron.

Las recaídas son comunes. De hecho, cuanto más tiempo permanece el agente en la cárcel, mayor será la probabilidad de volver a cometer delitos. Como

apunta Foucault, la prisión, "en lugar de devolver a la libertad individuos corregidos, esparce en la población delincuentes peligrosos".²⁰⁶

A los presos se les asignaba, muchas veces, trabajos inútiles, que no les servían absolutamente de nada cuando quedaran en libertad. La convivencia penitenciaria posibilita la organización de nuevos grupos de delincuentes que, una vez en libertad, iniciarán una serie de delitos ya previamente acordados cuando estaban juntos en la cárcel".²⁰⁷

Cuando la Justicia no concede al preso lo que le corresponde por derecho, es decir, cuando, por inercia, pereza o incluso por abuso por parte del Estado, la ley, que le favorecía, no se aplica, eso genera un sentimiento de injusticia que, como dice Foucault, puede hacer indomable el carácter del condenado. "Cuando se ve así, expuesto a sufrimientos que la ley no ordenó ni llegó a predecir, entra en un estado habitual de rabia contra todo lo que le rodea; sólo ve verdugos en todos los agentes de la autoridad; ya no piensa más que es culpable; acusa a la propia justicia".²⁰⁸

El sistema penitenciario está en crisis. Los mismos comportamientos inhumanos practicados por el Estado en el período anterior al iluminismo vuelven, ahora, a repetirse. A pesar de que, en la mayoría de los países, el cuerpo del condenado no sufra suplicios físicos como tal, el daño psicológico es indudable. Saber que tiene derecho a ser libre, pero que no es puesto en libertad por la desidia del Estado, que carece de personal suficiente para estudiar todas las solicitudes; permanecer, ociosamente, sin poder trabajar o incluso estudiar, cuando la ley permite que lo haga; no poder recibir visitas, bajo el falso argumento de que el lugar de cumplimiento de pena no posee seguridad suficiente para permitir la entrada de extraños; la separación de su familia; no permitirle un rayo de sol; estar separado de los demás, en definitiva, ¿eso no sería, también, una forma de suplicio?

²⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 221.

²⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 221.

²⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 222.

Cuándo los telediarios muestran la situación penitenciaria, el sufrimiento de los presos, hacinados en celdas repletas, suplicando por una mejora en el sistema, estas escenas ¿no tienen el mismo efecto espectacular que los suplicios, cuándo eran realizados en plaza pública? Ahora, los lugares públicos de las ejecuciones forman parte de nuestro ocio. No hay necesidad de prepararse para salir de casa con el fin de asistir a la ejecución del delincuente. Podemos hacer eso sentados, cómodamente, en nuestros sofás. Podemos considerar incluso que ejerce un cierto efecto disuasorio. La única diferencia es que no sentiremos, de cerca, el olor de la muerte; la sangre del condenado no goteará en nuestros cuerpos. Sin embargo, podemos ser testigos de su sufrimiento.

Llegamos, por tanto, a un punto en el que debería revisarse el sistema penitenciario. Deberían pensarse otras alternativas. La prisión, en su concepción original, no está cumpliendo con sus funciones. No añade absolutamente nada, sino por el contrario, destruye, aniquila la personalidad de quien, por casualidad, la conoció de cerca. La prisión genera sedición, pues diferencia, claramente, ricos y pobres. De hecho, está siendo utilizada como un muro de contención, que separa a los miserables de los privilegiados socialmente, aunque ambos, en mayor o menor medida, sean delincuentes.²⁰⁹

El sistema penitenciario debería ser revisado. Deben pensarse alternativas diferentes. La prisión, en su concepción original, no está cumpliendo sus funciones. No añade absolutamente nada sino que por el contrario, destruye, aniquila la personalidad de quien, por casualidad, la conoció de cerca. La prisión genera motín, ya que diferencia claramente, a ricos y a pobres. De hecho, está siendo utilizada como un muro de contención que separa a los miserables de los socialmente privilegiados, si bien ambos, en mayor o menor medida, son delincuentes²¹⁰.

²⁰⁹ Como dice Foucault, la delincuencia “propia a la riqueza es tolerada por las leyes, y, cuando cae en sus dominios, está segura de la indulgencia de los tribunales y de la discreción de la prensa” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 239).

²¹⁰ La privación de la libertad sin las garantías de un mínimo existencial, sin tener en cuenta el principio de dignidad humana, acaba por distorsionar la personalidad del preso, convirtiéndolo en un ser socialmente irreconocible. Son conocidos los efectos delincuenciales de la cárcel,

Vigilar y castigar -tal como las 95 tesis publicadas por Lutero en la puerta de la Iglesia del Castillo de Wittenberg, en Alemania, donde apuntaba los errores de la iglesia Católica en lo que se refería a la penitencia, a la autoridad del papa y a la utilidad de las indulgencias, y que llegó a provocar una polémica en el mundo cristiano,- debería producir la misma revolución en los Estados que se tildan de Derecho, de forma que las autoridades competentes recapaciten, seriamente, sobre los efectos nefastos de la cárcel.

10. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

10.1. Normativa internacional

Si la prisión, como dicen algunos, sigue siendo un mal necesario, o, como dicen otros, “si el delito es la enfermedad, la pena, la cura, y la prisión, el hospital”, necesitamos cuidar del lugar donde están ingresados los pacientes para que su enfermedad no se agrave, e incluso no lleguen a morir ²¹¹

especialmente en lo que se refiere a la pérdida de sensibilidad. Hechos graves, sin duda, horrorosos, son considerados con normalidad en el ambiente penitenciario. No es raro que, tal como sucede en los penales brasileños, que, durante alguna rebelión, se producen muertes y mutilaciones cometidas por los propios presos, entre sus compañeros. Son escenas chocantes, que se consideran como un suceso común en el entorno penitenciario. Así, los condenados, que deberían ser atendidos por el Estado, son decapitados, descuartizados, violados, arrojados desde lo alto de los edificios que componen el complejo de la prisión, agredidos física y moralmente, en fin, toda clase de atrocidades se practican en este entorno, que disocializa, en lugar de volver a socializar. ¿Cómo se puede volver a socializar a alguien, sacándole de la sociedad? Hay una incoherencia en la propia denominación – resocializar. *Vigilar y castigar*, por tanto, sirve como un grito de alarma, que se hace eco de todos los que no son insensibles a la causa de la humanidad; a todos los que se preocupan por sus semejantes; a todos los que pueden ver las injusticias sociales; que entienden la masacre de los pobres, cada día más miserables, por una clase dominante que, estando en el poder, aunque cometa un delito, no se percatará de sus consecuencias.

²¹¹ “Actualmente, la pena privativa de libertad está en crisis. Para algunos, es la ejecución de la pena privativa de libertad lo que está en crisis. Para otros, son las ideas acerca de la readaptación social las que no han prosperado en el marco penitenciario. El mundo penitenciario es mucho más complicado, resentido y frustrado que el mundo de clínicas, hospitales y laboratorios, y no menos que el mundo libre en donde la libertad de que se disfruta compensa no poco lo que se carece, se sufre y lucha (Cfr. AYUSO VIVANCOS, Alejandro. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, p. 16).

Se ha discutido mucho a nivel internacional, sobre cuánto tiempo el delincuente puede permanecer preso, es decir, hasta cuándo sería posible privar a alguien de su derecho de libertad, sobre cómo debería realizarse esa privación de libertad, e incluso las características del lugar donde se debería cumplir la pena.

Algunos países han tratado de mejorar las condiciones de vida en la cárcel, creyendo que el delincuente fue condenado sólo a ser privado de su derecho de ir, venir, o deambular donde quisiera, asegurando, por tanto, todos los demás derechos que son inherentes a su condición humana, tal como hemos podido comprobar en España, en el Centro Penitenciario de Topas.

Otros países, similar a lo que sucede en Brasil, aunque exista alguna “buena voluntad” dirigida a mejorar el sistema penitenciario, parece que viven en la época de los calabozos, donde los presos están encerrados en lugares insalubres, sin ninguna perspectiva de mejora, como sucede en algunas cárceles públicas localizadas en la ciudad de Teresina, en el Estado de Piauí, o en la ciudad de Porto Velho, en el Estado de Rondonia, donde la temperatura media de la celda ronda en torno a los 50 grados.

Hay países que han tratado de adaptar sus centros de detención al principio de dignidad humana, y otros que no se han preocupado por mejorar el sistema penitenciario, sin llevar a cabo las mejoras que hubieran podido redundar en un cumplimiento de la pena privativa de libertad menos angustioso.

Por ello, que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en cooperación con la *international Bar Association* han articulado un Manual de Derechos Humanos para Jueces, Fiscales y Abogados, donde, en su capítulo 8, destacan las *normas jurídicas internacionales para la protección de las personas privadas de libertad*.²¹²

²¹² Son las siguientes: Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948; Convención Europea de los Derechos del Hombre, de 1950; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955; Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, de 1966; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de 1969; Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales, de 1977; Código de Conducta para los Empleados Responsables por la Aplicación de la Ley, de 1979; Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los

Siguiendo las orientaciones contenidas en el citado manual, presentaremos un análisis conjunto de estas normas, principalmente en relación con los temas que el sistema penitenciario deberá observar, para garantizar el principio de dignidad humana.

10.2. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

“La puerta de la reja se cerró. El ruido de la cerradura trajo al preso a su realidad actual: estaba privado de su libertad. A partir de ese momento, estaba a disposición del Estado. Sus hábitos, sus costumbres, su vida privada quedaría a un lado. Ahora, compartirá su espacio con otros presos, desconocidos. Sus momentos de intimidad serían públicos. Un simple cepillado de los dientes, el baño, sus necesidades naturales e incluso su momento de sueño serían, ahora, llevados a cabo ante la presencia de todos.

Por si eso no bastase, poco tiempo después de su llegada, la puerta de hierro estaba nuevamente abierta. Su nombre fue citado en voz alta. Se le estaba llamando para prestar declaración acerca del hecho de que había sido acusado. Al llegar a una sala pequeña, comenzó a percibir los instrumentos de tortura que lo aguardaban ansiosamente. Pedazos de palo, hilos eléctricos, gomas, mangueras conectadas a un pequeño grifo, paños ya manchados de sangre. Todo aquello anunciaba lo que le acontecería en unos instantes.

Pueblos, de 1981; Principios de Deontología Médica aplicables a la Actuación del Personal de los Servicios de Salud, especialmente Médicos, para la Protección de las Personas Presas o Detenidas contra la Tortura y Otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1982; Convención contra la Tortura y Otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, de 1985; Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratamientos Inhumanos o Degradantes, de 1987; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, de 1988; Principios relativos a una Prevención Eficaz y a la Investigación de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, de 1989; Principios Básicos Relativos al Tratamiento de los Reclusos, de 1990; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 1994; Estatuto del Tribunal Penal Internacional, de 1998.

Dos funcionarios, aparentemente policías, comienzan a interrogarlo acerca de los hechos. Antes, a título de bienvenida, le dan un violento golpe en la cara, por lo que empieza a sangrar. Al comenzar aquella “charla”, empiezan diciéndole que aquél podría ser el único o el primero interrogatorio, y que todo dependía de él, junto con otros artificios que, fatalmente, harían que el preso confesase todo aquello que se le preguntara.

En unos instantes, se le colocaba un papel ante sus ojos. Era su confesión, escrita antes de que hubiera mencionado una sola palabra. Sin ninguna discusión, mirando a aquellas personas con una expresión de perdedor, la pluma se desliza estampando su nombre. Listo. Todo había terminado. Había firmado la confesión. Era realmente culpable”.

Escenas como esta se reproducen, en muchos países del mundo. Podemos afirmar que, en este preciso momento, alguien está siendo torturado por un motivo u otro, bien sea para arrancar una confesión de que, efectivamente, cometió un delito, ya sea para entregar y delatar a alguien que, supuestamente, cometió una infracción penal, sea por simple “diversión” de funcionarios sin escrúpulos, sin preparación. En definitiva, la tortura, lamentablemente, todavía existe en el sistema penitenciario.²¹³

Además de torturar con el fin de obtener una confesión, existe la tortura practicada simplemente por venganza o incluso por diversión de los supuestos encargados de la vigilancia penitenciaria. Es común que quienes fueron arrestados porque cometieron algún delito de gran repercusión, como el delincuente que

²¹³ En relación a las cualificaciones que deben exigirse a un profesional que trabaja en el sistema penitenciario, Andrew Coyle explica que “se debe esperar un alto nivel profesional y personal de todos los integrantes en el marco del personal penitenciario, especialmente de los que trabajan directamente con los presos. Entre ellos se incluyen el personal uniformizado de primera línea o los agentes de seguridad penitenciaria, así como los profesionales tales como los docentes y los instructores. El personal que entra en contacto con los presos a diario debe ser escogido con un especial cuidado. Por tanto, la contratación es de suma importancia. La administración penitenciaria debe tener una política clara para estimular a las personas con el perfil adecuado para que solicite un trabajo en las prisiones. Si el servicio penitenciario ya ha establecido sus valores y el contexto ético en el que operar, es importante que se exprese claramente en el material o en el proceso de admisión. La idea es dejar claro a quien desee desarrollar un trabajo en una prisión, lo que se espera de él en términos de comportamiento y actitud” (*en Administração Penitenciária: Uma abordagem de direitos humanos*, p. 29).

mata a un policial durante un tiroteo, o un caso que ha sido objeto de especial atención por parte de los medios de comunicación, sufra, durante el período de su detención, las consecuencias de su acto, que van más allá de la privación pura y simple de su libertad.

Como una forma de venganza "informal" del Estado, también es frecuente que se torturen a los detenidos. Se trata de que sientan lo mismo que sufrieron sus víctimas. Las sesiones de palizas son constantes. Los presos tienen que saber quién manda. Ahora, abrumados, solo les queda gritar. Sus gritos, sin embargo, no serán escuchados más que por los demás compañeros de prisión, que quedarán amedrentados, aguardando su turno.

Esta tortura constante genera una sedición en el sistema penitenciario. A pesar de que el delito cometido por el preso haya sido detestable y cobarde, como sucede, por ejemplo, cuando se violan a niños, la gente se mata por razones de cobardía o incluso por menos, el Estado no podrá descargar su ira sobre estos presos, escapando, así, de la legalidad del sistema, sin tener en cuenta el principio de dignidad humana.

Por esta razón, es necesario uniformizar, a nivel mundial, el tratamiento que se da a los presos, aboliéndose completamente la tortura, lo que efectivamente viene aconteciendo a través de los principales tratados de derechos humanos de ámbito general, como en la *Convención Europea*, cuyo artículo 3º determina "que nadie puede ser sometido a torturas, ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes".

Algunos países, como los EE.UU., lamentablemente, como veremos más adelante, han oficializado la tortura en algunas situaciones específicas, en contra de la defensa de los derechos humanos. Además de la "tortura oficial", existe otra, más difícil de controlar, que es la tortura practicada en secreto, en la clandestinidad, debido a una situación de ilegalidad y abuso de poder por parte de agentes del Estado. Estos hechos han movilizó a la comunidad internacional para crear mecanismos para que pueda ser evitado al máximo, como se determina en el apartado 1, del art. 2º de la Convención contra la Tortura y otros tratos o

penas crueles, inhumanos o degradantes, que determina que “los Estados deberán tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra naturaleza con el fin de impedir actos de tortura en el territorio bajo su jurisdicción”, o, también, los apartados 2 y 3 del mencionado artículo que establecen que bajo ninguna circunstancia excepcional, como en el caso de amenaza o incluso el estado de guerra, cualquier inestabilidad política interna o cualquier emergencia pública podrá ser invocada como justificación de la tortura. Asimismo, toda orden de un empleado superior que determine la tortura de alguien, se considerará ilegal, razón por la cual el inferior jerárquico no podrá alegar ninguna justificación en su defensa.

Siempre que haya sospecha de tortura, según lo dispuesto en el art. 12 de la citada *Convención*, el Estado deberá proporcionar una investigación rápida e imparcial, para determinar si en efecto acaeció, así como el consecuente castigo de sus ejecutores.

Cada Estado deberá asegurar que cualquier persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier parte del territorio bajo su jurisdicción tenga el derecho de presentar su “denuncia” (aquí debiendo ser entendida cómo *notitia criminis* o incluso la pieza inaugural de la acción penal), así como llevar su caso para que se examine rápida e imparcialmente por las autoridades competentes, tomando las medidas para asegurarse la protección del denunciante y de los testigos en contra de cualquier abuso o intimidación resultante de la queja o de la declaración prestada (art. 13).

Además, una vez comprobada la práctica de la tortura, el Estado asegurará a la víctima el derecho a obtener reparación e indemnización, justa y adecuada, incluyendo los medios para su posible y completa rehabilitación. Si la víctima ha fallecido debido a actos de tortura, sus herederos tendrán derecho a una indemnización (art. 14, 1).

La adopción de estas medidas tiene como objetivo acabar con la práctica de la tortura y castigar a quienes la llevaron a cabo, sin olvidar, sin embargo, a las víctimas y a sus familias, que deberán obligatoriamente ser indemnizados.

10.3. El concepto internacional de tortura

Diversos textos internacionales han intentado definir el concepto de tortura, como por ejemplo de la *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otras Penas o Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes* (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 – Resolución 3.452 (XXX)); la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (adoptada por la Resolución 39/46, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984); y la *Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura* (adoptada y abierta a la firma en el XV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en Cartagena de las Indias – Colombia – el 9 de diciembre de 1985).

Todos los conceptos establecidos en estos textos legales, con pequeñas diferencias entre sí, se complementan, es decir, no son excluyentes y no tienen la pretensión de definir, como un título absoluto, lo que sería tortura. Por ello, vamos a adoptar el concepto del art. 1º de la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, adoptada por la Resolución 39/46, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984.²¹⁴

La tortura se caracteriza por una imposición violenta de dolor o sufrimiento,

²¹⁴ “Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.
2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

que puede ser tanto físico como mental. Por ello, tanto puede ser considerado un acto de tortura el de un funcionario público que golpea a un preso, agrediendo con un bastón de goma, con el fin de obtener una confesión, como aquél que, mediante una serie de artificios, no permite que el preso descanse, es decir, impide que duerma durante un período prolongado de tiempo, aun cuando no se produce, por tanto, ningún tipo de agresión física.

Lamentablemente, la tortura sigue siendo una constante en las prisiones brasileñas, llevándose a cabo de forma ilegal. Por ello, varias organizaciones internacionales se han movilizado para impedir su práctica, creando mecanismos de control. Generalmente, los presos son torturados por los encargados oficialmente de su guarda, vigilancia y cuidado. Muchos instrumentos se utilizan en la práctica de la tortura, como la “pala” (pieza de madera con forma de pala); bolsas de plásticos que se colocan en la cabeza del recluso, que le provocan la asfixia; barras de hierro; electrochoques, normalmente aplicados en las áreas genitales; simulación de ahogamiento, mediante una toalla colocada en la cara del detenido, constantemente mojada por una manguera, impidiendo la respiración; pedazos de goma que sirven para golpear las palmas de los pies y de las manos, sin dejar rastro, etc.

En Brasil, por desgracia, todavía existe la práctica del llamado “palo de guacamayo”, donde se atan las manos y los pies del preso, colocándolo en una barra de metal o de madera, que quedará suspendida, como si fuese un animal capturado en medio de la selva, para, poco después, golpearlo en todas las partes de su cuerpo, o para aplicarle una sesión de electrochoques.

Algunos países, sin embargo, desoyendo los derechos humanos, la han institucionalizado, volviendo a las prácticas que se llevaban a cabo durante el período medieval, especialmente las utilizadas por la llamada “Santa Inquisición”, donde la tortura era un instrumento oficial del Estado para obtener la confesión de los “pecados” cometidos por la persona que supuestamente había cometido la

infracción penal.²¹⁵ La confesión, durante ese período oscuro de la historia, y durante mucho tiempo, era considerada como la *reina de las pruebas*

Podemos apuntar como ejemplo de esta vergüenza internacional el llamado *Patriotic Act*, promulgado por los EE.UU., donde se permite la tortura de los detenidos considerados terroristas. Conforme relata Amnistía Internacional:

“Las fotografías de soldados estadounidenses humillando y aterrorizando a detenidos en Abu Ghraib conmovieron al mundo cuando se publicaron en 2004. Las imágenes se difundieron cuando ya se habían producido numerosas denuncias de tortura y otros malos tratos en relación con centros de detención de Estados Unidos en Afganistán, Irak y Guantánamo. El escándalo de Abu Ghraib impulsó a altas autoridades estadounidenses a condenar los abusos descubiertos y a poner en marcha investigaciones limitadas y revisiones de las prácticas de detención. Pero estas medidas no se han traducido en la rendición de cuentas de todos los responsables, la reparación para las víctimas ni en medidas adecuadas para impedir que este tipo de violaciones de derechos humanos se repitan en el futuro. De hecho, sabemos que el gobierno estadounidense ha autorizado métodos de

²¹⁵ Michael Baigent y Richard Leigh apuntan que “por la ley civil, los médicos, los soldados, los caballeros y los nobles no eran sometidos a tortura y gozaban de inmunidad. La Inquisición decidió ‘democratizar’ el dolor y lo hizo fácilmente al alcance de todos, independientemente de su edad, sexo y posición social. A los inquisidores, en principio, se les prohibía que practicaran ellos mismos la tortura física; solo podían actuar como supervisores, instruyendo a los funcionarios públicos o seculares acerca de qué hacer, así como observar y tomar notas de todo lo que el acusado dijera bajo coacción. En 1252, una Bula promulgada por el Papa Inocencio IV les autorizó formalmente a practicar la tortura – ‘con la restricción de que la coacción no supusiera un perjuicio a un miembro o peligro de muerte. Los inquisidores pronto encontraron la manera de eludir esta restricción. También se quejaron tanto de ella, que en 1260 el nuevo Papa, Alejandro IV, permitió conceder dispensas unos a otros por las posibles “irregularidades” que se produjeran. El tradicional escrúpulo eclesiástico sobre el derramamiento de sangre se mantuvo en vigor. Como resultado, los instrumentos de punta y de lámina continuaron evitándose en favor del ecúleo, saca-uñas y otros aparatos que sólo hacían correr sangre, por así decirlo, ‘incidentalmente’. Las mordazas y otros juguetes como éstos estaban a oscuras. Sacar la carne con tenacillas era bastante sangriento. Se pusieran al fuego, sin embargo, el metal calentado cauterizaba inmediatamente la herida y detenía el flujo de sangre. Formas sofisticadas de este tipo se aplicaron a la duración y a la frecuencia de la tortura. Al principio, el acusado sólo podía ser torturado una vez, y no más de treinta minutos. Los inquisidores empezaron después a eludir esta restricción afirmando que sólo había de hecho una aplicación de tortura, y que cada uno de los treinta minutos posteriores era sólo una continuación de la primera. Por otra parte, un sospechoso podía ser torturado por la respuesta a un único punto específico, y las respuestas a un segundo o tercer punto justificaban las otras sesiones de tortura. Existen registros de individuos torturados dos veces por día durante una semana o más. En la práctica, el acusado era torturado hasta que estaba dispuesto a confesar – lo que, tarde o temprano, hacía casi inevitablemente” (*En A Inquisição*, p. 51-52)

interrogatorio –como posturas en tensión, aislamiento prolongado, privación sensorial y ahogamiento simulado que constituyen tortura u otros malos tratos en virtud del derecho internacional.

El gobierno de Estados Unidos ha llevado a cabo un programa de "entregas extraordinarias"– traslados de personas sospechosas de actos de terrorismo de un Estado a otro sin el proceso debido, incluso a países donde corren un riesgo real de sufrir tortura y otros malos tratos – y un programa de detención secreta, en virtud del cual los detenidos se han convertido en víctimas de desaparición forzada.

El gobierno estadounidense ha autorizado la tortura y otros malos tratos y se ha reservado el derecho de volver a hacerlo si las “circunstancias” lo justifican. Las leyes, las opiniones jurídicas y las órdenes ejecutivas de Estados Unidos que han facilitado tales prácticas deben ser modificadas o revocadas, y se debe poner fin a la impunidad por los abusos”.²¹⁶

Ya sea en la clandestinidad, o incluso a través de un acto abusivo, pero oficialmente aceptado por el Estado, la tortura sigue siendo una realidad que hay que afrontar. No se puede tolerar que la humanidad, ya en el siglo XXI, siga sufriendo con las conductas que violan sus valores básicos.

El preso, sometido a este tipo de violencia, no se preocupa por su proceso de socialización. Su pensamiento se dirige, casi que exclusivamente, a escapar de ese ambiente que lo utiliza como un objeto desechable.

En las cárceles donde se practica la tortura, la incidencia de motines en las cárceles es muy alta. Las torturas generan un efecto devastador entre los propios presos. De ahí que surjan las rebeliones. En estas rebeliones, los presos más débiles se convierten en objeto de tortura por los más fuertes, con el fin de que el Estado intervenga para satisfacer las reivindicaciones de aquéllos que quieren “escapar” de aquel lugar de tormento.

²¹⁶www.amnesty.org/es

La tortura convierte a hombres en bestias, que pierden la sensibilidad con respecto a sus semejantes y, dentro o fuera de las rejas, cometen toda clase de atrocidades. En el sistema penitenciario brasileño no es raro que los presos rebeldes mutilen a sus propios compañeros de celda, como una manera de solicitar que se atiendan sus reivindicaciones.

Por lo tanto, la tortura genera un ciclo vicioso, es decir, se practica por funcionarios públicos sobre los reclusos que, se rebelan, y empiezan a agredir a otros, por lo general pertenecientes a facciones diferentes, o que cometieron crímenes que son repudiados por el entorno penitenciario, como lo que sucede con las violaciones sexuales.

En países como Brasil, donde la tasa de criminalidad es muy elevada, donde la población, en las grandes ciudades, vive con un cierto grado de inseguridad, la tortura de los presos no es objeto de atención de los medios de comunicación, ni la sociedad está preocupada por las eventuales noticias de presos que fueron torturados en algunos centros penitenciarios. De hecho, a la sociedad, en general, le agrada este tipo de noticia, ya que el odio contra el que cometió el delito es tan grande, que su tortura parece compensar el mal que el delincuente infligió a la sociedad.

En las investigaciones realizadas por Amnistía Internacional, se comprobó que, en Brasil, "la tortura se utiliza como un medio para obtener confesiones, someter, humillar y controlar a las personas bajo detención, o, con mayor frecuencia, extorsionar dinero o servir a los intereses criminales de policías corruptos. Se comete el delito tanto por agentes del Estado, principalmente integrantes de las fuerzas de policías militar y civil, como por guardias de las cárceles, o con su connivencia o por fallos en su actuación. Esto sucede cuando se efectúa la detención, en las comisarías, presidios y centro de jóvenes. Se trata, básicamente, de un delito que generalmente escapa al castigo, ya sea por los órganos disciplinares internos o por la justicia penal en conformidad con la legislación pertinente. Constituye un agravante el hecho de que la gran mayoría de las víctimas está compuesta de sospechosos delincuentes de renta baja, con un

grado de instrucción insuficiente, a menudo de origen afro-brasileña o indígena, que constituye un sector de la sociedad cuyos derechos siempre han sido ignorados en Brasil.”²¹⁷

En una entrevista a los presos concentrados en una cárcel brasileña, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura escuchó una declaración que no admite replica. En suma, los presos indignados, le dijeron lo siguiente: “nos tratan como animales y esperan que nos comportemos como seres humanos cuando salgamos”.²¹⁸

10.4. Las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Los puntos 1 y 2, del art. 5° de la *Convención Americana de los Derechos Humanos* (Pacto de San José Costa Rica, de 1969), afirman que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Además de los casos de tortura, caracterizados conforme a las Convenciones Internacionales, es preciso que se haya producido un acto intencional, a través del cual se inflige a una persona dolor o sufrimiento físico o mental; que sea cometido con un propósito; e, incluso, aunque haya sido practicada por un funcionario público o cualquier persona física que actúe inducido por el mismo funcionario público, podemos afirmar que, son también comunes son las situaciones en las que el preso sufre más allá de lo establecido en la sentencia penal condenatoria.

Son casos en que sus propias penas, o incluso los tratamientos dispensados durante la fase de ejecución, son crueles, inhumanos o degradantes. En el Manual de Derechos Humanos para Jueces, Fiscales y Abogados, antes citado, por el *Alto Comisariato de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, en cooperación

²¹⁷ Anistia Internacional. *Tortura e maus-tratos no Brasil*, p. 5-6.

²¹⁸ Anistia Internacional. *Tortura e maus-tratos no Brasil*, p. 8.

con la *International Bar Association*, se recogen ejemplos de violaciones a los derechos humanos de los presos, como en los casos anteriormente mencionadas, donde el Comité contra la tortura instó a los EE.UU. la abolición del uso de cinturones eléctricos y sillas de fuerzas como métodos de restricción de los movimientos de los presos, ya que el uso de estos métodos contravenían las disposiciones del art. 16 de la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 1984, ya citada o, incluso, el caso en que la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos concluyó, en una investigación iniciada contra el Zaire, que “la paliza de los detenidos con golpes, latigazos y patadas, el encadenar a los presos y su sometimiento a descargas eléctricas, suspensión física e inmersión en agua [...]atentan contra la dignidad humana”, hechos estos ofensivos, según el art. 5º de la Carta Africana.

Como destaca Conor Foley, en el Manual para la lucha contra la Tortura, confeccionado por la *Human Rights Centre, University of Essex*, dirigido a los Magistrados y Fiscalía: “El límite exacto entre la ‘tortura’ y otras formas de ‘penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes’ es de difícil identificación, en general, dependiendo muchas veces de circunstancias específicas del caso y de características de la víctima en particular. Ambos términos incluyen maltratos físicos o mentales que hayan sido infligidos intencionalmente, o con el consentimiento o aquiescencia de personas en ejercicio de funciones públicas.

Los términos trato cruel y castigo inhumano o degradante también son jurídicos. Se refieren a maltratos que no fueron necesariamente infligidos con un propósito específico, pero con la intención de exponer a la persona a condiciones que equivalen a maltratos, o que resulten de ellos. Exponer a una persona a situaciones que puedan considerarse razonablemente maltratos implica la responsabilidad del acto. Trato degradante puede incluir dolor o sufrimiento menos grave que la tortura o trato inhumano o cruel y por lo general implica humillaciones y degradación de la víctima”.²¹⁹

²¹⁹ FOLEY,Conor. *Combate a Tortura* – Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público, p. 11-12.

Incluso en África, se identificaron los castigos por razones disciplinarias, donde las autoridades reducían la alimentación de los presos, determinaban el encadenamiento de los brazos y piernas durante dos días, impidiendo, de esta manera, que el preso tuviese acceso a las instalaciones sanitarias. También se identificaron otros castigos en los que el preso era colocado en un cuarto oscuro, sin acceso a la luz natural, el agua o los alimentos. En algunas situaciones eran obligados a ponerse completamente desnudos, además de ser golpeados con palos y barras de hierro.

En Arabia Saudita, se sigue aplicando la pena de la flagelación por hechos que, normalmente, en otros países, no se configuran como delitos. Amnistía Internacional divulgó un caso en el que, el 3 de Marzo de 2009 “un tribunal de la localidad de Al Shamli, situada al norte de la capital saudí, Riad, condenó a tres personas a flagelación y a prisión por cargos que Amnistía Internacional considera incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos. Khamisa Mohammed Sawadi (75 años) y Fahad (24 años) fueron condenados a recibir 40 latigazos y a 4 meses de prisión, y Hadyan, a 60 latigazos y 6 meses de prisión”.

Estas penas se aplicaron porque, según Amnistía Internacional, “Khamisa Mohammed Sawadi y los dos hombres, conocidos sólo como Fahad y Hadyan, fueron detenidos el 21 de abril de 2008 por miembros de la Comisión para la Promoción de la Virtud y la Prevención del Vicio (conocida también como *Mutawa'een* o policía religiosa) como sospechosos de *khilwa* (estar a solas con una persona del sexo opuesto de la que no se es pariente cercano)”.²²⁰

La pena de flagelación, como informa a Amnistía Internacional, “es obligatoria en Arabia Saudí por diversos delitos y, a discreción de los jueces, puede imponerse también además de otras penas o en lugar de ellas. Pueden aplicarse desde decenas hasta miles de latigazos, normalmente por tandas, en intervalos de entre dos semanas y un mes. El mayor número de latigazos que

²²⁰ www.amnesty.org, *Arabia Saudi. Temor de flagelación* (20 mayo 2009).

Amnistía Internacional ha visto imponer en una sola causa fue de 40.000. Se impusieron recientemente, en el juicio de un hombre acusado de asesinato”.²²¹

Continuando en Arabia Saudita, un hombre fue condenado a una horrible ejecución y crucifixión pública. Según Amnistía Internacional “Ahmed bin ‘Adhaid bin ‘Askar al-shamlani al-‘Anzi fue decapitado y su cadáver fue crucificado en un lugar público en Riad el viernes 29 de mayo. El hombre había sido declarado culpable del secuestro u el asesinato de un padre y su hijo, así como de anteriores delitos de *Luwat* (relaciones homosexuales), de posesión de material de contenido sexual explícito y de empuñar un arma contra los agentes de las fuerzas de seguridad cuando trataban de detenerlo. (...) En Arabia Saudí, las actuaciones judiciales distan mucho de cumplir las normas internacionales sobre garantías procesales. Los juicios suelen llevarse a cabo a puerta cerrada, sin representación letrada adecuada. Las condenas suelen basarse en “confesiones’ obtenidas bajo coacción, como tortura y malos tratos mientras la persona está detenida en régimen de incomunicación”.²²²

En las cárceles de América del Sur, si bien el castigo corporal está prohibido por la mayoría de los países pertenecientes a ese continente, eso no impide que su ejecución se lleve a cabo de forma cruel, inhumana o incluso degradante

No es raro, por ejemplo, que en las cárceles brasileñas, donde los presos aguardan su juicio, se produzca el conocido como hacinamiento penitenciario. En el estado de Minas Gerais, la situación se agravó hasta tal punto que, en una comisaría localizada en la ciudad de Belo Horizonte, los presos dieron comienzo a lo que denominaron “túnel de la muerte”. Los presos que se encontraban en aquel establecimiento carcelario, presentaron una serie de reivindicaciones encaminadas a la mejora del sistema. Como una forma de presionar al gobierno del Estado para satisfacer esas reivindicaciones, los presos elegían a un compañero de celda y lo mataban. Así, empezaron a matar a los presos, uno por día, hasta que las reclamaciones fuesen consideradas y atendidas.

²²¹ www.amnesty.org, *Arabia Saudi. Temor de flagelación* (20 mayo 2009).

²²² www.amnesty.org, *Hombre decapitado y crucificado en Arabia saudí* (1 junio 2009).

En otros Estados brasileños, como el de Rio de Janeiro, la situación no es diferente, principalmente cuando se trata de cárceles públicas. Las cárceles públicas fueron creadas con el fin de albergar a aquéllos que necesitaban ser separados de la sociedad antes del juicio definitivo, es decir, a la espera de juicio y, en su caso, de una sentencia penal condenatoria. Sin embargo, debido a la falta de vacantes en las cárceles, los condenados comenzaron a cumplir sus sentencias en estas cárceles, junto con los presos que estaban a la espera de su juicio.

Tal situación fue también expuesta por Amnistía Internacional, que relató el hecho de que “en algunos casos, los condenados permanecen en comisarías de policía o en los centros de detención provisional, porque el sistema penitenciario no tiene lugar para ellos. No existe segregación entre los reclusos para separar presos primarios de reincidentes extremos, ni separación por estatus legal, por lo que los reclusos provisionales y los condenados permanecen juntos”.²²³

Esta mezcla inadecuada de los presos, independientemente de los efectos adversos que producen, dado que aproxima delincuentes experimentados con delincuentes primarios, genera, también, el hacinamiento penitenciario. En una celda, por ejemplo, programada para recibir 6 presos, no es raro que pase a albergar 3 o 4 veces su capacidad. Los presos son ubicados en celdas oscuras, sin ventilación, mezclados con presos portadores del VIH, tuberculosos, que poseen enfermedades de la piel de fácil contagio, etc. De hecho, ese ambiente insalubre, es un terreno fértil para la propagación de estas enfermedades, dado que los presos no reciben el debido tratamiento médico.

Exigir el cumplimiento de pena en celdas hacinadas hace que su ejecución sea cruel, inhumana. En Brasil, existe la figura del llamado “preso murciélago”, es decir, el preso que, debido a la imposibilidad de dormir acostado en el suelo de su celda, cubierto por un pedazo de periódico, duerme con sus muñecas amarradas en las rejas. También es común en el sistema penitenciario brasileño, donde hay hacinamiento, que los presos se turnen para dormir, es decir, el período de sueño se divide en turnos, ya que es imposible que todos al mismo tiempo, puedan

²²³ Anistia Internacional. *Tortura e maus-tratos no Brasil*, p. 2.

acostarse para descansar. Sin duda, estos hechos se configuran en una aplicación cruel e inhumana de la condena.

El informe del Comité de la ONU contra la tortura,²²⁴ concluyó con la denuncia del hacinamiento de los presidios brasileños, la ausencia de comodidad y la falta de higiene de las prisiones, la falta de servicios básicos y de asistencia médica adecuada y, en especial, la violencia entre los presos y los abusos sexuales.

No es necesario, por tanto, que el recluso sea golpeado, mutilado y perseguido, para que se configure un cumplimiento cruel e inhumano de la pena. La correcta ejecución de la pena por sí sola, en lugares inadecuados e insalubres, puede configurarse como una ofensa a la dignidad humana.

Conor Foley recuerda que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “Determinó que el deber de tratar a las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en respeto de la dignidad inherente al ser humano es una norma de aplicación universal. Los Estados no pueden invocar la falta de recursos materiales o dificultades financieras como justificación de un trato inhumano. Los Estados están obligados a proporcionar, a todas las personas detenidas y encarceladas, servicios que satisfagan sus necesidades esenciales”.²²⁵

Tampoco podemos dejar de mencionar la prohibición de las penas degradantes, es decir, aquellas cuyo objetivo es degradar al condenado. No sólo está prohibida la creación e imposición de penas de esta naturaleza, en cumplimiento del principio de dignidad humana, sino también la forma en cómo se trata al preso.

Tomemos, por ejemplo, la hipótesis en que las autoridades de policía, después de saber de que posiblemente se producirá una rebelión penitenciaria, saca a todos los presos de sus celdas para llevar a cabo una revista. Sin embargo,

²²⁴ Conclusões e recomendações do Comitê contra a Tortura: Brasil. 16/05/2001. CAT/C/XXVI/Concl. 6/Ver.1.

²²⁵ FOLEY, Conor. *Combate a Tortura – Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público*, p. 23.

además, determina que todos los presos se desvistan, dejándoles juntos, desnudos, con los demás durante horas, o incluso días. Tal situación, sin duda, se configura como una ejecución de la pena practicada de forma degradante.

Conviene recordar los hechos acaecidos en Abu Graib. Hashem Muhsen, uno de los presos que fue obligado a desnudarse y a formar una pirámide humana, imagen que la prensa internacional divulgó, contó a los periodistas como se vio obligado a quitarse la ropa y, junto con otros prisioneros, a gatear, completamente desnudo, por los pasillos de la prisión, tan sólo para satisfacer a los guardias americanos. Algunos de los iraquíes fueron sometidos a otras formas de tortura y humillación, como aquéllos que, después de haber sido completamente desnudados, se vieron obligados a cubrir el cuerpo y la cara con las heces.

No podemos dar la espalda a este tipo de problema. No podemos olvidar que, un día, tarde o temprano, casi todos ellos volverán a la vida en sociedad. Mediante un simple cálculo matemático, concluiremos que, en lugar de disminuir, la delincuencia habrá aumentado desde su salida reincidiendo nuevamente.

10.5. Determinaciones Internacionales de los Estados para que prohíban e impidan las torturas, las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes

El *Alto Comisariato de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, en cooperación con la *International Bar Association*, como conclusión al capítulo 2, del Manual de Derechos Humanos para Jueces, Fiscales y Abogados, estableció una serie de comportamientos que deberían ser asumidos por los Estados con el fin de evitar la tortura, así como las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La primera de ellas afirma que el Derecho Internacional impone a los Estados la obligación jurídica de adoptar medidas eficaces en los tres ámbitos de Poder – Legislativo, Ejecutivo y Judicial -, con el fin de prevenir y evitar la práctica de la tortura, así como impedir cualquier pena o trato cruel, inhumano o degradante.

La mayoría de las legislaciones de los Estados prevé como delito la tortura y, algunas Constituciones, de forma similar a lo que sucede con la brasileña y la española, contienen principios vinculados directamente a la conminación, aplicación y ejecución de las penas, como sucede con el principio de limitación de las penas, que prohíbe la creación de tipos penales de incriminación que contengan, en su precepto secundario, penas crueles.

El art. 5º de la Constitución Brasileña, en el Título II, que corresponde a los derechos y garantías fundamentales, establece que la ley considera la tortura como un delito grave y sin ningún tipo de gracia o amnistía (inciso XLIII), prohibiendo, incluso, las penas de muerte (salvo en los casos de guerra declarada), de carácter perpetuo, de prohibición y las consideradas crueles.

Art. 15 de la Constitución Española, a su vez, dice, textualmente, que *todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

Así, por ejemplo, aunque los delitos sexuales sean mundialmente repudiados, no podemos determinar una pena de castración, independientemente de su naturaleza (natural, química etc.), dado que esta sanción violaría el principio de dignidad humana.

Asimismo, en lo que se refiere al Poder Judicial, los Jueces y la Fiscalía, encargados de la ejecución de la pena de privación de libertad, no pueden dar la espalda si son conscientes de que, en algún lugar del sistema penitenciario, se están violando los derechos de los presos, es decir, que las penas no están siendo cumplidas de acuerdo con la legislación vigente, tal como se determinó en la sentencia.

En calidad de gestor de la cosa pública, el Poder Ejecutivo tiene la obligación de construir, reformar, según sea necesario, las instalaciones penitenciarias, de manera que el preso cumpla su pena tal como se determina en la

sentencia que fue dictada por el propio Estado, debiéndose preocupar por la salud, la alimentación, el ocio, la educación para fines de reinserción. En definitiva, debe cumplir con su parte con respecto a esta fase del proceso penal, es decir, la fase de la ejecución de la pena.

La segunda determinación dice que los Estados tienen la obligación jurídica de investigar, rápida y rigurosamente, todos los casos donde se alegue la tortura, así como cualquier otra forma de aplicación o cumplimiento de pena cruel, inhumana o degradante, garantizando a las víctimas una vía con recursos eficaces y rápidos, sin ningún tipo de burocracia u obstáculos formales, que impidan su búsqueda por la ayuda oficial del Estado.

Los Estados no pueden, a través del corporativismo existente entre sus funcionarios, permitir que quede impune quien cometa un delito de tortura o, incluso, inflija al condenado un mal mayor con respecto a lo que el Estado ya establece, es decir la privación de su libertad. La tortura, independientemente de su motivación, es una abominación que no debe ser tolerada por el Estado, debiendo castigar con rigor a los funcionarios públicos que la practican.

La víctima, a su vez, debe poder comunicarse con las autoridades competentes, sin trabas burocráticas, permitiendo llevar su caso a la Justicia con rapidez y eficacia. Debe evitarse cualquier tipo de formalismo. La investigación, obviamente respetando todos los principios que le son inherentes, como el de contradicción y el de amplia defensa, debe ser la más rápida posible.

La tercera determinación es la que impide la concesión de inmunidad a los autores de la práctica del delito de tortura, o que infligen penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El Estado no puede cubrir a sus funcionarios que cometen actos contrarios a la ley, a pesar de que aleguen que están al servicio de la sociedad, tratando de eliminar y prevenir los delitos. La tortura, y las demás formas de malos tratos no se justifican, razón por la cual los funcionarios que la cometen no pueden permanecer inmunes a su responsabilidad administrativa, civil y penal. La

respuesta a este tipo de comportamiento debe ser la más rápida posible, debiendo el Estado despedir, por el bien del servicio público, al funcionario que, ilegalmente, practica este tipo de comportamiento

La cuarta determinación dice que toda persona tiene el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y este derecho debe garantizarse en todas las circunstancias, sin que pueda abolirse, incluso en situaciones de emergencia pública que amenacen la existencia de la nación.

En Europa, lamentablemente, se discute la posibilidad de permitir el uso de la tortura en casos de terrorismo, especialmente en los casos en los que se pretende utilizar con el fin de evitar que se cometa algún daño a la sociedad, por ejemplo, cuando se detiene al delincuente antes que denote el explosivo que había puesto en alguna estación del metro, o incluso en un centro comercial. En estos casos, los que están a favor de esta tesis, es decir, de la posibilidad del uso de tortura, argumentan que si el agente no confiesa el lugar donde debe producirse la explosión, muchas personas corren el riesgo de morir. Así, entre preservar el derecho a no ser torturado, y eludir las normas en estos casos, se debe permitir la excepción.

Se trata de hacer comprender al Estado, que todas las personas privadas de libertad deben ser tratadas con respeto y dignidad simplemente por ser humanos. No fueron privados de otros derechos inherentes a su personalidad, razón por la cual el Estado no debe tolerar ninguna actitud por parte de sus empleados que puedan empañar la dignidad de aquellos que están bajo su responsabilidad, durante un determinado período de tiempo.

10.6. Requisitos mínimos para los lugares de privación de libertad

A partir del momento en que la pena de privación de libertad llegó a ocupar la posición de pena principal, es decir, después de que la mayoría de los países abandonaron el sistema de penas corporales y de muerte, el lugar en el que se

debía de cumplir tal privación de libertad se convirtió en un problema para el Estado.

Fueron numerosos los intentos de encontrar un lugar adecuado, especialmente que cumpliera con las funciones de utilidad que se asignan a las penas de privación de libertad, destacándose, entre ellos, la rehabilitación del condenado, habilitándolo para volver a la vida en la sociedad.

Las prisiones han evolucionado a lo largo de los años. De hecho, no existe una evolución rectilínea, es decir, un avance continuo. Ello obedece a que la historia de las prisiones está también acompañada de retrocesos. A menudo se olvidó la dignidad del ser humano, limitándose el Estado a conseguir que con su sufrimiento en la cárcel compensase el mal cometido.

La pena de privación de libertad, en muchos lugares y situaciones, se convirtió, por tanto, en una pena-castigo. Así, cuanto mayor es el dolor y mayor es el sufrimiento, cuanto más lejos permaneciese el delincuente de la vida social, mejor. Su finalidad, por tanto, era la de asustar y no volver a socializar.

Se construyeron edificios con el fin de hacer que la pena cumpliera su objetivo de utilidad, como un lugar donde el infractor debía pagar con su libertad el mal que había hecho a la sociedad. No se indagaba sobre las condiciones penitenciarias, similar a lo que sucedía con la prisión Marmetina, en Roma. Quien fuese condenado a permanecer en aquel lugar, ya conocía, de antemano, el sufrimiento que le esperaba.

Un problema que surgió en varios países, principalmente en los en que se estableció un régimen autoritario, antidemocrático, fue el hecho de que las personas que supuestamente habían cometido crímenes, por regla general, considerados como políticos, eran conducidos a lugares desconocidos, es decir, eran conducidos a edificios que no constaban, oficialmente, como cárceles o penales del Estado.

Este comportamiento ilegal por parte de los funcionarios públicos hizo que miles de personas en todo el mundo fuesen dadas por desaparecidas. Las

dictaduras, ya sean de izquierda o de derecha, se han servido de estas tácticas ilegales.

En primer lugar, se lleva a la persona detenida a un lugar no declarado oficialmente como perteneciente al Estado. De este modo, no puede ser visitada por sus amigos, parientes, o incluso por un abogado que actuaría en su defensa, interponiendo las demandas y recursos necesarios ante el Poder Judicial. Posteriormente, después de la detención arbitraria, venía la tortura y, por consiguiente, su muerte, que comenzaba a ser ignorada por todos.

Conforme señala el Manual de Derechos Humanos para Jueces, Fiscales y Abogados, ya citado: “La protección de la seguridad personal de las personas privadas de libertad, requiere que las mismas se mantengan exclusivamente en lugares de detención oficialmente reconocidos. La obligación de los Estados para cumplir con esta obligación jurídica es reconocida, tanto por los órganos internacionales de control, como por los diversos instrumentos jurídicos”.

Ejemplo de estos instrumentos jurídicos es la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de Diciembre de 1992, cuyo artículo 10 proclama que:

1. *Toda persona privada de libertad deberá ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y, con arreglo a la legislación nacional, presentada sin demora ante una autoridad judicial luego de la aprehensión.*
2. *Se deberá proporcionar rápidamente información exacta sobre la detención de esas personas y el lugar o los lugares donde se cumple, incluidos los lugares transferencia, a los miembros de su familia, su abogado o cualquier otra persona que tenga interés legítimo en conocer esa información, salvo voluntad en contrario manifestada por las personas privadas de libertad.*

3. *En todo lugar de detención deberá haber un registro oficial actualizado de todas las personas privadas de libertad. Además, los Estados tomarán medidas para tener registros centralizados análogos. La información que figure en esos registros estará a disposición de las personas mencionadas en el párrafo precedente y de toda autoridad judicial u otra autoridad nacional competente e independiente y de cualquier otra autoridad competente facultada por la legislación nacional, o por cualquier instrumento jurídico internacional del que el Estado sea parte, que desee conocer el lugar donde se encuentra una persona detenida.*

Además de la imperiosa necesidad de que el preso sea llevado a un lugar oficial de detención, este establecimiento penitenciario deberá cumplir ciertos requisitos, que garanticen el mantenimiento de su dignidad. Por ello se establecieron las *Reglas Mínimas para el Trato de los Reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Trato de los Delincuentes, realizado en Ginebra, en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977. Resolución 663 C (XXIV) del Consejo Económico y Social.

Las reglas 9, 10, 11, 12, 13 14 se ocupan de los lugares de reclusión, es decir, especifican condiciones mínimas para que el preso pueda alojarse en el sistema penitenciario.

La regla 9 dice que *las celdas o lugares destinados al descanso notorio no deben ser ocupados por más de un recluso. Si, por razones especiales, tales como exceso temporal de población penitenciaria, sea necesario que la administración penitenciaria central adopte excepciones a esta regla, debe evitarse que dos reclusos sean alojados en una misma celda o lugar. Cuando se recurra a la utilización de dormitorios, éstos deben ser ocupados por reclusos cuidadosamente escogidos y reconocidos como siendo capaces de ser alojados en estas*

condiciones. Durante la noche, deberán estar sujetos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento penitenciario en cuestión.

Como puede observar, ésta es una de las reglas más violadas por el sistema penitenciario. En las cárceles y presidios hacinados, los presos son enviados a las celdas como si fuesen animales. El espacio interno es disputado con violencia. Los más débiles ocupan los peores lugares. Muchas veces, no tienen donde dormir. Celdas que comportarían, colectivamente, hasta 4 presos, cobijan, muchas veces, 20 personas o más.

Las reglas n°s 10, 11, 12 13 determinan que *los alojamientos destinadas a los reclusos, especialmente los dormitorios, deben satisfacer todas las exigencias de higiene y salud, tomándose debidamente en cuenta las condiciones climáticas y en particular el volumen de aire disponible, el espacio mínimo, la iluminación, calefacción y ventilación. En todos los lugares destinados a los reclusos, para vivir o trabajar: a) Las ventanas deben ser suficientemente amplias de modo que los reclusos puedan leer o trabajar con luz natural, y deben ser construidas de forma que se permita la entrada de aire fresco, haya o no ventilación artificial; b) La luz artificial debe ser suficiente para permitir a los reclusos leer o trabajar sin perjudicar la vista. Las instalaciones sanitarias deben ser adecuadas, de modo que los reclusos puedan efectuar sus necesidades cuando necesiten, de modo limpio y decente. Las instalaciones de baño y ducha deben ser suficientes para que todos los reclusos puedan, cuando así lo desean o les sea exigido, bañarse o ducharse a una temperatura adecuada al clima, tan frecuentemente como necesario a la higiene general, de acuerdo con la estación del año y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en un clima templado.*

Estas reglas son también constantemente violadas, especialmente donde hay hacinamiento penitenciario. Incluso en aquellas cárceles y penales donde no existe el exceso de presos por celda, las condiciones de higiene y salud, normalmente, son las peores posibles.

El suministro de agua es interrumpido constantemente, los aseos están sucios, las partes eléctricas están dañadas, o, cuando funcionan, los cables están

expuestos, creando una situación constante de peligro. En los lugares donde el frío es intenso, las duchas eléctricas no funcionan, de forma que el preso se baña con agua fría, poniendo en peligro su salud.

En los presidios ubicados en lugares donde la temperatura es alta, la ventilación es precaria, haciendo que la sensación térmica sea elevada. En Brasil, como mencionamos anteriormente, existen presidios (así como las cárceles públicas), donde, durante el día, la temperatura media en el interior de la celda es de unos 50 grados. En estos casos, además del hacinamiento, el calor es insostenible, lo que hace que la convivencia en la cárcel sea la peor posible, pues este calor intenso despierta un sentimiento de intolerancia entre los presos, haciendo que las agresiones y discusiones sean frecuentes.

Hay penales, sin embargo, principalmente en los EE.UU. y en España, que tratan de seguir estas reglas básicas. Por ejemplo, cabe citar el Centro Penitenciario de Topas, ubicado entre las provincias de Zamora y Salamanca.

Este Centro Penitenciario, modelo de sistema que debería observarse por los demás, tendrá más posibilidades de hacer que el hombre que delinquiró pueda regresar a la vida social sin los traumas que, normalmente, le afligen a la salida.

Por el contrario, en los penales que no cumplen las reglas mínimas para el tratamiento del recluso, el retorno del preso está cargado de traumas, lo que hace que las tasas de reincidencia sean extremadamente elevadas, ya que el sistema no consigue cumplir con su función de reinserción, sino que, y por el contrario, acaba destruyendo la personalidad del preso.

No es raro que, dependiendo del tiempo de pena que haya cumplido, al final, cuando las puertas de su celda se abran, permitiendo su regreso a la sociedad, su personalidad estará destruida. Saldrá peor de lo que entró, y la sociedad tendrá que convivir con este problema.

10.7. Registro de los presos

Junto a que el preso sea llevado a un lugar oficialmente reconocido y destinado a la privación de la libertad de las personas, el Comité de los Derechos del Hombre determina que también se tomen medidas para garantizar que “sus nombres y lugares de detención, así como los nombres de las personas responsables de la respectiva detención, sean mantenidos en registros que estén siempre a disposición de todas las partes interesadas, incluidos los familiares y amigos”.²²⁶

La regla 7, de las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, determina que en todos los lugares donde haya personas detenidas, habrá un libro oficial de registro, con las páginas numeradas, en el que se anotarán, para cada recluso: a) la información sobre su identidad; b) los motivos de la detención y la autoridad competente que la ordenó; c) la fecha y la hora de entrada y salida.

Conforme a la citada regla 7, ninguna persona podrá ser admitida en un establecimiento penitenciario sin una orden válida de detención, cuyos detalles hayan sido registrados previamente en el libro de registro.

Esas medidas son necesarias para que todos tengan conocimiento de la prisión de una determinada persona y, por consiguiente, puedan valerse de los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico para ponerle en libertad, si se ha ordenado de manera arbitraria, sin el debido fundamento legal.

A menudo, como sucede en los regímenes dictatoriales, aunque la persona sea llevada a un edificio oficial, es decir, reconocido como siendo un lugar destinado a la privación de la libertad, la ausencia de registro de entrada del preso, en un libro propio, impide que otras personas conozcan que ha sido encarcelado, o ignoren el lugar donde se encuentra detenido.

Podemos tomar como ejemplo las prácticas establecidas en el Decreto Noche y Niebla (Decreto *Nacht und Nebel*) de Hitler, del 7 de diciembre de 1941,

²²⁶ Manual de los derechos humanos para jueces, Fiscales y Abogados. Alto Comisionado para los Derechos Humanos en cooperación con la *International Bar Association*, vol. 1, p. 262.

donde los ideólogos del nazismo daban comienzo a una innovación básica en la organización del Estado, instituyendo el *sistema de desapariciones forzadas*.

La orden básica constante de este absurdo decreto de Hitler era:

Los actos de resistencia civil de la población en los países ocupados sólo serán castigados por una corte marcial, cuando: a) haya certeza de que será aplicada la pena de muerte y, b) cuando la sentencia sea pronunciada dentro de los ocho días posteriores al arresto.

Al amparo de este decreto, Hitler decía textualmente, que el resto de los opositores debían ser detenidos durante “la noche y la niebla” y llevados clandestinamente para la Alemania nazi sin dar otra información del hecho de su detención.

También podemos citar como ejemplo lo que acaeció con los presos políticos en Argentina, durante el período de la dictadura militar (1976-1983). La desaparición de los presos hizo que surgiese el movimiento llamado “Las Madres de la Plaza de Mayo”, que exigía tener noticias sobre la desaparición de sus hijos.

La necesidad de registro oficial del preso, por tanto, es un derecho que se refiere a su condición de persona. La publicidad de su detención, como ya mencionamos, permite que sean llevadas a cabo todas las medidas necesarias para una posible puesta en libertad, si el arresto fuera ilegal o arbitrario.

La preocupación por el abuso cometido por los Estados dio lugar a que se firmara, en Brasil, en la ciudad de Belén, en 1994, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuyo artículo 2º explica lo que es *desaparición forzada*, diciendo:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de

informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS Y

ORIENTACIONES

ACTUALES DE LA PENA DE

PRISIÓN

1. EL SIGLO XX Y EL RETROCESO DE LAS PRISIONES

Podemos decir que entre el siglo XVIII y el siglo XIX, se fue consolidando la pena privativa de libertad como la principal sanción que se imponía a quien delinquía.

Los castigos corporales y la pena de muerte, como especies de sanciones penales, empezaron a disminuir de manera significativa, especialmente en los países occidentales, permaneciendo, sin embargo, en casi todo el oriente.²²⁷

La pena de prisión, por tanto, comenzó a ganar el estatus de pena principal, junto con otras medidas que comenzaron a surgir, que tenían como finalidad que el condenado no fuese privado de su libertad, como aquellas que imponían determinadas prestaciones de servicios que la persona que cometió el delito debía de realizar, o incluso una multa.²²⁸

En cuanto al lugar de cumplimiento de las penas privativas de libertad -penitenciarias, presidios, casas de detención, etc.-, tras un intenso movimiento orientado a su humanización, se produjo un claro retroceso con respecto a su uso.²²⁹

²²⁷ “La privación de la libertad, como modo punitivo, surge en el siglo XVIII, habiendo sido mencionada por primera en el proyecto de codificación penal aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente francesa. Por tanto, hasta este período histórico, no se asociaba la prisión al cumplimiento de la pena privativa de libertad. De hecho, había una máxima en el Derecho Romano – vigente durante la Edad Media y Moderna en Europa -, por el cual se afirma que la prisión ‘sirve para guardar a los presos y no para castigarlos’. En otras palabras, podemos decir que la prisión era concebida como una ‘medida de seguridad’ en el sentido propio de la palabra (SABADELL, Ana Lucia. *Algumas reflexões sobre as funções da prisão da atualidade e o imperativo de segurança*. Estudos de Execução Criminal – Direito e psicologia, p. 29).

²²⁸ La pena de prisión, según afirma Cuello Calón: “A pesar de sus nocivos efectos, y de la fuerte reacción que contra ella se ha manifestado, en particular en los últimos años, es el medio de protección social contra el delito empleado con mayor frecuencia y constituye el eje del sistema penal de todos los países (CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*, p. 258).

²²⁹ En una visión general, L. F. Carvalho Filho advierte que: “países pobres y países ricos se enfrentan a dificultades. Hacinamiento en las prisiones de Europa, de América, de Asia, del

En los países de América Latina, los presidios se convirtieron en verdaderas “fábricas de presos”, arrojados allí por el Estado, sin que les permitiera cumplir la pena de una manera digna y sin que afectara a otros derechos que les eran inherentes.

El hacinamiento en las cárceles empezó a ser la regla de la prisión. Ello desembocó en las rebeliones, promiscuidad, comisión de numerosos crímenes, dentro del propio sistema penitenciario, cometidos tanto por los presos como por quienes, supuestamente tenían la obligación de cumplir la ley, manteniendo el orden del sistema penitenciario.

La corrupción por parte de agentes de prisión también se convirtió en algo común. Parecía que estábamos volviendo a los viejos sistemas penales, como en la época en que John Howard, en el siglo XVIII, propuso sus modificaciones, ya que los agentes penitenciarios operaban por su cuenta puesto que no recibían del Estado ninguna contrapartida financiera por los servicios prestados.

Los presos volvieron a ser extorsionados, exigiéndoles todo tipo de pago para que tuviesen derecho a aquello que, en teoría, el Estado debía proporcionar. Desde el papel higiénico, a la posibilidad de disponer televisores en sus celdas, así como a la entrega de bienes personales por parte de sus familias. En definitiva, todo llegó a tener un precio que se cobraba a los presos, lo que acabó desencadenando revueltas que culminaron con la muerte de muchas personas.

El siglo XX estuvo marcado por algunas tragedias que se produjeron en el seno de los sistemas penitenciarios, con la muerte no sólo de presos, sino también de agentes administrativos y policías responsables de su vigilancia. Edmundo Oliveira, nos recuerda algunos casos:

Oriente Medio. Prisiones anticuadas en Inglaterra. Violencia entre los presos en Finlandia. Violencia sexual en EEUU. Adolescentes y adultos mezclados en Nicaragua. Presos sin acusación en Egipto. Mayoría de presos no condenados en Honduras. Masacres en Venezuela. Aislamiento absoluto en Turquía. Huelga de hambre en Rumania. Prisioneros que mutilaron el propio cuerpo para protestar contra la condiciones de vida en Kazajstán. Enfermedad y desnutrición en Marruecos. Más de 96 mil tuberculosos en Rusia. Presos sin espacio para dormir en Mozambique. Tortura y número de presos desconocidos en China (CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*, p. 29).

- a. La muerte de 43 presos, por policías, en el Penal de Attica, en New York, en diciembre de 1971;
- b. El motín, en febrero de 1995, en el Penal Central de Argel, que terminó con la muerte, por agentes de policía, de 96 presos liderados por activistas pertenecientes al grupo Armado Islámico, que luchaba contra el Gobierno de Argelia;
- c. La masacre de la Prisión de Carandiru, el 2 de octubre de 1992, que provocó la muerte de 111 presos, por los integrantes de la Policía Militar de São Paulo;
- d. Los asesinatos, por parte de la policía, de 290 presos vinculados al Movimiento Sendero Luminoso, en abril de 1996, en Perú, en las Prisiones de Santa Bárbara, San Pedro y El Frontón;
- e. La masacre de 450 prisioneros árabes, chechenios y paquistaníes, todos seguidores del Fundamentalismo Islámico de la Etnia de los talibanes, en noviembre de 2001, en el Penal de Mazar – y – Sharif, en Afganistán, donde fueron ejecutados sumariamente por Guardias del Régimen de la Alianza del Norte, que en ese momento contaba con el apoyo bélico de Estados Unidos y de Inglaterra, interesados en la búsqueda de *Osama Bin Laden*, Líder de la Organización Terrorista de Al Qaeda, principal acusado de los ataques destructivos del 11 de septiembre de 2001, al World Trade Center, en New York, y al Pentágono, en Washington.²³⁰

No podemos olvidar, sin embargo, lo que acaeció en Alemania, durante el período del nacionalsocialismo, entre los años de 1933 a 1945, con los campos de concentración. Antes del inicio de la segunda guerra mundial, en 1939, los campos de concentración ya se utilizaban en la Alemania Nazi de Hitler para detener a los que este régimen denominaba “los extraños a la comunidad”.

Los alemanes, reconocidos en el mundo académico por sus doctrinas penales, se olvidaron de las lecciones por las que habían hechos discípulos en todo

²³⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternative das prisões*, P. 8-9.

el mundo occidental y que habían adoptado sus teorías entendidas como impecables.

En contra de todo lo que habían venido enseñando, de manera ofensiva a la dignidad de la persona humana, inician un plan de prisiones ilegales y de consecuente exterminio de personas que, de acuerdo con la concepción de aquel gobierno autoritario, tenían que ser retiradas de las calles, de la convivencia con los “verdaderos alemanes arios”.

Comenzaron a “cazar” prostitutas, homosexuales, personas que debido al desempleo existente en la época vivían en las calles, personas con discapacidad física y mental. En definitiva, eligieron grupos de personas que consideraban como extraños a la comunidad, y dieron comienzo al sórdido plan de llevarlos a campos de concentración, es decir, a presidios que les separarían de la sociedad, además de matar a aquéllos que consideraban irrecuperables.

Estos extraños a la comunidad cumplían, arbitrariamente, una pena privativa de libertad, la “internación por tiempo indeterminado”, en los campos de concentración, pudiendo ser castrados, esterilizados, o incluso asesinados.

Muñoz Conde, en un profundo trabajo de investigación, que supuso el rechazo de muchos profesores alemanes, logró descubrir las atrocidades cometidas por el nazismo, apoderándose de ilustres profesores, como Edmund Mezger, quien trató de legitimar la detención de inocentes justificándola por resultar contraria al pensamiento nacional-socialista.²³¹

²³¹ En su libro titulado *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, saca a la luz el texto del proyecto de ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad, en su versión de 17 de marzo de 1944. A través de la lectura de ese proyecto, podemos considerar como extraño a la comunidad, aquel que, según la concepción nazi, “por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo” (art. 1, §1º, I), o aquél que “por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por tendencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes

La primera mitad del siglo XX se caracterizó por el retroceso con que fue utilizada la pena de privación de libertad. Principios conquistados con sangre, especialmente por cuenta de los revolucionarios franceses, se fueron olvidando y abandonando a lo largo de los años.

El siglo XX marcó, de forma indeleble, el retorno de la crueldad del sistema penitenciario, razón por la cual surgieron muchos movimientos que abogaban por la abolición del sistema penitenciario, como acaeció con el movimiento abolicionista, del que nos ocuparemos más adelante.

1.1. El (mal) ejemplo de los EE.UU

Los Estados Unidos de América del Norte ha destacado, negativamente, en lo que se refiere al sistema penitenciario, ya que, en ese país, existe una verdadera cultura de la prisión, debido a la adopción de un movimiento duro de aplicación de las penas, denominado movimiento de la ley y el orden.

Se construyeron prisiones que se convirtieron en legendarias, como lo que pasó con Alcatraz, situada en el área de San Francisco en el estado de California. Considerada como una de las prisiones más seguras del mundo, albergó a presos como Robert F. Stroud, James "Withey" Burger y el conocido mafioso Al Capone.

En 1963, después de 29 años de uso, gracias a los esfuerzos emprendidos por el entonces Promotor de Justicia Robert Kennedy, el presidio de Alcatraz llegó a su fin. Esto se debe a que Kennedy demostró que el coste relativo al mantenimiento de los presos y del personal en aquella isla era muy alto, es decir, aproximadamente tres veces mayor que en cualquier otro establecimiento penitenciario.

También se debe a los norteamericanos la creación de la llamada *Supermax*, abreviación de *Super Maximum Security*. Son penales de seguridad máxima, normalmente destinadas a presos de alta peligrosidad. La vida de los presos en

por tendencia) (Art. 1, §1º,2, a e b; 3) (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, p. 193).

estos penales recuerda algunos sistemas clásicos, tal es la dureza del trato que se dispensa.

La rutina de los presos se reduce a pasar el día en celdas individuales, pudiendo permanecer fuera de ellas solamente durante una hora. No hay incentivo para las actividades laborales o incluso de deportes. Las denuncias de maltrato a los presos son constantes. Por otra parte, los agentes penitenciarios viven en constante tensión, dado que, frecuentemente, son agredidos por los presos, que aprovechan cualquier oportunidad para dejar fluir su furia, contenida durante 23 horas dentro de una celda.

Conviene destacar que, en los últimos 30 años, el sistema penitenciario se ha convertido en una inversión altamente rentable no sólo para las constructoras americanas, sino también para las ciudades donde se construyeron.

Se inicia una criminalidad movida por las drogas. Básicamente, todo gira en torno al tráfico ilícito y de sus adictos. Homicidios, lesiones corporales, violación, amenazas, robos, hurtos, posesión ilegal de armas, en definitiva, el número de infracciones penales ha aumentado en función del mal que asoló la segunda mitad del siglo XX, especialmente después de la revolución *hippie*, que predicaba el sexo libre, drogas y *rock and roll*. A partir de este movimiento, que se expandió por el mundo, las drogas ilícitas comenzaron a ocupar un lugar destacado, especialmente los ácidos (LSD), la marihuana y la cocaína (y sus derivados, como el crack).

El número de crímenes ha aumentado y deben existir lugares para arrestar a los infractores. En los EEUU, las ciudades se han percatado, tras vencer algunos prejuicios, que la creación de centros de reclusión acaba suponiendo un aumento de puestos de trabajo para su región.

Esta cultura de la prisión fue creciendo en las ciudades americanas. El sistema penitenciario privado comenzó a despuntar. Fueron surgiendo empresas especializadas, destinadas al suministro de los “productos de última generación” para la seguridad del sistema (ropas especiales, esposas, gas lacrimógeno etc.).

Los contratistas especializados empezaron a competir en este segmento del mercado, haciendo ofertas para los diferentes tipos de construcción.

Junto con el crecimiento de las prisiones, aumentaron las denuncias sobre el trato que se daba a la población reclusa. Eso hizo surgir organizaciones que se posicionaron en defensa de los derechos de los presos, similar a lo que sucedió con la *Just Detention International*. Su objetivo principal era impedir los abusos sexuales en las cárceles.²³²

Las prisiones militares americanas también cobraron impulso a finales del siglo XX, e inicio del siglo XXI, como sucedió con la prisión de Guantánamo, base americana localizada en la isla de Cuba, así como la prisión de Abu Ghraib, localizada en la ciudad con el mismo nombre, en Irak.

El *Campo de detención de la Bahía de Guantánamo*, nombre oficial de la prisión militar americana, es parte de la Base Naval Americana en la Bahía de Guantánamo. Antes de la elección del presidente americano Barack Obama, que ordenó su cierre el día 22 de enero de 2009, la base albergaba 3 de campos de detención: *Camp Delta*, *Camp Iguana* y *Camp X-Ray*.

En estos campos, los presos eran mantenidos en condiciones infrahumanas, sometidos a toda clase de torturas que eran permitidas formalmente por el gobierno americano, con la excusa de que, a través de sus interrogatorios, debían obtener la mayor información posible para luchar contra el terrorismo.

Las organizaciones internacionales que defienden los derechos humanos se alzaron contra el mantenimiento de ese verdadero campo de concentración. Especialmente después del atentado terrorista contra las torres gemelas, del 11 de septiembre de 2002, las atrocidades cometidas por los militares, en ese campo, no tuvieron límites, en particular contra los presos afganos e iraquíes, a quien se les

²³² En su sitio Web, afirman que “no importa el crimen que uno ha cometido, porque la violencia sexual nunca podrá formar parte de la pena”. Y continúan diciendo, con razón, que “el abuso sexual en la prisión es una perversión de la justicia y una afrenta a los valores más fundamentales de nuestra sociedad”. Concluyendo, dicen, categóricamente, que la buena noticia es que “el abuso sexual en la prisión se puede prevenir. Es posible poner fin a este tipo de violencia. JDI es la única organización en los EE.UU., y quizá en el mundo, cuyo único objetivo es las violaciones que tienen lugar tras las rejas”. (www.justdetention.org/index.aspx, el 29 de junio de 2009).

acusaba de estar vinculados a grupos terroristas, como los Talibanes y a Al-Qaeda.

Los presos no podían dormir durante días, sometidos a descargas eléctricas, ataques de perros, eran obligados, completamente desnudos, a formar una pirámide humana, en definitiva, eran sometidos a torturas que recuerdan el período oscuro que antecedió al siglo de las luces. Sus atrocidades eran comparables a las de los inquisidores de la iglesia católica, que buscaban la confesión de los acusados a cualquier precio.

Otro motivo de vergüenza del sistema penitenciario ha sido la existencia del complejo penitenciario de Abu Ghraib, con una área de 1,15 km², construida, por los británicos, al oeste de Bagdad, cuando Irak era aún una colonia de Gran Bretaña. Bajo el gobierno del dictador Saddam Hussein, Abu Ghraib se utilizó como lugar de tortura de los que estaban en contra de su gobierno, así como de personas pertenecientes a diferentes grupos étnicos del dictador iraquí. Con la caída de Saddam Hussein y, por consiguiente, con la ocupación americana, se ha convertido en un lugar de torturas contra el pueblo iraquí, practicadas por los “vencedores de la guerra”.²³³

Según los datos de la Cruz Roja Internacional, aproximadamente el 90% de las personas que se encontraban presas en Abu Ghraib no eran culpables de las acusaciones que se les atribuía, de manera que muchas de ellas eran presas y arbitrariamente llevadas a ese lugar por patrullas norte-americanas.

1.2. Modelos penitenciarios de éxito y de fracaso

En España, aunque no todos los sistemas penitenciarios tengan este mismo estilo y calidad, se estableció el Centro Penitenciario de Topas, que se encuentra ubicado entre las provincias de Zamora y Salamanca.

²³³ Los canales de televisión han mostrado escenas sorprendentes, por ejemplo el caso de un preso, llamado Satar Jabar, que tenía las dos manos y el pene atados con alambre y, según se ha divulgado, y de lo que se veía en las fotos divulgadas por la prensa, quedaría electrocutado si se caía de la caja en que se encontraba de pie.

Su construcción, como informa su propio sitio de *Internet*, responde a los criterios de las llamadas "prisiones tipo", fruto del Plan de Amortización y Construcción de nuevos Centros Penitenciarios, que está permitiendo la adecuación arquitectónica de los edificios a los fines de reeducación y reinserción social legalmente previstos.²³⁴

El Centro Penitenciario de Topas es, sin duda, uno de los mejores complejos del mundo penitenciario, donde la finalidad de reinserción de la pena se toma en serio, donde el preso cumple, con dignidad, la sentencia, donde el contacto con su familia le permite que tenga un comportamiento con vistas a la recuperación y a un retorno a la vida familiar. Topas es un Centro Penitenciario de referencia, a pesar de que la privación de la libertad sigue siendo un mal que se debe combatir, al igual que se continúa luchando para eliminar las torturas, los suplicios y, en gran parte del mundo, se lucha en contra de la pena de muerte como sanción para las infracciones penales comunes; es decir, fuera situaciones excepcionales del período de guerra.

“El Centro se compone de catorce módulos residenciales con capacidad para 72 internos en cada uno - en celdas individuales -, junto a la Enfermería, Departamento de Ingresos y Módulo de internos clasificados en primer grado de tratamiento. La estructura interna del Centro permite una correcta clasificación interior de los reclusos conforme a la legislación vigente. El Centro se completa con un Edificio Socio-Cultural, Polideportivo, Talleres Productivos (Carpintería de Madera, Carpintería Metálica, Confección Industrial y Artes Gráficas), zona de servicios (Lavandería, Cocina, Panadería, Economato, Almacenes,...), y Edificio de Comunicaciones (para comunicaciones familiares e íntimas, y con zonas de locutorios generales y abogados). Todo ello ocupa una amplia extensión de 27 hectáreas, donde priman los espacios abiertos y ajardinados”.²³⁵

El Centro Penitenciario de Topas ha sido diseñado para el bienestar del recluso, condenado al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Desde la

²³⁴ <http://cptopas.webcindario.com/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=5>

²³⁵ <http://cptopas.webcindario.com/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=5>

alimentación elaborada por los presos, bajo la orientación de un nutricionista y dos jefes de cocina, hasta el trabajo remunerado y realizado por los mismos reclusos, junto con una variedad de otras actividades manuales y tecnológicas, todo se desarrolla dentro del sistema penitenciario. La zona de ocio del Centro Penitenciario de Topas se asemeja a los clubes de grandes ciudades, con piscinas, salas de peso, etc.

Cabe citar también, el Centro Penitenciario de “Mansilla de las mullas” que, tal como sucede con el Centro Penitenciario de Topas, ha instituido los llamados “módulos de respeto”, es decir, pabellones administradas por los propios presos.²³⁶

Por desgracia, ejemplos como el del Centro Penitenciario de Topas y el Centro Penitenciario de “Mansilla de las Mullas” no se siguen en los países más subdesarrollados o en desarrollo, como en Brasil.

En Brasil, no hace mucho tiempo, existía la Casa de Detención de São Paulo, también conocida popularmente como Carandirú, por estar ubicada en el barrio que llevaba este nombre, en la ciudad de São Paulo.

²³⁶ Según la rutina de estos módulos de respeto, explicado por la revista *Voce Magazine*: “Amanece. Son las siete y media de la mañana y los internos de la prisión de Mansilla que pertenecen a los Módulos de Respeto se levantan. Comienzan a prepararse para acometer las actividades del día. A las ocho pasan el recuento perfectamente aseados, vestidos y de pie. La celda, ya ordenada y fregada, permanecerá abierta hasta que regresen de la hora de comer. Después del desayuno, asisten a la reunión diaria con el Educador del Módulo, quien repasa la evaluación del día anterior, y después de tratar temas de carácter general atiende por orden los internos que previamente lo hayan solicitado. Nadie podría imaginar que esto esté sucediendo en una cárcel española, con los problemas de masificación, diversidad de etnias y una amplia variedad de perfiles. Personas que han entrado por primera vez en prisión conviven en paz con multireincidentes, delincuentes de ‘guante blanco’ con homicidas o narcotraficantes de primer nivel con simples ‘camellos’. Reina el respeto. No hay peleas ni robos... y la droga no impone su ley. Los presos participan activamente en la gestión de las actividades e incluso algunos dan clases al resto de los compañeros. Una forma de organizar la convivencia dentro de las prisiones que favorece la reinserción” (*Voce Magazine*, Centro Penitenciario León, junio 2009, p. 5-6). Tal como sucede con el Centro Penitenciario de “Masilla de las Mullas” en el centro penitenciario de Topas también se crearon los “módulos de respeto”, que tuvimos oportunidad de conocer personalmente en una visita a esta prisión en 2009. Son módulos donde, efectivamente, la confianza en los presos es el lema de orden. Ellos mismos sienten la responsabilidad de administrar el cumplimiento de sus penas, determinando los horarios de trabajo, entretenimiento, comida, en definitiva, están llamados a participar en la administración penitenciaria. Esta experiencia exitosa hace que el preso se reintegre con mayor facilidad a la vida en la sociedad, ya que deja de lado la condición de mero receptor de órdenes, para ser co-responsables del destino de todos los presos pertenecientes a ese pabellón.

Este complejo penitenciario se creó en la década de 1920 y se diseñó para albergar a 1.200 reclusos. Durante casi 20 años, este presidio trató de cumplir con sus funciones, e incluso se lo ha considerado como un estándar de excelencia, razón por la cual ha atraído la visita de políticos, estudiantes de derecho, autoridades extranjeras, y también de juristas italianos.

Los detenidos eran responsables, básicamente, de todos los trabajos necesarios para el mantenimiento del presidio, desde la limpieza hasta la cocina e, incluso, prestaban servicios en la clínica y en el hospital de la prisión, así como de la agricultura, que suministraba una parte de su alimentación.

A partir de 1940, los problemas empezaron a surgir en el complejo del Carandirú, cuando el penal comenzó a albergar más presos superando su nivel de capacidad normal. El hacinamiento penitenciario se convirtió en un grave problema, que comenzó a erosionar y destruir toda la estructura que se había creado.

En 1956, se llevó a cabo un nuevo intento para dar cabida a los prisioneros con la construcción de una Casa de Detención que se encontraba ubicada en el complejo penitenciario, aumentando su capacidad para 3.250 presos.

Con todo eso, el problema del hacinamiento penitenciario no se ha resuelto. Por el contrario, el complejo ha perdido todo su formato original, y ahora se considera un “granero” de presos, que están amontonados como animales. El complejo ha llegado a albergar aproximadamente a 8 mil presos, que “sobrevivían”, no se sabe cómo, en un ambiente fétido, promiscuo y agresivo, donde eran frecuentes las palizas, las torturas e, incluso, las peleas entre grupos rivales, sobre todo en los últimos 30 años cuando han comenzado a surgir las facciones criminales vinculadas, especialmente, a los crímenes de secuestro y tráfico de drogas.

En 1992, durante una “supuesta rebelión” que se había iniciado en el Pabellón 9, el complejo penitenciario del Carandiru fue ocupado por la Policía Militar del Estado de São Paulo. Por las informaciones que llegaron, hubo

resistencia por parte de los presos que, en aquella ocasión, incluso dentro del Complejo penitenciario, portaban armas de fuego, cuchillos, jeringas con sangre contaminada por el virus VIH, palos y demás, que servían para agredir a los policías.

La Policía Militar, en un principio actuó en defensa propia, haciendo cesar la agresión injusta en contra de ellos practicada por los presos. Sin embargo, esta reacción policial se extendió a punto de causar la muerte de 111 presos, según fuentes oficiales. Sin embargo, por las estadísticas de los propios presos, al menos 250 presos murieron durante el asalto de la policía, que llegó a ser conocida nacional e internacionalmente como la “masacre del Carandiru”.

En 2002 comenzó el proceso de desactivación del complejo del Carandiru, trasladando los presos a otras prisiones. En el lugar que antes ocupaba el complejo, que fue demolido por completo, el gobierno del Estado de São Paulo construyó un gran parque, que recibió el nombre de “Parque de la Juventud”, albergando, también en ese lugar, instituciones educativas y de cultura.

En Brasil, por desgracia, aunque se considera que existen complejos penitenciarios considerados de máxima seguridad, la corrupción de los funcionarios públicos que trabajan en el sistema penitenciario permite que, dentro de los penales, impere el delito organizado. Hay muchos presos que se consideran jefes de organizaciones criminales que actúan activamente dentro de las prisiones, de forma similar a lo que sucede con la pandilla criminal existente en el Estado de São Paulo, conocida como PCC (Primer Comando de la Capital), o las ya “famosas” pandillas del Estado de Rio de Janeiro, como el Comando Rojo.

En 2006, el líder del PCC, en el Estado de São Paulo, desde una prisión, organizó una rebelión simultánea en 73 presidios paulistas, además de una ola de atentados en el Estado, se incendiaron 82 autobuses, se cerraron los comercios, situación que provocó gran miedo entre los ciudadanos. En definitiva, desde el interior de una prisión, un solo preso, llamado Marcos Wilians Herbas Camacho, más conocido como “Marcola”, impuso el terror a 11 millones de habitantes de la ciudad de São Paulo. Fueron más de 100 horas de pánico en la mayor ciudad

brasileña, que culminó con la muerte de 152 personas, entre ciudadanos, policías y delincuentes.

No podemos dejar de mencionar, también, el motín en la Casa de Detención José Mário Alves Da Silva, más conocido como presidio Urso Blanco, ubicado en la ciudad de Porto Velho, en el Estado de Rondônia, en Brasil. Más de 190 personas fueron mantenidas como rehenes y, al final de la rebelión, 16 presos fueron asesinados por sus propios compañeros de celda. Fueron escenas impactantes, que asombraron al país, debido al alto grado de insensibilidad y crueldad con que los presos trataron a sus propios compañeros.

Como el presidio había sido dominado por los reclusos, como muestra de su poder, subieron hasta a la cima del edificio, donde se encontraba un tanque de agua y, desde allí, a la vista de todos, comenzaron las ejecuciones sumarias, llegando, incluso, a decapitar y a descuartizar los cuerpos. Los familiares de los presos, que asistían a esta escena desde la parte exterior del presidio, se desesperaban. Las madres se desmayaban, los padres clamaban misericordia, en definitiva, fueron días de verdadero terror en el sistema penitenciario. Hay relatos, incluso, de que algunos presos jugaron al fútbol con la cabeza de otro detenido, que había sido decapitado.

¿Qué hace que un ser humano se comporte de manera tan brutal? ¿Por qué tanto desprecio por las vidas de sus semejantes? ¿Por qué hacer sufrir al que también siente en su propia piel, los problemas del sistema penitenciario?

Las rebeliones en los penales brasileños están, hasta cierto punto, justificadas. Hay hacinamiento en las cárceles, a menudo con tres, cuatro o incluso cinco veces su capacidad; existen informes realizados por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados que, visitando algunos presidios en varios Estados de la Federación brasileña, identificó como graves y serios problemas en el sistema.

A modo de ejemplo, en casi todas las cárceles, no había trabajo ni ningún tipo de escolarización para los reclusos, de manera que se pudiese contribuir a su

proceso de resocialización; en el apartado alimentación, se descubrió que también, en muchos presidios, se ofrecía a los presos comida en mal estado, o, al menos, con fecha de caducidad vencida; los presos hacían sus comidas con sus manos, es decir, no utilizaban ningún tipo de cubierto, incluso de plástico, ya que afirmaban que, por cuestiones de seguridad, no se podían suministrar, en la medida en que podrían ser utilizado como arma blanca. Por esta razón, los presos comían con las manos o utilizaban algún utensilio de papel que les sirviese para quitar la comida del envoltorio donde estaba servida.

Con respecto a las visitas, resulta fundamental que el preso mantenga contacto con sus amigos y familiares, nutriendo la esperanza de un retorno a la vida social y evitando la depresión penitenciaria. En muchos presidios, los controles de estas personas se llevaban a cabo de forma vejatoria. Dada la falta de equipos adecuados como los rayos X, para comprobar si las personas que desean entrar en el sistema penitenciario, con el fin de visitar a amigos o familiares, lleven materiales no permitidos, los funcionarios, sin preparación obligan a los visitantes a quitarse la ropa, dejándoles totalmente desnudos, obligándoles a agacharse, para ver si tienen, especialmente en el caso de las mujeres, algún objeto colocado dentro de la vagina o en el ano. Tal procedimiento se realiza, independientemente de quién esté siendo sometido al control, es decir, tanto una mujer de edad avanzada como un niño o un enfermo.

En el sistema penitenciario brasileño, también resulta bastante común que los presos queden aislados, durante años, en celdas propias, sin que puedan tener contacto con el mundo exterior, impidiéndoles recibir visitas o tomar el sol.

Otro factor muy grave en las prisiones brasileñas, es el de la insuficiencia del número de profesionales cualificados para defender a los detenidos en el sistema penitenciario: Los detenidos, que pueden tener derecho a algún beneficio legal como, por ejemplo, las salidas temporales, la libertad condicional, etc., son olvidados. Lo mismo sucede con quienes ya han cumplido la condena completa impuesta por el Estado, y no consiguen una licencia de libertad de la Justicia Penal.

Esta falta de profesionales contratados por el sistema penitenciario, ha dado lugar a que la propia sociedad, a través de sus Facultades de derecho, ONG's, o incluso de las iglesias, se haya movilizadado en orden a realizar unos esfuerzos conjuntos –con la colaboración de alumnos de los últimos cursos de las Facultades de Derecho,- con el objetivo de llamar la atención del Poder judicial y de la Fiscalía en relación a las irregularidades que se producen en el sistema penitenciario.

Otro factor grave es el de la mezcla que se produce entre los reclusos realmente considerados como peligrosos, y otros a los que, en muchas situaciones, se les podría sustituir su condena de privación de libertad por otro tipo de pena. Esta convivencia penitenciaria pernicioso aumenta el índice de reincidencia, porque el contacto del preso no peligroso con el que suele cometer crímenes hace que cuando este último regrese a la vida en sociedad intente poner en práctica lo que aprendió en la cárcel; recordamos el popular dicho: la “prisión es la escuela del delito”.

También falta una adecuada clasificación de los detenidos al comienzo del cumplimiento de su condena, una mezcla inadecuada, que genera serios problemas para la administración penitenciaria. Los presos, -hipócritamente,- poseen un “código ético” propio, donde no toleran a quienes hayan cometido, por ejemplo, delitos sexuales, como la violación. Cuando estos presos, violadores, están mezclados con otros que cometieron otro tipo de delitos, con frecuencia son brutalmente golpeados y, a menudo, asesinados.

La administración penitenciaria debe estar atenta para no permitir este tipo de convivencia, resultando obligatoria esta clasificación inicial, preservando la vida y la integridad física y moral del preso que fue condenado por la comisión de un delito de connotación sexual.

Conviene que los condenados homosexuales sean aislados de los demás, de modo que la prisión no se convierta, aún más, en un ambiente promiscuo. Los presos homosexuales, cuando se mezclan con los demás, son violados casi que diariamente. Como solían tener una vida promiscua fuera de la cárcel, muchos de

ellos son portadores del virus VIH, de manera que, cuando mantienen relaciones sexuales con los demás presos, comienzan a infectar todo el sistema penitenciario.

Esta contaminación, sin embargo, no se limita *intramuros*, dado que los presos, en algunos casos, seguirán teniendo relaciones con sus parejas y esposas, cuando lo permita el sistema penitenciario, y transmiten las enfermedades a sus familiares, ya que, raramente, hacen uso de preservativos durante sus actos sexuales.

Hay que tener presente la elevada tasa de pacientes enfermos que se encuentran en el sistema, especialmente por falta de una atención médica apropiada. Resulta alto el número de portadores de enfermedades contagiosas, como las infecciones de la piel, la tuberculosis, el SIDA, por no mencionar el hecho de que las personas portadoras de enfermedades mentales son arrojadas a la cárcel, por falta de plazas en los centros psiquiátricos judiciales, lo que agrava su cuadro, ya psíquico, por no recibir un tratamiento adecuado.

La corrupción de los agentes del sistema penitenciario es también uno de los principales problemas que podemos encontrar en los centros penitenciarios, especialmente los situados en países subdesarrollados y en vía de desarrollo. En Brasil, en varias ocasiones, los presos fueron filmados hablando por el teléfono móvil, es decir, controlando sus actividades ilícitas desde el interior del propio sistema penitenciario o, incluso, vendiendo drogas como si estuvieran en las calles, estando provistos de armas de fuego. La pregunta inocente, por supuesto, es la siguiente: ¿Cómo han podido llegar teléfonos móviles, drogas, a un sistema penitenciario que está bajo la tutela del Estado? La respuesta puede encontrarse en la corrupción de los funcionarios responsables de la vigilancia de la cárcel.

Suelen ser funcionarios sin preparación y mal pagados, que se mezclan con el mundo del crimen. De hecho, no es raro que se confundan la figura del delincuente y la del funcionario público que actúa en el sistema penitenciario. Esta afirmación es aplicable no sólo para quienes ocupan las posiciones más subordinadas, como los agentes penitenciarios responsables de la vigilancia de las celdas o de los controles personales. La corrupción parte también de los

funcionarios públicos con puestos directivos, que ocupan cargos de dirección, y que detentan, efectivamente, algún poder, razón por la cual “venden” sus decisiones con el fin de beneficiarse de los presos que pueden pagar por ellas, como, por ejemplo, permitiendo, ilegalmente, sus salidas del sistema penitenciario, el cambio de celda o incluso de presidio, la posibilidad de visitas íntimas, la entrada de drogas y de armas, etc. El sistema penitenciario brasileño necesita urgentemente una solución, ya que, en efecto, estamos frente a un verdadero “barril de pólvora”, a punto de explotar.

En lo que se refiere al dominio del sistema penitenciario por los propios presos, además de las hipótesis mencionadas en Brasil, no podemos olvidar casos impactantes, como el que acaeció en Colombia. Pablo Escobar, uno de los mayores narcotraficantes del mundo, después de hacer un trato con el gobierno Colombiano, que evitaba su extradición a los EE.UU., construyó su propia prisión, que fue denominada “La Catedral”.

Escobar construyó esta prisión con el fin de satisfacer sus propias necesidades. En ella tenía todas las comodidades imaginables, de manera que la prisión parecía más un club que una cárcel. Todos los guardias eran leales al narcotraficante, que salía y volvía de la prisión cuando quería. Un claro ejemplo de burla al sistema penitenciario.

En 1992, al anunciarse que Escobar sería transferido a otra penal, se fugó de su “lujosa cárcel”, por temor a ser extraditado a los EE.UU. El 2 de diciembre de 1993, durante un enfrentamiento con la policía, que había descubierto su paradero, murió.

La corrupción en el sistema penitenciario, junto con el vergonzoso trato dispensado a los presos (incluyendo aquí, obviamente, el hacinamiento en las prisiones) se ha convertido en una característica del sistema penitenciario del siglo XX y comienzos del siglo.

Sin embargo, también obedece en parte a una decisión política, adoptada por la mayoría de los países, como el movimiento de la ley y el orden, es decir, del

derecho penal máximo, donde los gobiernos que no cumplían sus funciones sociales encontraban en el derecho penal la solución de sus problemas.

Los países que adoptaron como regla general, esta política equivocada, esta cultura de la prisión, experimentaron una evolución de Estados sociales a Estados penales. Sus sistemas de prisión ya comenzaron a no tener en cuenta el número de personas que deberían cumplir sus condenas.

El siglo XXI comenzó sin ninguna perspectiva de mejora del sistema penitenciario. El hacinamiento penitenciario no parece preocupar a las autoridades competentes, especialmente a la clase política, que no ve ninguna “ventaja” en el preso. Las celdas siguen siendo húmedas, fétidas, extremadamente frías o calientes, sin ventilación, la comida que se sirve es de pésima calidad, los presos no trabajan, no pueden hacer ejercicio, a sus familiares se les impide con frecuencia las visitas, las esposas, en la mayoría de los casos, no mantienen relaciones íntimas con sus maridos, etc. Se propagan las enfermedades contagiosas, provocando una esperanza de vida muy baja (tal vez sea éste el plan del Estado, para deshacerse de ese contingente social).

En los presidios donde no hay enfermería o servicio médico, se llevan a los presos al servicio público de salud, provocando, con ello, vergüenza a la población y a ellos mismos, dado que entran en la red de hospitales públicos escoltados y esposados, infundiendo temor a los que allí se encuentran, que imaginan que está a punto de suceder un intento de fuga, con la ayuda de otros delincuentes. El sistema penitenciario sigue siendo una pesada carga.

Conviene que nos ocupemos, aunque sea brevemente, de algunas ideologías que, de alguna manera, han influido en el compromiso o en la resolución (total o parcial), de los problemas penitenciarios. Haremos un breve análisis del movimiento abolicionista, del movimiento de la ley y el orden, y el llamado derecho penal mínimo.

2. MOVIMIENTOS POLÍTICO-PENALES QUE EJERCEN INFLUENCIA SOBRE EL SISTEMA PENITENCIARIO

El objetivo de la política penal adoptada por una sociedad determinada no es impedir la comisión de delitos, eliminándolos por completo, sino llevarlos a un nivel razonable, para que la vida en sociedad sea la más pacífica posible.²³⁷

El delito no puede extirparse de la sociedad. El delito siempre ha existido y siempre existirá. Sin embargo, lo que se pretende a través de las medidas político-penales, que se implementan en cada sociedad, es hacer que su índice sea la más tolerable posible.

Cualquier postura político-penal que se adopte tendrá repercusiones inmediatas sobre el sistema penitenciario.²³⁸ Si el Estado, por ejemplo, trata de reducir el número de infracciones penales existentes en su ordenamiento jurídico, eso repercutirá en el sistema penitenciario, dado vez que un número significativo de personas dejará de estar presa. Por otra parte, si el Estado elabora una cantidad excesiva de leyes penales, el número de presos que ingresará en el sistema penitenciario aumentará. Por esta razón, Zaffaroni define la política penal como

²³⁷ E. Borja, nos ofrece, en un contexto político, el concepto de "política criminal": "aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad (BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*, p. 22).

²³⁸ L. Zúñiga Rodríguez, trazando la evolución de lo que se entendía como objetivo de la política criminal, subraya que "en un primer momento se creyó que el fin de la Política Criminal era la mera represión del delito. Después con el positivismo y el advenimiento del Estado social, se sustentó como fin concreto de la Política Criminal la prevención de la delincuencia. Pero las últimas tendencias apuntan hacia una concepción más amplia de los fines de las actuaciones políticas y jurídicas de los Estados en relación a la delincuencia, considerando no sólo la prevención (entendida la prevención *postdelictum* y *antedelictum*) de la delincuencia, sino también el objetivo de controlar todas sus consecuencias: costes económicos y sociales del delito, de la sanción, respecto del autor, respecto de las víctimas, en relación a los aparatos de intervención y a la sociedad en general. Ya puede observarse que el fin general de la realización de los derechos fundamentales (modelo de Sociedad) está conectado con los objetivos concretos de la Política Criminal. Según esta conexión, que en suma responde a las relaciones individuo/Sociedad, se determinará la manera de entender la delincuencia o la criminalidad y de abordarla" (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*, p. 38).

“La ideología política que orienta el control social punitivo”.²³⁹

El discurso penal agrada a la sociedad, puesto que ésta deposita en el mismo sus esperanzas. Los medios de comunicación, que ejercen una poderosa influencia en nuestro entorno, se encargan de convencer a la sociedad, mostrando casos atroces que, como respuesta, reivindican un Derecho Penal más severo y más radical en sus castigos. La disputa por puntos en la audiencia ha convertido nuestra prensa en un espectáculo de horrores que, a pesar de que nos repugne, nos gusta verlos diariamente.

Debemos hacer una distinción de los actuales discursos penales, dejando al descubierto sus verdaderas intenciones para que, al final, podamos optar, racionalmente, por uno de ellos.

Nos vamos a ocupar de tres movimientos ideológicos, con concepciones político-penales diversas, –el abolicionismo, el discurso de la Ley y el Orden y el Derecho Penal Mínimo–, al que denominamos Derecho Penal del Equilibrio. Nuestro objetivo va a ser el de mostrar las aportaciones de cada uno en nuestra sociedad, dejando de lado cualquier sentimiento que no sea el efectivo razonamiento técnico.

El que se opte por uno de estos movimientos, ejercerá una clara influencia en el sistema penitenciario, ya sea con la intención de eliminarlo (abolicionismo), de disminuir el número de reclusos (minimalismo) o de aumentar, aún más, la población penitenciaria (maximalismo).

2.1.El Abolicionismo

El Derecho Penal es la rama más relevante del ordenamiento jurídico. Después del Derecho Constitucional que no puede considerarse como rama, sino como el tronco del ordenamiento jurídico, en el que todas las ramas van a encontrar su fuente de vida, de validez, es el Derecho Penal el que más requiere la

²³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología – aproximación desde un margen*, p. 22.

atención del Estado, ya que, mediante sus sanciones, la vida y la libertad se ven afectadas.

Tampoco podemos negar la crueldad del Derecho Penal (entendido aquí como *sistema penal*), y el temor que por regla general nos provoca. El Derecho Penal tiene su público-objetivo. No todas las personas formarán parte de su “clientela”. Los que militan en este ámbito pueden testificar, con seguridad, que el Derecho Penal tiene color, olor, apariencia, clase social, en definitiva, el Derecho Penal se hizo para un grupo determinado de personas.

Para comprobarlo basta visitar un centro penitenciario, especialmente en los países subdesarrollados o en desarrollo, donde se podrá verificar que el contingente penitenciario está compuesto, básicamente, por los miembros de las clases sociales más bajas.

A pesar de que numerosos principios intenten contener la ira del legislador, sabemos que la tendencia, al menos en Brasil, es la de utilizar el Estado Penal en sustitución del Estado Social. La Constitución Federal de Brasil, de manera innovadora, ha establecido una serie de principios que deberán de servir de guía tanto al legislador como a los encargados de hacer cumplir la ley. Sin embargo, su inobservancia es muy común.

Basta considerar sólo los principios de la responsabilidad personal y de la limitación de las penas, previstos, respectivamente, en los incisos XLV y XLVII del art. 5º de la Constitución brasileña.

El citado inciso XLV dice que “*ninguna pena trascenderá de la persona del condenado, pudiendo extenderse a los sucesores y ser ejecutadas contra ellos la obligación de reparar el daño y la decisión de privación de bienes, en los términos de la ley, hasta el límite del valor del patrimonio transmitido*”.

A primera vista, parece un principio de orden lógico, dado que nadie podrá ser castigado por un hecho cometido por otros. Sin embargo, no siempre fue así. Hasta finales del siglo XVIII –donde cabe situar el inicio de la modificación del

razonamiento penal,- no sólo el que cometía la infracción penal era castigado, sino también sus familiares.

Podemos cuestionarnos si ahora, informalmente, la pena excede la persona del condenado: la respuesta es afirmativa. Porque, cuando el Derecho Penal consigue entrar en la “residencia de alguien”, provoca un desastre no sólo para el que cometió la infracción penal, sino también para todos los que le están próximos. ¿Quién no ha visto una escena en que la madre de un determinado recluso lloraba compulsivamente preguntándose por qué se estaba apresando su hijo? O la de una esposa que, con la detención de su marido, se ve privada de las condiciones mínimas de supervivencia, sin tener nada para comer, para vestir, ni para vivir, etc. Sus hijos comienzan a mendigar. El cambio es notable para esa familia. Se abre el camino a nuevas infracciones penales. Por ello, el que la pena y el Derecho Penal no vayan más allá de la persona del condenado es sólo una falacia.

El inciso XLVII del art. 5º de la Constitución Federal brasileña también preconiza que “no habrá penas: a) de muerte, salvo en caso de guerra declarada, en los términos del art. 84, XIX; b) de carácter perpetuo; c) de trabajos forzados; d) de destierro; e) crueles”. Todas estas limitaciones giran en torno a un principio, cuyos orígenes se remontan al período iluminista, y al *principio de dignidad humana*.

El ser humano posee valores inalienables que no pueden dejar de ser observados por el Estado, encargado del mantenimiento de la paz social. Aunque sean pocos los derechos considerados como absolutos, -y la vida y la libertad no los son, pone de manifiesto la pena de muerte, en los casos de guerra declarada y la pena privativa de libertad,- hay otros que deben ser observados a cualquier costo, tales como el derecho que tiene el ser humano a no ser torturado, a no ser esclavizado, a ser tratado con dignidad. Desde este punto de vista, la cuestión que se plantea en este punto es: ¿Si después del debido proceso legal, alguien, condenado al cumplimiento de una pena privativa de libertad, es colocado en una celda superpoblada, donde constantemente es violado por los demás presos, ¿se

está observando el principio de dignidad humana? ¿se estaría obedeciendo a la norma constitucional que prohíbe las penas crueles? Parte de este razonamiento fue incorporado por los partidarios del movimiento abolicionista, cuyos orígenes se atribuyen a Fillipo Gramatica, al final de la Segunda Guerra Mundial”.²⁴⁰

La crueldad del Derecho Penal, su naturaleza selectiva, la imposibilidad de cumplir con las funciones atribuidas a las penas (reprobación y prevención), la característica extremadamente estigmatizante, la cifra negra²⁴¹ correspondiente a las infracciones penales que no fueron objeto de persecución por el Estado, la selección de lo que debe o no considerarse como infracción penal, así como la posibilidad de los ciudadanos de resolver, por medio de las otras Ramas del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.), sus conflictos interindividuales, llevaron a un grupo de autores a razonar, definitivamente, al amparo de la tesis abolicionista.

Como aclara Nieves Sanz Mulas, “sus defensores -que siguen siendo una minoría- rechazan toda posibilidad de legitimación, lo que sin duda llevaría a proponer la abolición del propio Derecho penal”.²⁴² Sin duda, son autores

²⁴⁰ Evandro Lins y Silva, citado por Antônio de Padova Marqui Júnior, explica: “Tras la fase tecnicista se produjo, poco después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, una fuerte reacción humanista y humanitaria. El Derecho Penal reanudaba su cauce natural, *iter* por el que viene discurriendo desde Beccaria. No surgió exactamente una nueva escuela penal, sino un movimiento, sumamente creativo, que influyó de modo intenso en la reforma penal de la segunda mitad del siglo XX. Fue su fundador el abogado y profesor Fillipo Gramática, que fundó, en Génova, en 1945, un Centro de Estudios de Defensa Social. Gramatica adoptaba una posición radical. Sostenía la Defensa Social consistía en la acción del Estado destinada a garantizar el orden social, mediante medios que implicasen la propia abolición del Derecho Penal y de los sistemas penitenciarios vigentes (MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponible en: www.direitopenal.adv.br).

²⁴¹ Disertando sobre la cifra negra, aclaran Juan J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée (*en* Nuevo Sistema de derecho penal, p. 37). “La estadística de la delincuencia se confecciona a partir de los datos registrados por los órganos del control social penal. Esto significa que hay un gran número de hechos punibles que por haber sido registrados no forman parte de la estadística criminal. Estos hechos constituyen la cifra negra de la delincuencia. En efecto, no todos los delitos son denunciados. No todos los delitos denunciados son registrados como tales por el órgano ante el cual se hizo la denuncia. No todos los delitos denunciados y registrados por el órgano que recibió la denuncia son objeto de investigación y no todos los investigados acaban siendo condenados. Asimismo, según el nivel del órgano desde el que se elaboró la estadística, más alta será la cifra negra. Dicho en otras palabras, no es lo mismo elaborar estadísticas criminales a partir de las sentencias condenatorias que de los hechos alegados y denunciados a la policía. Entre la comisión del delito y la sentencia condenatoria actúan una serie de filtros que no permiten contar con datos estadísticos fiables”.

²⁴² SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 37.

comprometidos con el principio de dignidad humana.²⁴³, que llegaron a sus conclusiones frente a la irracionalidad del sistema penal. Como afirma J. M^a. Silva Sánchez, “al movimiento abolicionista no debe dejar de reconocérsele el mérito de un importante esfuerzo a favor de la humanización del sistema penal criticando los aspectos negativos del mismo”.²⁴⁴ El castigo de los hechos poco graves, por un lado, y la impunidad de los crímenes de collar blanco, por otro, constituyen ejemplos claros de la injusticia del sistema penal. ¿Qué es lo que permite la transformación de un hecho que, hasta ayer, era tolerado plenamente en una conducta prohibida por el Derecho Penal?²⁴⁵

La crítica abolicionista se construye a partir del momento en que aparece la ley penal, prohibiendo o imponiendo una determinada conducta bajo la amenaza de una sanción, cuestionando los criterios, así como la necesidad del tipo penal, junto a la elección de las personas que, efectivamente, sufrirán los rigores de la ley penal, dado que, como es notorio, la “clientela” del Derecho Penal está constituida por los pobres, miserables, desempleados, estigmatizados por cuestiones raciales, relegados a un segundo plano por el Estado, que sólo se acuerda de ellos en el momento crucial de ejercer su fuerza como forma de

²⁴³ Conforme a lo que destacan Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar, el abolicionismo es un movimiento impulsado por autores del norte de Europa, aunque con considerable repercusión en Canadá, Estados Unidos y en América Latina. Partiendo de la deslegitimación del poder punitivo y de su incapacidad para resolver los conflictos, postula la desaparición del sistema penal y su sustitución por modelos de solución de conflictos alternativos, preferentemente informales. Sus mentores parten de diversas bases ideológicas, pudiendo fijarse de modo prevalente la fenomenológica, de Louk Hulsman, la marxista, de la primera fase de Thomas Mathiesen, la fenomenológico-histórica, de Nils Christie y, aunque no se haya integrado formalmente el movimiento, no parece temerario incluir en este la estructuralista, de Michel Foucault. (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. I, p. 648).

²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 20.

²⁴⁵ Louk Hulsman, uno de los precursores del movimiento abolicionista, afirma: No se suele perder tiempo con manifestaciones de simpatía por la suerte del hombre que va a la cárcel, porque se cree que se lo merecía. ‘Este hombre cometió un crimen’ – pensamos; o, en términos más jurídicos, ‘¿fue juzgado culpable por un hecho punible con *pena de prisión* y, por tanto, se hizo justicia al encarcelarlo?’ Bien, ¿qué es un delito? ¿qué es un ‘hecho *punible*?’ ¿Cómo diferenciar un hecho punible de un hecho no punible? ¿Por qué ser homosexual, drogarse o ser un bigamo son hechos punibles en algunos países y no en otros? ¿Por qué conductas que antaño eran punibles, como la blasfemia, la brujería, los intentos de suicidio, etc., hoy no lo son? Las ciencias penales pusieron de manifiesto la relatividad del concepto de infracción, que varía en el tiempo y en el espacio, de tal modo que lo que es ‘delito’ en un contexto es aceptable en otro. Al haber nacido en un lugar y no en otro, o en una determinada época y no en otra, se puede – o no – ser encarcelado por lo que hizo, o por lo que es (HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas* – O sistema penal em questão, p. 63).

contención de las masas, en beneficio de otra clase, considerada superior, que necesita este “muro divisorio” para que tenga paz y tranquilidad, con el fin de que pueda “producir y hacer prosperar la nación”.

A todo ello hay que sumar la llamada *cifra negra*, es decir, aquella parcela, en efecto la mayor, de infracciones penales que no llega a conocimiento de los órganos formales de represión (policía, Fiscalía, Magistratura, etc.). De hecho, en lo que se refiere a la cifra negra, apunta Hassemer y Muñoz Conde que “no todos los delitos cometidos llegan a ser conocidos; no todos los delitos conocidos llegan a ser denunciados; no todos los delitos denunciados llegan a ser aclarados; no todos los delitos aclarados llegan a ser condenados”.²⁴⁶

Cuando el Estado consigue hacer valer su *ius puniendi*, con la aplicación de la pena previamente establecida por la ley penal, difícilmente esta pena, acaba cumpliendo las funciones que le han sido conferidas, como las de evitar y prevenir el delito.

Por otra parte, muchas de las conductas que fueron seleccionadas por el Estado, a partir de un criterio político, para formar parte del ámbito de aplicación del Derecho Penal, podrían muy bien merecer la atención tan sólo de las demás Ramas del ordenamiento jurídico, especialmente del Derecho Civil y del Derecho Administrativo, preservándose, con ello, la dignidad de la persona humana, que no se encontraría en una condición estigmatizante de *condenada* por la Justicia Penal. En resumen, la prisión, para los abolicionistas, es un instrumento totalmente irracional, que no puede aplicarse sin que se agravie la dignidad del ser humano.

Con todo hay situaciones para las que no cabe otra alternativa que la aplicación del Derecho Penal. Casos de robo, violación, homicidio, es decir, casos graves que merecen una respuesta también grave e inmediata por parte del Estado.²⁴⁷ Para determinados hechos graves, lamentablemente, no existe otro

²⁴⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*, p. 148.

²⁴⁷ Thomas Mathiesen, profesor de Sociología de Derecho en la Universidad de Oslo, incluso siendo un abolicionista convencido, llegó a confesar: Tenemos que admitir que tal vez la posibilidad de encarcelar a algunos individuos debe permanecer. La forma de tratar con ellos debe

remedio que el Derecho Penal, sin posibilidad, al menos en la sociedad actual, de que renunciemos al sistema penal, bajo el argumento de que las otras Ramas del ordenamiento jurídico son capaces de resolver cualquier tipo de conflictos y lesiones a bienes jurídicos esenciales.²⁴⁸

A pesar de que la tesis abolicionista alegue que el Derecho Penal no es el instrumento hábil para llevar a cabo el juicio de censura por los comportamientos desviados, hasta ahora, lamentablemente, como ya hemos mencionado, no se ha establecido otro que sea capaz de impedir la práctica de conductas graves que causan, con frecuencia, daños irreparables a la sociedad.

Nos adherimos al interrogante que plantea Edmundo Oliveira, cuando se pregunta: Abolir las prisiones: ¿será posible esta lógica? A nivel institucional no resulta practicable, principalmente en América Latina, donde las estructuras del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial no ofrecen condiciones plausibles para la adopción de experiencias *abolicionistas*. Abogar por la abolición de la institución penitenciaria puede ser un noble deseo pero utópico. A pesar de las contradicciones que la pena privativa de libertad implica; por negativos que sean sus efectos; por altos que sean sus costes sociales, no se ha planteado su abolición. Aún prevalece la creencia de que la prisión representa la mejor respuesta para las inquietudes engendradas por las conductas de los delincuentes.²⁴⁹

ser muy diferente de lo que sucede hoy en nuestras prisiones. Para asegurar un correcto funcionamiento y controlar el aumento de su número debido a un cambio de criterios, habría que establecer un *límite absoluto* para un número de celdas cerradas para tales personas, que fuera aceptado en nuestra sociedad. (MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível?* – Conversações abolicionistas, p. 277).

²⁴⁸ “Las propuestas abolicionistas radicales suenan en los momentos actuales, al menos con respeto a los delitos más graves y de trascendencia para la sociedad, como música celestial y, en la mejor de las hipótesis, parecen utópicas. Sin embargo, no se debe subestimar su importancia como crítica a los sistemas de reacción a la criminalidad de carácter punitivo actualmente existentes y como movimiento para su revisión y reforma. Sin duda, sería mejor que los conflictos sociales se solucionasen de forma dialogada a través de las negociaciones entre los implicados, libres de toda ingerencia o coacción externa, o que las normas que regulan la convivencia fuesen respetadas por todos voluntariamente sin necesidad de recurrir a la sanción en caso de su infracción. Pero eso no parece posible en una sociedad donde la convivencia en sí misma es conflictiva, y la única manera de resolver el conflicto es la imposición de sanciones a quienes infrinjan las normas”. (Winfried HASSEMER y Francisco MUÑOZ CONDE, en *Introducción a la criminología*, p. 362).

²⁴⁹ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 85.

A. de Padova Marchi Júnior, partiendo de la imposibilidad de alejarse por completo del sistema penal, erige la alternativa del Derecho Penal Mínimo como lo que mejor se adapta a las necesidades sociales: El abolicionismo surge de la percepción de que el sistema penal, que había significado un enorme avance de la humanidad contra la ignominia de las torturas y contra la pena de muerte, cuyos rituales macabros fueron insuperablemente retratados en la obra de Foucault, ha perdido su legitimidad como instrumento de control social.

Sin embargo, el movimiento abolicionista, al denunciar esta pérdida de legitimidad, no consiguió proponer un método seguro para permitir la inmediata abolición del sistema penal. Frente a esta dificultad, el principio de mínima intervención rápidamente conquistó una amplia adhesión de la mayoría de la doctrina, incluso de algunos abolicionistas que comenzaron a ver en el mismo una etapa hacia la abolición de la pena.

De hecho, la opción por la construcción de mejores sociedades, más justas y más racionales, exige reafirmarse en la necesidad inmediata de reducción del sistema penal mientras no se alcance la abolición, con el fin de mantener las garantías conquistadas en favor del ciudadano y, al mismo tiempo, abrir espacio a la progresiva aplicación de mecanismos de control no penales, privilegiando las medidas preventivas de actuación sobre las causas y los orígenes estructurales de los conflictos y de las situaciones socialmente negativas.²⁵⁰

A pesar de las buenas intenciones abolicionistas, aunque hayan “radiografiado” correctamente el sistema penal, tomando nota de todos los defectos que lo caracterizan, sin embargo, hasta ahora no ha aparecido ninguna alternativa segura para que los hechos graves puedan ser debidamente reprimidos y evitados sin la presencia del Derecho Penal. El abolicionismo, por tanto, continúa siendo una filosofía utópica, por no decir anarquista, dado que sin la fuerza impuesta por el Derecho Penal, la sociedad viviría en una total

²⁵⁰ MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponible en: www.direitopenal.adv.br.

incertidumbre, corriendo el riesgo de volver al período de la autotutela, es decir, al período que prevalecía la fuerza del más fuerte contra el más débil.

En definitiva como ha señalado Silva Sánchez²⁵¹ frente al abolicionismo cabe oponer con suficiente fortaleza la utopía de sus planteamientos, el que se sirvan para la crítica del sistema penal de casos de bagatela o triviales y que sus soluciones se presenten como algo incoherente con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades contemporáneas.

La teoría abolicionista, con todo el respeto que se merece, no nos preocupa a la vista de la ingenuidad de sus conclusiones. El problema que nos inquieta reside en la posición diametralmente opuesta a ella, es decir, la asumida por los seguidores del movimiento de la ley y el orden, que preconizan una aplicación máxima del derecho penal, como veremos a continuación.

2.2. El movimiento de la Ley y el Orden

El movimiento abolicionista, a pesar de las buenas intenciones de sus defensores, está condenado, al menos en las próximas décadas, al fracaso, dado que la sociedad no puede renunciar al Derecho Penal en relación a la represión de las conductas que lesionan los bienes más importantes y necesarios para la vida social. En un sentido opuesto se encuentra la tesis del llamado movimiento de la Ley y el Orden, que predica un discurso del Derecho Penal Máximo, haciendo creer a la sociedad que es el Derecho Penal la solución de todos los males que la afligen.

Los medios de comunicación, desde finales del siglo pasado e inicios del presente, han propagado y difundido el movimiento de la Ley y el Orden. Profesionales no cualificados (periodistas, reporteros, presentadores de programas de entretenimiento, etc.), asumieron la responsabilidad de criticar las leyes penales, haciendo creer a la sociedad que, mediante el recrudecimiento de las penas, la creación de nuevos tipos penales incriminadores y el alejamiento de

²⁵¹ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 20-1.

determinadas garantías procesales, la sociedad se libraría de aquella parcela de individuos no adaptados.²⁵²

Para ello se ha utilizado el sensacionalismo, la transmisión de imágenes impactantes, que causan ira y disgusto en la vida social. Crueles asesinatos, violaciones de niños, presos que, durante las rebeliones, torturan a sus víctimas, corrupciones, en última instancia, la sociedad se cree sinceramente que el derecho penal es la solución a todos sus problemas.²⁵³

El Estado Social se dejó de lado para dar lugar a un Estado Penal. Las inversiones en la enseñanza primaria, secundaria y superior, ocio, cultura, salud, vivienda son relegadas a un segundo plano, dando prioridad a la represión del sector. A toda hora se anuncian nuevas medidas para combatir la delincuencia.

Como bien destaca João Ricardo W. Dornelles, se enfatiza el mito del Estado mínimo, debilitando el Estado Social y glorificando el ‘Estado Penal’. Es la constitución de un nuevo sentido común penal que apunta a la criminalización

²⁵² “En resumen, se quiere responder a ciertas exigencias de los ciudadanos (bajo el auspicio desorbitado de los medios de comunicación de masa) de una lucha sin cuartel contra la delincuencia, a través de una política de ‘ley y orden’ que pone el acento casi que exclusivamente en la protección de la sociedad. Como resultado, la política penal cumple una función de ‘discapacidad social’ del delincuente encaminada en el sentido de que éste no cause daño a la sociedad durante el tiempo en que se encuentre internado. Cumple una función de pura retribución, ya que el castigo se satisface casi integralmente, con pocas posibilidades de disminución. Y cumple una función de prevención general, puesto que se persigue con la privación de la libertad de la mayoría de los condenados que los demás ciudadanos eviten el deseo de perpetrar hechos delictivos por miedo a las consecuencias representadas por la situación real de los reos. Finalmente, la tarea de prevención especial dirigida al hecho que el sujeto no venga a delinquir en el futuro, sólo se alcanza a través de la intimidación que sufre el reo en un régimen tan restrictivo de su libertad y del resto de sus derechos”. (BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *en Curso de política criminal*, p. 91).

²⁵³ Como bien destaca Leonardo Sica, el terreno fértil para el desarrollo de un Derecho Penal simbólico es una sociedad amedrentada, acorralada por la inseguridad, por la delincuencia y por la violencia urbana. No es necesaria la estadística para afirmar que la mayoría de las sociedades modernas, la de Brasil dramáticamente, vive bajo el signo de la inseguridad. El robo con rasgo cada vez más brutal, ‘secuestros-relámpagos’, asesinatos, delincuencia juvenil, homicidios, violencia propagada por la ‘televisión nacional’, sumados al aumento de la pobreza y a la concentración cada vez mayor de la riqueza y a la verticalización social, desemboca creando un clima que incide en el ánimo popular (SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*, p. 77).

de la pobreza como un mecanismo perverso de control social para conseguir regular el trabajo asalariado precario en las sociedades capitalistas neoliberales.²⁵⁴

Siempre sale a la luz el ejemplo norteamericano, especialmente del movimiento denominado *Tolerancia Cero*,²⁵⁵ creado a principios de la década de los 90, del siglo pasado, en la ciudad de Nueva York. El entonces alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, después del éxito de su campaña electoral, en 1993, asume el cargo de jefe del Poder Ejecutivo municipal, dando comienzo al plan denominado *Tolerancia Cero*, junto con el jefe de policía William Bratton.²⁵⁶

Conviene destacar las críticas realizadas por Jock Young, cuando condena la política de tolerancia cero: Como maniobra que tiene como objetivo limpiar las calles de ‘deshechos’ humanos; como parte del proceso de exclusión concomitante a la emergencia de una sociedad con gran población marginada y empobrecida, que debe ser dominada y contenida – un proceso de actuación que se preocupa más por el saneamiento que por la justicia. Los felices compradores en ‘*shoppings*’, no pueden ser perturbados por los desposeídos, que pasan el día bebiendo.²⁵⁷

²⁵⁴ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e segurança* – Entre pombos e falcões, p. 54.

²⁵⁵ “La tolerancia cero constituye una forma de disciplina y de contención de los sectores más desfavorecidos económicamente, y no una verdadera solución al problema social que condiciona estos comportamientos. El Estado social se transforma así en un Estado penal que, a través del Derecho Penal, pretende el control de la mano de obra no cualificada que no puede absorber el mercado de trabajo o que no quiere asumir el trabajo discontinuo y poco recompensado el trabajo que se le ofrece (Winfried HASSEMER y Francisco MUÑOZ CONDE, en *Introducción a la criminología*, p. 235).

²⁵⁶ Para Loïc Wacquant, esta teoría, nunca demostrada empíricamente, sirve como excusa delictiva para la reorganización del trabajo policial emprendido por William Bratton, responsable de la seguridad del metro de Nueva York, promovido a jefe de policía municipal. El objetivo de esta reorganización: frenar el miedo de las clases medias y superiores – las que votan – a través de la persecución permanente de los pobres en los espacios públicos (calles, parques, estaciones ferroviarias, autobús y metro, etc.). Usan para eso tres medios: aumento de 10 veces de los efectivos y de los equipos de las brigadas, restitución de las responsabilidades operacionales a los comisarios de distrito con obligación cuantitativa de resultados, y un sistema de radar informatizado (con archivo central de señalización y cartográfico que se puede consultar mediante microcomputadoras a bordo de los coches de patrulla) que permite la redistribución continua y la intervención casi instantánea de las fuerzas del orden, que termina en una aplicación inflexible de la ley sobre delitos menores tales como embriaguez, el juego, la mendicidad, los atentados a las costumbres, simples amenazas y ‘otras conductas antisociales asociadas con personas sin hogar’, según la terminología de Kelling (Cfr. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, p. 26).

²⁵⁷ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*, p. 199-200.

La política de tolerancia cero es una de las vertientes del llamado movimiento de la Ley y el Orden. Con este movimiento político-penal se pretende que el Derecho Penal sea, esencialmente, el protector de todos los bienes existentes en la sociedad. Si un bien jurídico es lesionado por un comportamiento antisocial, tal conducta podrá convertirse en infracción penal, bastando la voluntad del legislador.

Se intenta educar a la sociedad bajo la óptica del Derecho Penal, haciendo que conductas de menor importancia, irrelevantes, sufran las consecuencias graves de esta rama del ordenamiento jurídico. El papel educador del Derecho Penal hace que todo confluya hacia él, desembocando en un Derecho puramente simbólico, imposible de aplicar.²⁵⁸

No se educa a la sociedad a través del Derecho Penal. El razonamiento del Derecho Penal Máximo nos conduce, obligatoriamente, a su falta de credibilidad. Cuanto más infracciones penales, menores posibilidades de ser efectivamente sancionadas las conductas infractoras, haciéndose aún más selectiva y mayor la cifra negra.²⁵⁹

Para los seguidores del movimiento de la Ley y el Orden, las denominadas penas alternativas, que evitan el encarcelamiento innecesario del delincuente que cometió una infracción penal de escasa importancia, estimula la comisión de otros delitos.

²⁵⁸ Sobre el simbolismo del Derecho Penal, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar, apuntan: Para la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de sosegar a la opinión pública, es decir, un efecto simbólico, con el que se desemboca en un Derecho Penal de riesgo simbólico, es decir, los riesgos no se neutralizarían, pero al inducir a las personas a creer que no existen, disminuye la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho Penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideología” (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. I, p. 631). O, como añade Cláudio del Prado Amaral, se usa indebidamente el Derecho Penal en el ledo engaño de estar dando una retroalimentación adecuada para todos los delitos modernos, pero que en realidad no hace más que dar represalia a una reacción meramente simbólica, cuyos instrumentos utilizados no son aptos para la lucha efectiva y eficiente contra la delincuencia (AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – Da legalidade à culpabilidade*, p. 155-156).

²⁵⁹ Beccaria ya había dicho, en 1764, que “la certeza de un castigo, aunque moderado, siempre causará una sensación más intensa que el miedo de otro más severo, unido a la esperanza de la impunidad [...]”.(BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 87).

Ralf Dahrendorf, criticando el argumento de las penas sustitutivas, afirma que una teoría penal que abomina la detención hasta el punto de sustituirla totalmente por unas multas o trabajos útiles, por las ‘restricciones a la calidad de vida’, contiene no sólo un error intelectual, porque confunde derecho y economía, sino que también es socialmente incorrecta. Sacrifica la sociedad por el individuo. Tal enfoque sacrifica ciertas oportunidades de libertad en nombre de ganancias personales inciertas. Pero por otra parte, cuidar a los infractores podrá hacer emerger la sociabilidad oculta en alguno de ellos.²⁶⁰

Para el movimiento de la Ley y el Orden, el Derecho Penal debe preocuparse de todo y de cualquier bien, sin que importe su valor. Debe ser utilizado como *prima ratio*, y no como *ultima ratio* de la intervención del Estado ante los ciudadanos, desempeñando un papel educador y represor, no permitiendo que las conductas socialmente intolerables, por pequeñas que sean, dejen de ser reprimidas.

Tal razonamiento no puede prosperar. La propia sociedad no toleraría el castigo de todos sus comportamientos antisociales, a los que estamos acostumbrados en la práctica diaria. Lo curioso de este razonamiento es que para aceptar la aplicación rígida del Derecho Penal cuando la misma aplicación se dirige a extraños, mejor dicho, sólo concebimos la aplicación de un Derecho Penal Máximo cuando tal razonamiento no se dirija contra nosotros mismos, contra nuestra familia, contra nuestros amigos, en definitiva, Derecho Penal Máximo sólo es para los “otros”, y, si es posible, ni el “mínimo” para nosotros.

El movimiento de la Ley y el Orden, opta por una política de aplicación máxima del Derecho Penal, y defiende que todos los comportamientos desviados, sin necesidad de considerar el grado de relevancia de los mismos, merecen el juicio de censura que debe llevar a cabo el Derecho Penal.²⁶¹

²⁶⁰ DARHENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*, p.109.

²⁶¹ Sin embargo, conforme aclara Ferrajoli: “La idea recurrente de que el proceso penal debe conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una ilusión totalitaria. ‘Un extremado empeño de castigar a los reos, un excesivo rigor, un apresurado castigo’, advertía Francesco Maria Pagano, arrastran consigo por fuerza funestos efectos. Allí donde una ley escrita con caracteres de

El excesivo número de leyes penales, que pregonan la promesa de un mayor castigo para los infractores delincuentes, acaba debilitando el propio Derecho Penal, que pierde su valor y prestigio por la impunidad.²⁶²

Luiz Luisi nos recuerda que en nuestro siglo han sido numerosas las advertencias sobre el vaciamiento de la fuerza intimidadora de la pena como consecuencia de la tipificación excesiva de delitos. Francesco Carnelutti habla de inflación legislativa, argumentando que sus efectos son comparables a la inflación monetaria, ya que ‘desvalorizan’ las leyes, y las correspondientes leyes penales degradan su eficacia preventiva general’.²⁶³

Por último, el discurso engañoso del movimiento de la Ley y el Orden, que predica la máxima intervención del Derecho Penal, sólo nos hace huir de la meta principal, representada, en realidad, por las infracciones penales de gran potencial ofensivo, que afectan a los bienes más importantes y necesarios para la vida social. Nos hacen perder tiempo, tal vez a propósito, con pequeñas desviaciones, conductas de escasa relevancia, que sólo sirven para afirmar el carácter simbólico de un Derecho Penal que trata de ocupar el papel de educador de la sociedad.

sangre manda que el más ligero fallo no quede impune; que todo delito de las tinieblas, en las que la fatalidad lo envuelve a veces, sea necesariamente sacado al claro día de los juicios; que la pena no se separe del delito ni un momento, allí será de provecho que aquélla confíe en las manos del juez un arbitrario e inmoderado poder”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 107).

²⁶² J. de Figueiredo Dias y M. da Costa Andrade, citando a H. Packer, afirman con precisión: Como refiere Packer, cada hora de trabajo que la policía, los fiscales, el tribunal y las autoridades penitenciarias gastan en los dominios marginales del derecho penal, es una hora menos que se podía haber dedicado a la prevención de la delincuencia seria. Inversamente, cada infracción trivial o dudosa eliminada de la lista de las infracciones penales representa la liberación de los recursos esenciales para una respuesta más eficaz a las prioridades principales del sistema penal (FIGUEREIDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, p. 411).

²⁶³ En una publicación reciente –donde el fenómeno de la hipertrofia del Derecho Penal es amplia y se analiza exhaustivamente–, Carlos Enrico Paliero, se ocupa del crecimiento ‘patológico’ de la legislación penal. Sin embargo, el fenómeno del crecimiento excesivo del Derecho Penal también está presente en el mundo anglosajón. Herbert Packer, en un libro titulado *The limits of criminal sanction*, apunta que, a partir del siglo pasado, hubo una enorme expansión de las leyes penales porque se entendía que la penalización de cualquier conducta indeseable representaría la mejor y más fácil solución para enfrentarse a los problemas de una sociedad compleja e interdependiente en continua expansión. En Estados Unidos, Kadish; en el trabajo que denominó *The crisis of overcriminalization*, se ocupa de la colocación ‘superflua o arbitraria’ de la sanción penal, que contiene una masa de delitos, que en su cuantitativo superan las disposiciones contenidas en los Códigos Penales. En Canadá – según informa Leclercq –, El comité encargado de la reforma penal, hizo, en 1974, un levantamiento de los delitos previstos en la legislación canadiense, llegando a un número asombroso de 41.582 tipos de infracciones penales (LUIISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 28-29).

Todo ello con el fin de encubrir el grave y desastroso defecto del Estado, que no consigue cumplir con sus funciones sociales, permitiendo que cada día sea mayor el abismo económico entre las clases sociales, aumentando el nivel de descontento y rebelión en la población más carente. Simultáneamente, se incrementa el número de infracciones penales aparentes, que, a su vez, causan malestar a la comunidad la cual, por su parte, reclama una mayor justicia. El círculo vicioso no tiene fin.

2.2.1. Derecho penal del enemigo

En el marco del Derecho Penal Máximo, como uno de sus miembros más agresivos, podemos destacar el llamado *Derecho Penal del Enemigo*, desarrollado por el profesor alemán Günter Jakobs, en la segunda mitad de la década de 1980.²⁶⁴

Jakobs, intenta establecer una distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano y un *Derecho Penal del Enemigo*. El primero, en una visión tradicional, es garantista, observando todos los principios fundamentales que le son pertinentes; el segundo, titulado el *Derecho Penal del Enemigo*, es un Derecho Penal que no se preocupa de sus principios fundamentales, ya que no parte de que estamos frente a ciudadanos sino frente a enemigos del Estado.

El contexto es el de un “estado de guerra” y, como en cualquier guerra, las reglas del juego deben ser diferentes. El Derecho Penal del Enemigo, tal como señala Jakobs, ya existe en nuestras legislaciones, nos guste o no, como en Brasil, en el caso de la ley que regula la utilización de los medios operativos para la

²⁶⁴ Conforme aclara Luis Gracia Martín, “en los últimos años, la doctrina penal presta su atención a ciertas regulaciones del Derecho positivo que se caracterizarían por constituir un *corpus* punitivo diferenciado como ‘Derecho penal del enemigo’. Éste habría sido introducido modernamente como concepto doctrinal político-penal por Jakobs en 1985, y lo ha desarrollado y perfilado con posterioridad él mismo y un sector de la doctrina alemana que le sigue. En la doctrina, sin embargo, este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal (*en* Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘derecho penal del enemigo’ – p. 1051-1052)

prevención de actos perpetrados por organizaciones criminales (Ley n° 9.034, del 3 de mayo de 1995).

Según Jakobs, el Derecho penal reconoce dos tendencias en su regulación. Por un lado, el trato con el ciudadano, del que se espera que exteriorice su forma de reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad. Por otro, el trato con el enemigo, al que se le controla desde una etapa previa, y se lucha contra su peligrosidad.²⁶⁵ Hay personas, según Jakobs, que decidieron alejarse, de modo duradero, del Derecho, como los pertenecientes a organizaciones criminales y grupos terroristas. Para ellos, “la punibilidad se adelanta en un gran tramo, hasta el ámbito de la *preparación*, y la pena se dirige a garantizar *hechos futuros*, y no a la sanción de *hechos cometidos*”.²⁶⁶

Para Jakobs, hay personas que, por su insistencia en delinquir, vuelven a su estado natural antes del estado de derecho. Según ese autor, un individuo que no admite que se le obligue a participar de la ciudadanía no puede participar en los beneficios del concepto de persona.²⁶⁷ El estado natural es un estado pre-jurídico. Quien gane la guerra determina lo que es norma, y quien pierda debe someterse a esa determinación.²⁶⁸

Jakobs subraya que el Estado “puede proceder de dos maneras con los delincuentes: puede verlos como personas que delinquen, personas que

²⁶⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, p. 42.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, p. 40.

²⁶⁷ Conforme apunta Luis Gracia Martín, según la propuesta de Jakobs, los enemigos: “son individuos que en su actitud en su vida económica o mediante incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y que, por ello, no garantizan una mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente ‘delictivas’. Éste es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc., y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada (GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘derecho penal del enemigo’, p. 1052-1053).

²⁶⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, p. 40-41.

cometieron un error, o individuos a los que hay que impedir, mediante coacción, que destruyan el ordenamiento jurídico”.²⁶⁹

M. Cancio Meliá, analizando la propuesta de Jakobs, aclara que el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio avance de la punibilidad; es decir, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es una prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de – como es habitual – retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas; en tercer lugar, se relativizan determinadas garantías procesales o, incluso, se suprimen.²⁷⁰

El Derecho Penal del Enemigo se encuentra, hoy, en lo que se conoce como la “tercera velocidad del Derecho Penal”. Conforme al “*proceso de expansión del Derecho Penal*”,²⁷¹ y siguiendo a M^a. Silva Sánchez, se diferencian tres velocidades, tres diferentes enfoques que pueden ser concebidos para el Derecho Penal.

La primera velocidad sería la tradicional del Derecho Penal, que tiene la aplicación final de una pena privativa de libertad. En ese caso, como está en juego la libertad del ciudadano, deben observarse todas las reglas de garantía, ya sean penales o procesales penales.

En una segunda velocidad, tenemos el Derecho Penal relativo a la aplicación de penas no privativas de libertad, como las penas restrictivas de derechos y la pena de multa. En esta segunda velocidad del Derecho Penal podrían apartarse algunas garantías, con el objetivo de agilizar la aplicación de la ley penal.²⁷²

²⁶⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, p. 47.

²⁷⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, p. 79-81.

²⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*, p. 159

²⁷² Resumiendo el argumento de Jesús-Maria Silva Sánchez, tendríamos: una primera velocidad, representada por el Derecho Penal ‘de la cárcel’, en que tendrían que mantenerse rígidamente los principios político-penales clásicos, las reglas de censura y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en los que, por no tratarse de prisión, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, los principios y las reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a una menor intensidad de la sanción (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*, p. 163).

Aunque con cierta resistencia, se ha de entender el Derecho Penal del Enemigo como una “tercera velocidad”. Sería, por tanto, una velocidad híbrida, es decir, con el fin de aplicar penas privativas de libertad (primera velocidad), minimizando las garantías necesarias para este fin (segunda velocidad).

De hecho, la primera pregunta que debemos hacer es la siguiente: ¿A quién se le puede considerar enemigo, para que vean reducidas o incluso suprimidas sus garantías penales y procesales penales?

En muchos pasajes de su obra, Jakobs apunta como ejemplo las actividades terroristas. Intentando adaptar este razonamiento a la realidad brasileña, ¿pueden considerarse como enemigos, por ejemplo, los traficantes que se dedican al comercio ilícito de drogas, especialmente en las grandes ciudades, como Rio de Janeiro, y que, básicamente, crean un estado paralelo, con sus reglas, jerarquías, etc.?

M. Cancio Meliá destaca como una de las propuestas de Jakobs, la de anticipar el castigo del delincuente por la “conducta de vida”, en la línea Edmund Mezger, ya citado, valiéndose de un derecho penal del autor en lugar de un derecho penal del hecho.²⁷³

Después de la asunción al poder, en 1933, del partido nacional-socialista, se iniciaron en Alemania una serie de reformas destinadas al cumplimiento de las promesas llevadas a cabo en las campañas electorales.

La culpabilidad -como un concepto vinculado al delincuente ocasional- y la peligrosidad -vinculada al delincuente habitual,- durante el nacional-socialismo dio lugar a medidas prácticamente orientadas al exterminio de los marginales sociales (prostitutas, mendigos, vagabundos, delincuentes habituales), a los que eufemísticamente se llamó ‘extraños a la comunidad’, con medidas de

²⁷³ De esta forma, afirma Cancio Meliá, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como el principio genuinamente liberal según el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, se niega un Derecho penal basado en la ‘actitud interna’ del autor (MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*, p. 100-101).

esterilización, internaciones por tiempo indeterminado en los campos de concentración, etc. Ya entonces se hablaba también de un ‘Derecho Penal para enemigos’, para quien no cabían ni garantías, ni ninguna otra forma de limitación de los excesos del poder estatal.²⁷⁴

La similitud entre la propuesta de Jakobs, con su distinción ciudadano/enemigo, es muy similar al diseño desarrollado por Mezger durante el régimen nazista, capitaneado por Hitler. Se afirma que la sociedad, a la que todos pertenecemos, está compuesta por ciudadanos y por enemigos, y que, por consiguiente, estos últimos deben ser tratados de manera diferente, como si estuviésemos en un estado de guerra o en un triste retorno al pasado.

Se trabaja con presupuestos propios del delincuente habitual, o de los delincuentes pertenecientes a facciones organizadas, como terroristas y traficantes de drogas, calificándoles como irrecuperables. Se proponen medidas de privación de la libertad por un tiempo indefinido y, en definitiva, se acaba tratando como un “extraño a la comunidad”.

La criminología, a través de sus fuentes teóricas, intenta explicar los diversos tipos de criminalidad, como veremos más adelante, tratando de resolver, en su origen, las desviaciones que puedan resultar en la comisión de infracciones penales.

No se puede dar al hombre “por perdido”, bajo el falso argumento de que sea incorregible, que posea un defecto de carácter, que le impida de actuar correctamente. Tanto el proyecto creado durante el régimen absurdo del nacional-socialismo, como lo que ahora se discute en su versión más radical del Derecho Penal Máximo, es decir, el Derecho Penal del Enemigo, deben ser rechazados taxativamente por nuestra sociedad.

Está en juego nuestra propia seguridad. Porque, ¿quiénes son los enemigos? los traficantes de drogas, los terroristas, las organizaciones criminales especializadas en secuestros a fines de extorsión... ¿Y quién más? ¿Quién más

²⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, p. 64-65.

puede encajar en el perfil del enemigo? De hecho, la lista no tiene fin. Aquél que esté en el poder podrá, amparado por el razonamiento del Derecho Penal del Enemigo, eliminar a su rival político bajo el argumento de su falta de patriotismo por atacar a las posiciones de gobierno. Otros podrán concluir que también es enemigo el violador de su hija. Es decir, difícilmente se podrá encontrar un concepto de enemigo, en el patrón configurado por esta corriente, que tenga la facultad de renunciar por completo al estatus de ciudadano, prescindiendo de la protección que le ofrecen las garantías conquistadas a lo largo de los años.

Kai Ambos afirma que hasta hoy, en la práctica política, la calificación del contrario como ‘enemigo’ sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa.

En la España de Franco, se denominaba enemigo a quien permitía comunicar públicamente una oposición al régimen franquista o quien exigía derechos fundamentales. Los militares argentinos, durante los años de dictadura, calificaron como enemigos a ‘los ideólogos que envenenan las almas de nuestros jóvenes en nuestras ‘Universidades’, y amenazan con que ‘los enemigos destrozarían las almas de los argentinos. El antiguo presidente de Ruanda Jean Kambada, ha sido condenado por genocidio, alababa el trabajo en una emisora de radio, que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu Tutsi y de los Humus moderados, como ‘arma imprescindible en la lucha contra el enemigo’. En los conflictos en y cerca de Oriente Medio, abunda el concepto se encuentra por legiones. Hamas estigmatiza al ‘enemigo sionista’, el presidente de Palestina, Abbas, denomina a ‘Israel’ como Ariel Sharon, el fallecido presidente de Palestina, ‘Arafat’: como enemigo. Los medios estadounidenses califican la insurgencia iraquí de ‘fuerza enemiga’, y ésta denomina a Bush como ‘enemigo del islam, enemigo de Alá, enemigo de los musulmanes’. El propio Bush ha utilizado hábilmente el concepto de enemigo para justificar su lucha desde el 11 de septiembre de 2001.²⁷⁵

²⁷⁵ ‘We are the target of enemies who boast they want to kill: kill all Americans, kill all Jews and kill all Christians. En su discurso a la nación tres días antes del comienzo de la guerra contra Irak, Bush explicaba las posibles consecuencias de continuar con una política de paz como ‘destruction

Recientemente, fuimos testigos a través de los medios de comunicación, de los episodios de tortura y humillación cometidos por soldados americanos contra los presos en sus bases de Guantánamo, en Cuba y Abu Ghraibi, en Irak. A pesar de haber cometido las atrocidades reveladas por los telediarios, ¿los detenidos deberían recibir el trato degradante que el ejército victorioso les ha aplicado?

Está claro que, a pesar de que nos informamos, de que estamos horrorizado por las escenas de la emisión por los medios de comunicación, mostrando personas inocentes brutalmente asesinadas por miembros del ejército iraquí, sabemos que, incluso el soldado más vil tiene, cuando es detenido, de seguir disfrutando de sus derechos y garantías fundamentales.

No cabe aceptar el falso argumento del ciudadano *versus* enemigo, ya que, como no podemos predecir el futuro, quien sabe si algún día un loco llegue al poder y considere que el *enemigo también es el que no acepta la teoría del Derecho Penal del Enemigo*, y seremos nosotros los presos, sin derecho o garantía, por un argumento vacío e inhumano.

El derecho penal moderno no puede tolerar este tipo de razonamiento, dada la etapa a la que ha llegado la humanidad que, cada día, intenta no sólo preservar, sino también conquistar otros derechos que van surgiendo con el tiempo.

La adopción de un derecho penal del enemigo, como una de las vertientes del derecho penal máximo, tiene el poder de empeorar, aún más, la situación penitenciaria, con el argumento de la pena de cadena perpetua (o de la pena por tiempo indeterminado), impidiendo el retorno gradual del condenado a la vida en

never before seen on this earth' y justificaba de esta manera el ataque preventivo: al 'evil man' o a 'Duch enemies' no se les debe dar la oportunidad de atacar primero. Recientemente Bush confirmaba que 'Against such enemy there is only one effective response: We will never back down, never give in and never accept anything less than complete victory'. En el marco de esta retórica, el Derecho penal terrorista se ha ido convirtiendo más y más en un Derecho penal del enemigo. Un ejemplo sobre la utilización del concepto de enemigo en el debate político interno lo proporciona recientemente un líder sindical cuando calificaba de 'enemigos' a determinadas empresas que debían ser 'aniquiladas' (AMBOS, Kai. *Derecho penal del enemigo*, p. 127-129).

Sin ánimo de extendernos en el tema, cabe mencionar que el concepto clásico de "guerra justa", formulado por S. Agustín, y desarrollado por F. de Vitoria, se ha visto sustituido por el de "guerra preventiva" (hacer la guerra para acabar con amenazas nacientes).

sociedad, así como imposibilitando la reinserción en el sistema a otros condenados que han cometido también infracciones penales graves.

Este razonamiento, por tanto, lleva a la inflación del sistema penal, obligando cada vez más, a que se construyen nuevos penales con el fin de albergar a un número enorme de personas que han tenido su derecho de libertad suspendido por haber cometido una determinada infracción penal.

Como una alternativa al problema penitenciario, defendemos la tesis del llamado derecho penal mínimo, donde sólo podrán perder momentáneamente la libertad los condenados que hayan cometido actos considerados como graves por la ley penal, que hayan supuesto un daño a los bienes más importantes y necesarios para la vida en la sociedad.

Por tanto, una de las formas más lúcidas de resolución del problema penitenciario es la adopción de las posturas minimalistas, como analizaremos seguidamente.

2.3. El derecho penal mínimo

Consideramos que la solución abolicionista sigue siendo utópica ya que toda sociedad, en mayor o menor medida, necesita del sistema penal. La insensatez del razonamiento radical del derecho penal máximo acaba desembocando en un descrédito del sistema penal, además de herir sus principios fundamentales.

En una concepción que podemos calificar como “equilibrada” se sitúa el Derecho Penal Mínimo. Su discurso, más coherente, *permissa venia*, con la realidad social. Sostiene que la finalidad del Derecho Penal, es la protección de los bienes necesarios y vitales para la vida en sociedad. Se trata de bienes que, por su relevancia, no pueden ser sólo protegidos por las otras Ramas del ordenamiento jurídico.²⁷⁶

²⁷⁶ Nos adherimos a la tesis de A. García-Pablos de Molina, A. Bianchini y L.F. Gomes, cuando sostiene que existen otras fundamentaciones que apoyan, como: “(a) el sistema de control de la

El razonamiento del Derecho Penal Mínimo implica la adopción de una serie de principios que guiarán al legislador, tanto en la creación como en la derogación de los tipos penales, sirviendo de guía, también, a los operadores de la ley penal, para que puedan llevar a cabo una correcta interpretación.

Entre los principios indispensables del razonamiento del Derecho Penal Mínimo, podemos destacar: a) dignidad de la persona humana; b) intervención mínima; c) nocividad; d) adecuación social; e) insignificancia; f) individualización de la pena; g) proporcionalidad; h) responsabilidad personal; i) limitación de las penas; j) culpabilidad; y k) legalidad.

Esos principios, que ya han sido objeto de análisis anterior, no sólo sirven para limitar el *ius puniendi* del Estado sino también como orientación político-criminal de manera que la criminalidad llegue a índices tolerables.²⁷⁷

El razonamiento del Derecho penal mínimo permite que las autoridades encargadas del control social formal puedan cumplir con sus funciones, dado que, limitando el número de infracciones penales a los hechos realmente graves, se facilitará una adecuada investigación por parte de la policía, pudiendo descubrir la autoría y la materialidad del delito. La Justicia, también, resultará beneficiada en la medida en que el juicio se desarrollará de forma rápida y segura, pues sólo se enjuiciarán los procesos que tengan relevancia social.

delincuencia es limitado, obviamente, por la capacidad del aparato estatal, es decir, por sus medios humanos de materiales disponibles, que son diminutos (conclusión: lo que está programado para ingresar en el imput del sistema penal es mayor que su capacidad de resolución; (b) el Derecho penal produce pocas cosas positivas y son muchos sus efectos negativos; (c) quien use la espada afilada en todo momento, incluso para la lucha (control) de infracciones insignificantes, debe saber que esa espada podrá fallar cuando tenga usarse para dar un golpe realmente necesario; (d) la cifra negra u oscura en el sistema penal es alto (la poca efectividad del Derecho penal también se debe a su hipertrofia); (e) la sociedad necesita solamente un número determinado de chivos expiatorios (psicológica profunda): no se requiere, por tanto, para la convivencia social, la condena de todos los hechos merecedores de pena (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 297).

²⁷⁷ Conforme aclara J. M^a. Silva Sánchez: “la doctrina del Derecho penal mínimo, como elaboración teórica, no supone una novedad tan sustancial como algunos han querido advertir. En realidad, su punto de partida se halla ya en las bases ideológicas del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, según el cual la pena es una ‘amarga necesidad’, y, de modo general, en los principios inspiradores de la tradición liberal (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 38).

Sin embargo, este Estado penal mínimo, no es la realidad de los Estados modernos que, influidos, como hemos visto, por los medios de comunicación, suelen adoptar posiciones extremas, provocando que el Derecho penal sea tentado a resolver cuestiones que no le corresponden, es decir, que no se refieren a su objeto principal, cual es el de proteger los bienes relevantes para la vida en la sociedad.²⁷⁸

A diferencia de los movimientos antagónicos anteriores – los abolicionistas y la ley y el orden –, el Derecho Penal Mínimo se encuentra en una posición equilibrada y racional. En nuestra opinión, es el único medio de acceso razonable para que el Estado pueda hacer valer su *ius puniendi* sin que actúe como tirano, ofendiendo la dignidad de sus ciudadanos.

La adopción de las posturas minimalistas tendrá, como veremos a continuación, importante repercusión en el sistema penitenciario.

2.4. Los movimientos abolicionista, minimalista y de la ley y el orden, y su influencia en el sistema penitenciario

La opción por cualquiera de estos movimientos influirá de manera significativa en el sistema penitenciario. Si optamos por la solución abolicionista ya no será necesario el sistema penitenciario.

A pesar de que los fundamentos abolicionistas sean impecables, no podemos, en este comienzo de siglo XXI, renunciar a la pena de privación de libertad para algunas infracciones penales graves.

Aunque el sistema penitenciario sigue siendo deficiente no hay alternativa, en este momento, para encarcelar a quien haya cometido conductas que, debido a su gravedad, no pueden ser contrarrestadas por las demás Ramas del

²⁷⁸ Ferrajoli, refiriéndose a este tema, añade que: “el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 104).

ordenamiento jurídico. No se puede acabar con el sistema penal porque sea erróneo.

El abolicionismo continúa y seguirá siendo una teoría utópica, sin posibilidad de prosperar, especialmente en los países de América Latina, muchos de ellos, todavía, en fase de desarrollo o emergentes (como quieren algunos).

La adopción de un movimiento tipo de la ley y el orden, muy difundido en la mayoría de los Estados, ha contribuido nefastamente al crecimiento desproporcionado de la población penitenciaria.

Los medios de comunicación han sido responsables de estimular las prisiones, incluso en situaciones en las que no resultaba necesaria la privación de la libertad. Los legisladores se sienten presionados por la opinión pública y crean nuevos tipos penales, aumentan las penas ya existentes, dificultan la anticipación de la salida del condenado, en definitiva, legislan orientándose a penalizar más conductas y aumentar la duración de la condena.

La democracia, en lugar de estimular la libertad del ciudadano, está contribuyendo a su privación de libertad, coadyuvando en la supresión de un derecho fundamental sin necesidad para ello. Eso tiene consecuencias serias y terribles sobre el sistema penitenciario, cada vez más poblado, sin condiciones de poder atender a uno de sus principales objetivos: evitar su “desocialización”.

Si el sistema penitenciario no consigue eliminar las características personales que el condenado intenta conservar, será un gran avance, ya que en ocasiones los presos terminan el cumplimiento de sus penas en peores condiciones que cuando entraron. Por tanto, los planes de reinserción están condenados al fracaso. El alto número de personas presas no permite siquiera que puedan cumplir con dignidad la pena de privación de libertad que les ha sido aplicada.

Las posiciones minimalistas son las más acordes con la racionalización del sistema penitenciario. Sólo los hechos graves, que no puedan ser resueltos por las demás Ramas del ordenamiento jurídico, son los que merecerán la atención del derecho penal y del sistema penitenciario.

La adopción de posturas minimalistas, coherentes con la dignidad de la persona humana, facilitará que la Justicia Penal sea más rápida, pues sólo se analizarán las infracciones penales de relieve. El sistema penitenciario se destinará sólo a las situaciones en las que ya no sea posible, al menos temporalmente, la convivencia del condenado en la sociedad.

El objetivo de las posturas minimalistas es elegir sus prioridades, es decir, sólo será competencia del sistema penal la verificación, el juicio y la imposición de la pena en los casos que resulten graves; es decir, la imposición de conductas que dañen los bienes más importantes y necesarios para la vida en sociedad, permitiendo que otros daños (o incluso el peligro de dañar), sean evaluadas por las otras Ramas del ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, Como han diagnosticado García-Pablos de Molina, Bianchini y Flávio Gomes, un “Derecho penal rigurosamente mínimo no es una característica que marque indeleblemente los Estados modernos”²⁷⁹, que siguen optando por una política errónea del Derecho penal máximo.

3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES REGULADORES DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

La 76ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el 9 de diciembre de 1998, convencida de que la adopción del proyecto del Conjunto de Principios representaría una importante contribución a la protección de los derechos del hombre, aprobó el Conjunto de *Principios para la Protección de Todas las Personas Sujetas a Cualquier forma de Detención o Prisión*.

Este conjunto consta de 39 principios fundamentales orientadores con respecto a la privación de libertad de naturaleza cautelar o definitiva, después de la sentencia penal condenatoria.

²⁷⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*, p. 297.

Realizaremos el análisis de los citados principios en el contexto de los tres momentos en los que podrá producirse la privación de la libertad: en la fase de investigación, en la fase procesal (de instrucción y juicio) y, también, en la fase de ejecución penal.

3.1. Prisión en la fase de investigación

En la fase de investigación, la autoridad policial, después de conocer que se ha producido una determinada infracción penal, da comienzo a las investigaciones, tratando de averiguar la supuesta autoría y la materialidad del delito imputado.

Esas investigaciones se realizan a través de un procedimiento formal, que denominamos, en Brasil, expediente policial. En este expediente policial, además de la realización, cuando sea necesaria, de la prueba pericial, se escucha a los testigos, a las víctimas, en definitiva, se analizan todas las pruebas pertinentes, que servirán a la Fiscalía, titular de la acción penal de iniciativa pública, para denunciar los hechos.

Esta fase podrá decidir el rumbo de la acción penal de manera que al infractor, al que se le imputa la comisión de una infracción penal, resulte ser condenado o absuelto.

Todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana deben ser preservados, permitiendo que la acción penal cumpla su función de facilitar a la Justicia el conocimiento de los hechos supuestamente cometidos por el acusado.

La práctica de la prueba no puede tener defectos. El investigado posee derechos que son inalienables, y que deben observarse por todos, especialmente por los funcionarios de la Administración de la Justicia, incluyendo, aquí, quienes trabajan con actividades policiales.

En España, a diferencia de lo que sucede en Brasil, en esta fase de investigación el juez instructor tiene una participación directa. Sin embargo, no

podrá actuar en la siguiente fase, donde ya actúa la Fiscalía o, incluso, el particular (en el caso de que la acción sea de iniciativa privada). También en el caso español, deberán observarse los principios que le son inherentes.

Esta ha sido una de las preocupaciones constantes para en el conjunto de los Principios para la Protección de todas las Personas Sujetas a cualquier forma de Detención o Prisión, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Desde el primer principio (1º), se constata la preocupación por la dignidad de la persona a partir de su detención en la fase de investigación. Todo ser humano, independientemente del hecho que haya cometido, debe ser tratado con humanidad y el respeto de su dignidad. Este es quizás uno de los principios fundamentales más violados, sobre todo en esta fase, en los países subdesarrollados o en desarrollo, tal como sucede en Brasil.

Puede suceder que la detención obedezca al hecho de haber sido cogido *in flagranti*, cometiendo algún tipo de infracción penal. A menudo, esta infracción penal es grave, similar a lo que sucede con el delito de robo, cometido con el uso de un arma. En algunas situaciones, corre riesgo la vida o la salud de los policías que llevaron a cabo la captura del agente infractor que pretendía, por ejemplo, cometer el mencionado robo. En estos casos, especialmente cuando existe un intercambio de tiros, cuando el agente infractor dispara hacia los policías y viceversa, cuando se produce la detención, e incluso después de inmovilizarle, puede imputarse la violencia también al medio policial.

Los medios de comunicación, principalmente la televisión, han mostrado escenas donde algunas personas detenidas, después de cometer algún tipo de delito y después de haber sido inmovilizadas, son golpeadas por los policías. Cuando el Estado, a través de sus policías, ponen fin a la agresión practicada por el agente infractor, efectuando su detención, la violencia que se cometa será un atentado contra la dignidad del ser humano.

Una vez arrestado, el Estado debe estar atento para que el trato dado al agente infractor no viole sus derechos, especialmente el derecho a ser tratado de

forma digna. Los funcionarios públicos deben estar técnica y psicológicamente preparados para este tipo de situación, sin permitir que aflore su ira o incluso un sentimiento de venganza contra quien, lamentablemente, hace unos instantes, pretendía matarles o, al menos, herirles. La policía debe entender que el riesgo forma parte de su profesión y, una vez llevada a cabo la detención del agente infractor, debe cesar cualquier posibilidad de agresión por parte de ambos.

Con respecto a la detención en la fase de investigación, el principio 2 establece que debería llevarse a cabo sólo en estricta conformidad con las disposiciones legales, y sólo puede ser efectuada por la autoridad.

Normalmente, la legislación procesal penal prevé, taxativamente, las posibilidades de que alguien pueda ser privado de su libertad sin que haya acción penal en curso. Son casos extremos, donde se decide la prisión en virtud de su necesidad, es decir, no puede efectuarse una detención sólo por un mero capricho de la autoridad. Es el caso, por ejemplo, de un sujeto a quien se le atribuye un delito y que podría huir para evitar, de este modo, la aplicación del derecho penal en caso de condena, o incluso cuando podría estar amenazando a los testigos, o destruyendo las pruebas; en definitiva, situaciones que deben estar previamente recogidas en la ley procesal que fundamentan la decisión de arresto.

En países como Brasil, por ejemplo, la autoridad policial puede privar a alguien de su libertad sólo en casos concretos, como sucede con la situación de prisión *in flagranti*, es decir, cuando se sorprende al sujeto cometiendo el delito. Sin la posibilidad de coger al reo *in flagranti*, la facultad de determinar la prisión la tiene sólo la autoridad judicial tras la correspondiente solicitud a la autoridad policial.

Después de que la propia autoridad policial haya realizado la detención, como en el caso citado de la detención *in flagranti*, esta misma autoridad policial debe informar, inmediatamente, a la autoridad judicial, con el fin de que esta última pueda ejercer el debido control sobre la legalidad del acto que ha decretado la prisión.

Una vez que la policía haya efectuado la detención, se deberá informar al preso de todos sus derechos, así como la forma de ejercerlos (Principio 13).

En este primer momento hay que ser especialmente cuidadoso. No es infrecuente que al preso se le deniegue el derecho de comunicarse con sus familiares, amigos, o incluso con su abogado, para que tomen las medidas necesarias para su liberación, o, al menos, para que su solicitud de liberación pueda ponerse en conocimiento del Poder Judicial, que tendrá la competencia de verificar la legalidad del acto.²⁸⁰

Lamentablemente, todavía hoy, la tortura se utiliza como una herramienta para obtener la confesión del acusado, o incluso algunas aclaraciones sobre determinados hechos, contrariando, claramente, el principio 6 que establece que ninguna persona sujeta a cualquier forma de detención o prisión puede ser sometida a tortura, sin ninguna justificación para su uso. Los Estados no pueden ser indiferentes con respecto a la tortura. Por tanto, las leyes deberían promulgarse en el sentido de prohibir tales actos de violencia contra la persona. Si, en nombre del Estado y de manera arbitraria e ilegal se llevan a cabo tal tipo de conductas, se deberá castigar con severidad. No se pueden tolerar pasivamente actos que violen de forma tan brutal la dignidad del ser humano.

Se debe evitar todo corporativismo. Por tanto, los organismos imparciales, especialmente creados para ocuparse de los actos de tortura, deben ejercer este tipo de control, investigando y castigando a los funcionarios cuando corresponde.

²⁸⁰ Conor Foley apunta que: “El derecho universal de las personas que son arrestadas o detenidas a tener acceso a asesoramiento jurídico es reconocido en el Artículo 14 del PIDCP y en varios otros instrumentos relativos al derecho a un juicio justo. El acceso inmediato a un abogado es también muy importante desde el punto de vista de la prevención de la tortura y de los malos tratos. La Comisión de Derechos Humanos hizo hincapié en que la protección de la persona detenida requiere el acceso inmediato y regular a médicos y abogados y que ‘todas las personas detenidas deben tener acceso inmediato al asesoramiento jurídico’ para obtener una mayor protección de sus derechos. El abogado debe reunirse con la persona detenida en condiciones que garanticen la confidencialidad de sus comunicaciones. Las autoridades también deben asegurar que los abogados aconsejen y representen a sus clientes en conformidad con las normas profesionales, sin intimidación, impedimento, abuso o interferencias indebidas (FOLEY, Conor. *Combate a Tortura* – Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público, p. 26).

Es crucial la tarea del Fiscal que, como órgano independiente, podrá actuar de forma especializada sobre el tema, velando por el respeto de los Derechos Humanos, escuchando a las víctimas, a sus familiares, a los testigos e incluso a los que son sospechosos de haber participado en tales delitos. El Fiscal, apurando los hechos, propondrá la acción penal correspondiente y, si es el caso, solicitará la condena de los culpables. Por último, si así lo considere oportuno, podrá también solicitar la dimisión, por el bien del servicio público, del funcionario procedió indebidamente.

Sólo medidas serias, asumidas con responsabilidad e independencia, harán que estos casos disminuyan, dado que eliminarlos por completo resulta prácticamente imposible –sin olvidar que tampoco ayuda la propia naturaleza del propio hombre, que tiene tendencia a abusar de su poder, cuando lo detenta, como había preanunciado Montesquieu.-

Conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del principio 7, los funcionarios tienen la obligación de comunicar a sus superiores la existencia, o la posibilidad de algún acto que implique tortura. Así, por ejemplo, si un funcionario público tiene conocimiento de la práctica de este acto repugnante y cruel, practicado por un investigador de policía para obtener una confesión, deberá comunicarlo a sus superiores, de modo que se tomen las medidas oportunas.

La omisión del funcionario puede configurarse en un delito de omisión impropia, debiendo responder por la infracción penal que podía y debería haber evitado, pero no lo hizo. El funcionario omitente, por tanto, se encuentra en una situación de garantía, es decir, es garante, con el fin de preservar la vida y la integridad física de cualquier persona, independientemente de que haya cometido o no alguna infracción penal.

Lo que el principio 7 establece, es que ningún funcionario puede omitir un acto delictivo, es decir, que la máquina administrativa, como un todo, debe funcionar en el sentido de evitar la práctica de estas atrocidades. Todos forman parte de un gran engranaje. Los que están en el “pelotón de frente” tienen más

posibilidades de control sobre los hechos acaecidos que hayan violado la dignidad humana.

Junto al deber de información de estos actos ilegales por parte del personal de la Administración Pública, los ciudadanos deben tener también la posibilidad de denunciar estos casos ante el superior jerárquico del funcionario que cometió el acto ilegal, lo cual es bastante habitual.

Suele tratarse de familiares, amigos, o incluso Organizaciones no gubernamentales (ONG's), vinculadas a la preservación de los derechos humanos, como los *Human Rights Watch*, o incluso Amnistía Internacional, que denuncian estos casos a la autoridad pública que, por tanto, deberá hacer todo lo posible para evitarlos.

Cuando el detenido sea extranjero, deberá proporcionársele un intérprete, según establece el Principio 14.

La entrevista del detenido con su abogado es de vital importancia. Por esta razón, el Principio 18 regula una serie de determinaciones, tales como:

1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste deberá estar a una distancia que no le permita oír la conversación.

5. *Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.*

Esas últimas exigencias, que figuran en el Principio 18, aunque sean loables, en algunos casos, creemos puedan sufrir algunas pequeñas restricciones. Lamentablemente, como demuestra la experiencia brasileña, muchos abogados son utilizados por la delincuencia organizada, al considerárseles el único vínculo entre los presos que pertenecen a estas organizaciones criminales, y los demás miembros del grupo que se encuentran *extra muros*. Sirven, peyorativamente, como si fueran “palomas mensajeras”, llevando mensajes, estrategias, planes de delitos, en última instancia, actúan ayudando a la delincuencia organizada cuando, a menudo, sus líderes se encuentran presos, en el sistema penitenciario.

Las reglas serán las establecidas por el mencionado principio 18 que, sin embargo, considerando la gravedad de la conducta criminal en virtud de la cual alguien esté detenido, podrán sufrir algunas excepciones, sin que en ningún caso se pueda violar la dignidad del ser humano.

Este conjunto de principios, aquí expuesto a título de ejemplo, servirá de orientación a los funcionarios responsables de la fase de investigación, cuyo objetivo es poner en conocimiento de la Fiscalía las pruebas que existen contra una determinada persona, para que, así, pueda iniciar la acción penal. Sin embargo, a pesar de que el Estado se proponga resolver el problema de la creciente delincuencia, nunca podrá renunciar a los derechos conquistados por la humanidad.

Un error cometido, en la práctica de alguna detención, no justifica el arbitrio por parte del Estado, que deje de lado los derechos y las garantías fundamentales de sus ciudadanos.

3.2. Prisión en la fase procesal

No podemos analizar, de forma detallada cada uno de los 39 principios del *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Analizaremos someramente aquellos principios que tienen una conexión más inmediata con la específica detención en la fase procesal, es decir, la llevada a cabo por orden de una autoridad judicial, en el curso de una acción penal.

Puede suceder que alguien, sorprendido *in fraganti*, haya solicitado ante un tribunal su libertad, todavía en la fase de investigación. El juez, hipotéticamente, analizando la solicitud podría denegar al acusado la solicitud de libertad por considerar que su detención resulta todavía necesaria.

Una vez cerrada la fase de investigación, es decir, después de haber agotado todas las investigaciones necesarias para la conclusión de los hechos, los autos se remitirán, por regla general, a la Fiscalía que, después de revisar cuidadosamente las pruebas existentes, formará su *opinio delicti*, y, si es el caso, propondrá una denuncia, dando inicio, así, a la acción penal o la *persecutio criminis in iudicio*.

A partir de este momento, se considera como inaugurada la fase procesal. En esta fase procesal, ahora, gran parte de las pruebas realizada en la fase de investigación se reproducirán en el Tribunal, bajo el control del principio de contradicción.

En la fase procesal, además de ser interrogado nuevamente el reo por la autoridad judicial, con la participación de la Fiscalía y de los abogados, deberá desarrollarse su defensa formal, presentando todo lo que considere necesario para su defensa.

Sin embargo, puede suceder que, si bien el reo estuviera en libertad durante la fase de investigación, su detención se hiciera necesaria en la fase procesal. En este caso, el juez deberá fundamentar legalmente su decisión, indicando las razones por las que considere que resulta necesaria la privación de la libertad del acusado, incluso antes de dictar una sentencia penal condenatoria.

Tal fundamentación deberá ser precisa, ya que rige el principio de *presunción de inocencia*, impidiendo, así, que el Estado, arbitrariamente, lo prive de un derecho que sólo podrá ser suspendido en casos graves o extremos.²⁸¹

El Principio 36, en relación al tema de la presunción de inocencia, así como sobre la necesidad de prisión durante la instrucción procesal, establece:

- 1) *Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.*
- 2) *Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.*

²⁸¹ Analizando la presunción de inocencia como un principio erigido por los revolucionarios franceses, Alexandra Vilela apunta que: “El art. 9º de la citada Declaración, y con él todo el texto de la misma, se convirtió en el primer momento de la presunción de inocencia; su referencia emblemática, como método de tratamiento para aliviar a los acusados, se asocia indefectiblemente con la prisión preventiva. Rechaza, pues, en primer lugar, la presunción de culpabilidad que hasta entonces se cernía sobre el acusado. En un segundo momento, establece el vínculo de la prisión preventiva con el estatuto de inocencia, que no significa que dicha presunción no se extienda a todos los demás aspectos del tratamiento de los acusados, y no sólo a lo que se refiere a la prisión preventiva. La presunción de inocencia, al mismo tiempo que constituye una reacción contra los excesos y abusos del proceso penal hasta entonces vigente – consagrada en el principio de culpabilidad, legitimando el uso de la tortura como medio de obtención de la confesión, que, destituido de cualquier garantía de defensa, atribuye poderes absolutos al juez, así como a los órganos de investigación y de acusación -, se basa en el derecho cívico, concediendo, de esta manera, a cada ciudadano, la tutela jurídica de su honor y su libertad, garantizada por los órganos del Estado y ejecutable en el proceso penal. A partir de esta Declaración resulta la primera acepción que se atribuye históricamente a la presunción de inocencia y que se asocia a la forma en que el acusado debe ser tratado durante el proceso penal, evitando que sea sometido a cualquier instituto que lo equipare a culpable. Y de aquí se desprende, desde luego, su relación con la prisión preventiva”. (Cfr. VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de violência em direito processual penal*, P. 34).

Conviene destacar, que la presunción de inocencia tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 9º dice que “todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona”.

En lo que respecta a la presunción de inocencia, podemos ver este principio, o esta máxima del derecho procesal penal, con algunas reservas. Se ha discutido mucho sobre ello, y se han formado algunas posiciones radicales, principalmente en el sentido de que no se puede ordenar ninguna prisión antes de la sentencia penal condenatoria, ya que tal prisión violaría el principio de presunción de inocencia.

Incluso en situaciones en las que el sujeto es cogido *in fraganti*, puede ser absuelto, si demuestra su inocencia en los tribunales. Imaginemos la hipótesis de aquél que es descubierto por la policía con un cuchillo en la mano, cubierto con la sangre de la víctima tendida y desfallecida ante él. A primera vista, la escena del delito nos muestra a un homicida, que mató a alguien valiéndose de un cuchillo. Sin embargo, las pruebas pueden demostrar que aquella persona que, supuestamente, había cometido el homicidio, había llegado al lugar del delito después de su realización y queriendo salvar a la víctima, sacó el cuchillo que se encontraba clavado en su abdomen.

La razón para querer preservar la presunción de inocencia es noble y justa. Sin embargo, no puede ser llevada al extremo, porque hay casos en que la prisión anticipada o cautelar del reo resulta necesaria.

Supongamos una situación en la que un individuo que ha sido demandado por lesiones gravísimas, o incluso por un delito de extorsión, comience a amenazar a sus víctimas o a los testigos de los hechos, advirtiéndoles que si declaran en su contra, dando lugar a su condena, sufrirán las consecuencias.

La parte demandada, con este comportamiento, está dificultando la obtención de pruebas. Esto evitará que se haga justicia. Puede ocurrir que la parte

demandada, conociendo la probabilidad de su condena, esté preparándose para huir, vendiendo sus bienes, etc. En tales casos, no es razonable, bajo el argumento de la presunción de inocencia, dejar de ordenar la detención de estas personas.

Podemos también encontrarnos ante una sentencia penal condenatoria, aún susceptible de recurso ante el Tribunal revisor. En este caso, entendemos que la denominación debe ser modificada, es decir, el principio de presunción de inocencia, debe ser entendido como *principio de presunción de no culpabilidad*, ya que no se puede presumir inocente aquel a quien el Estado, formalmente, ya ha declarado como culpable.

Al preso no se le puede negar la posibilidad de tratar de revisar su decisión. Por esta razón, el Principio 32 establece que la persona detenida tiene el derecho de interponer, en cualquier momento, un recurso en términos de derecho interno, a fin de impugnar la legalidad de su detención y obtener, sin demora, su puesta en libertad, en caso de ilegalidad.

Conviene destacar, de acuerdo con el Principio 38, que la persona detenida a causa de una infracción penal tiene el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable. La duración razonable del proceso, por consiguiente, es un derecho de todos los acusados, que no pueden quedarse, indefinidamente, esperando su juicio. Todos sabemos que el proceso penal, con mayor intensidad que el proceso civil o el proceso administrativo, conlleva una sensación de angustia al buen hombre, que quiere, tan pronto como sea posible, que se declare su inocencia.

El estigma del proceso penal hace que el reo sea tratado de forma diferente por la sociedad. El estatus de delincuente le impide, a menudo, que asuma su papel social. La simple anotación en una hoja de antecedentes penales, indicando que existe un proceso penal en curso, es razón suficiente para la vergüenza. Por tanto, todo acusado tiene el derecho (aunque sea culpable), a un juicio rápido, para no retrasar indefinidamente el juicio.

En la hipótesis de que el reo haya sido arrestado cautelarmente, la fecha límite para la terminación del proceso debería ser aún más rápida. Si el proceso se

extiende por causas no imputables exclusivamente a la defensa, que puede, en algunas situaciones, intentar retrasar el juicio, el reo deberá ser puesto en libertad.

3.3. Prisión en la fase de ejecución de la pena

Parece que el cumplimiento efectivo de la pena se ha convertido en un gran problema, principalmente en los países subdesarrollados y en desarrollo -o emergentes-. Sin embargo, sucede lo mismo en los países desarrollados.

Muchos países, como es el caso de los EEUU, dejan de observar algunos de los más relevantes principios fundamentales, bajo el falso argumento de que manejan situaciones extraordinarias, con sujetos excepcionales, que no pueden ser tratados como si fueran personas comunes. Por tanto, no cumplen abiertamente con el principio 3, que dice:

No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

El principio 3 traduce una preocupación constante de la ONU en el sentido de impedir que los Estados retrocedan con respecto a las garantías y a los derechos conquistados. La evolución de los derechos y garantías fundamentales del ser humano se hace, normalmente, de forma paulatina y gradual. Esos derechos y garantías son fruto de largas luchas de la humanidad.

No se puede, bajo ninguna circunstancia, intentar disminuir, minimizar o incluso acabar con algunos de estos derechos y garantías. Incluso en las hipótesis más graves, como es el caso del terrorismo en Europa o en los EEUU, no podemos renunciar a estas conquistas.

Los ejemplos absurdos de los presidios americanos como el ubicado en Abud Ghraib, afortunadamente ya extinto, o incluso en Guantánamo, son claros

ejemplos de la falta de respeto a las determinaciones establecidas en el principio 3. El gobierno de George W. Bush trató a toda costa, de evitar que los presos de estos presidios tuvieran la posibilidad de recurrir contra su detención, dificultando sus solicitudes de *habeas corpus*, alegando que la Suprema Corte Americana no podría ejercer su jurisdicción fuera de los límites del territorio americano. Con este argumento, la prisión era un lugar fuera de control de las autoridades judiciales. Por ello, en su interior se cometían todo tipo de abusos y torturas.

Sin embargo, frente a los intereses del Gobierno de ese momento, la Suprema Corte ha sostenido que los presos tenían derecho a la solicitud, es decir, tenían derecho a que sus casos se sometieran al control judicial. El gobierno americano, sin embargo, ha intentado rebatir esta posición, creando las comisiones militares.

Conforme a los informes de Amnistía Internacional “Las reglas y procedimientos que rigen los juicios ante las comisiones militares en Guantánamo no son conformes con el derecho internacional. El sistema es defectuoso desde su base, y debe ser abandonado. El 17 de octubre de 2006, el presidente de Estados Unidos, George W. Bush, firmó la entrada en vigor de la Ley de Comisiones Militares que, entre otras cosas, autoriza al presidente a convocar comisiones militares para juzgar a ciudadanos extranjeros a los que el gobierno estadounidense considera “combatientes enemigos ilegales”. Los juicios en virtud de la Ley de Comisiones Militares no cumplen las normas internacionales. Por ejemplo, esta legislación:

- autoriza juicios ante comisiones militares que no son independientes de las ramas del gobierno que han autorizado y aprobado violaciones de derechos humanos contra quienes comparecerán como acusados;
- permite que las comisiones militares admitan como prueba información obtenida mediante trato cruel, inhumano o degradante y otras prácticas ilegítimas;

- limita el derecho de los acusados a ser representados por un abogado de su elección;
- discrimina sobre la base del origen nacional. Los ciudadanos estadounidenses acusados de los mismos delitos serían juzgados por tribunales que aplican normas más elevadas;
- permite al gobierno pedir y obtener condenas de muerte tras juicios injustos.

Incluso aunque un detenido sea absuelto por una comisión militar, puede ser devuelto a la custodia militar como “combatiente enemigo”, si así lo decide el gobierno”.²⁸²

Además del caso americano, también hay que prestar atención a la teoría del derecho penal del enemigo, de la que nos hemos ocupado anteriormente.

Tal situación, como hemos visto en un capítulo aparte, de acuerdo con el principio 3, no puede prevalecer. Incluso cuando se trate del peor delincuente, del terrorista más insensible al sufrimiento ajeno, en nombre de una supuesta “lucha contra el delito”, no podemos dejar de lado los derechos y las garantías fundamentales.

Por eso, el principio 3 es tan enfático en el sentido de establecer que ninguna privación de libertad podrá ser admitida, con restricción o incluso derogación de los derechos del hombre, reconocidos o en vigor en un Estado al abrigo de las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres.

Lamentablemente, en muchos sistemas penitenciarios, la tortura o el cumplimiento de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es todavía una constante.

Por esta razón, la Asamblea General de la ONU ha tenido el cuidado de consagrar en el principio 6, que *ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos*

²⁸² www.amnesty.org/es. *Comisiones militares de Guantánamo: Una parodia de la justicia.*

o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La tortura es un acto de cobardía cometido por los más fuertes contra los más débiles o, por lo menos, practicado por aquél que, incluso momentáneamente, se encuentre en esta situación de superioridad. Demuestra la insensibilidad por el sufrimiento ajeno. El torturador parece estar anestesiado, o incluso “vacunado” contra los gritos de dolor, las súplicas del torturado, sin que se deje influir por sentimientos que no sean lo de dar cumplimiento a su vil misión.

El torturador, en la mayoría de los casos, cree que está haciendo un bien a la sociedad, torturando malhechores, delincuentes, o a aquéllos cuya ideología es contraria al poder dominante. Cree, con frialdad, que su “trabajo” es por el bien de la humanidad. De ahí que se deba hacer una adecuada selección de los funcionarios que ocupan cargos en el sistema penitenciario.²⁸³

El derecho a no ser torturado no puede ser excepcional. En ninguna situación el ser humano puede ser víctima de su némesis más poderosa: El Estado. Sin embargo, algunos Estados, incluso los considerados como democráticos de derecho, como sucede con los EEUU, todavía lo permiten en algunas situaciones. Ya hemos tenido oportunidad de destacar que, principalmente a partir de los atentados ocurridos el 11 de septiembre de 2001, los EEUU han promulgado una normativa que tendría por finalidad combatir el terrorismo, destacando la *Patriot Act*, conforme a la cual se puede tolerar la tortura de los presos, considerados como terroristas, con el fin de obtener una confesión o información en su interrogatorio.

Cuando el principio 6 determina que no se podrá invocar *ninguna circunstancia*, sea cual sea, para justificar la tortura u otras penas o tratos crueles,

²⁸³ “La aportación personal de cada funcionario es decisiva para la puesta en práctica de un sistema penitenciario, y además para su mantenimiento y desarrollo. Pero han de concurrir inexcusablemente ambos aspectos: por un lado, tener conciencia de que el personal que atiende los centros penitenciarios son la base de esa función reformadora; y por el otro, los propios funcionarios han de asumir su lugar y actuar acorde con el”. (GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, p. 40).

inhumanos o degradantes, significa que no se podrá hacer ninguna excepción a esa regla.

Ninguna infracción penal, por mala que sea, justifica un acto de tortura. Aunque se quiera utilizar la excusa de, por ejemplo, querer salvar la población, la tortura es un medio abominable, y una prueba de la ineficiencia del Estado para obtener los datos necesarios para la prevención de la práctica de futuros delitos.

Por otra parte, quien ya está en la cárcel, aun cuando no esté siendo torturado, deberá cumplir, con dignidad, su pena de privación de libertad. Por esto, no se podrá imponer un sacrificio mayor que el determinado en la sentencia penal condenatoria, ya que deberán preservarse sus otros derechos como ser humano.

Por tanto, el cumplimiento de la pena en lugares malsanos, sin ventilación, hacinados, con mala alimentación, sin horas libres, sin atención médica u hospitalaria, con limitación de visitas externas etc., ofende el principio 6, debiendo el Estado, por tanto, optar por otras alternativas que no perjudiquen la dignidad de la persona humana.

El seguimiento efectuado por las autoridades competentes debe ser una rutina en el sistema penitenciario, evitando que las personas reciban un tratamiento que no se ajuste a su condición de ser humano.

Por esta razón, el Principio 29 establece que:

1. A fin de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, los lugares de detención serán visitados regularmente por personas cualificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta de la autoridad directamente encargada de la administración del lugar de detención o prisión, y dependientes de esa autoridad.

2. La persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1

del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares.

Precisamente el preso es olvidado por el Estado cuando cumple su condena. No se ponen en práctica los planes de socialización, sus condiciones de detención son inhumanas, su alejamiento del entorno social es casi absoluto y las autoridades olvidan su existencia.

En estas condiciones, ¿cómo se puede lograr la reinserción si, durante el período de permanencia en la cárcel, es apartado casi completamente de la vida social?

Por ello, la fase de cumplimiento de la pena se debe tratar con sumo cuidado, permitiendo que el preso continúe manteniendo el contacto con el mundo fuera de la prisión, especialmente con sus familiares y amigos, motivándole a querer salir de ese entorno, tras al cumplimiento de la pena.

A. Ayuso Vivancos apunta algunos de los factores negativos de la cárcel:

“1. De entrada, la prisión es un mundo distinto, un mundo limitador, donde el internado se ve constreñido a cambiar sus hábitos de vida y a adoptar otros que le son impuestos coactivamente. Esto crea, en los delincuentes primarios y en los ocasionales, un trauma que, en casos extremos, ha dado lugar a trastornos mentales (en otras épocas se ha hablado de psicosis carcelaria).

2. El recluso se ve obligado a vivir, quiera o no quiera, en un ámbito reducido de espacio, con personas con las que jamás hubiera tratado en su vida libre. La convivencia en una misma celda o en un departamento de aglomeración de cierto número de reclusos se traduce en riñas, agresiones y conflictos dentro de la prisión.

3. El tiempo de la prisión no es solamente un tiempo cronológico, sino también un tiempo psicológico, cuya determinación e indeterminación, cuya duración breve o prolongada influye en la personalidad de los internos, hasta hacerles perder el hábito de vivir en libertad. Se produce una auténtica

deformación de la personalidad, conocida con el nombre de *prisionización*, desde que Clemmer utilizó este término en 1940.

4. La prisión constituye un factor criminógeno. Conocidos son los dichos ‘aquí el bueno se hace malo y el malo se hace peor’ o ‘la prisión es la universidad del crimen’. Las tensiones indicadas, la holganza forzada, el contacto con delincuentes profesionales, los problemas de la sexualidad reprimida determinan lentamente que el recluso se acostumbre a pensar que la única salida de su vida está en la delincuencia, o mejor dicho, en la ilegalidad; es decir, en la oposición a un sistema social que condena a las personas a la despersonalización. La prisión constituye una auténtica subcultura, con su código, sus normas, su lenguaje, su sistema de valores propios. El juego, el tráfico de drogas, la homosexualidad, la prostitución y la violencia tienen aquí una significación particular. Los motines, las huelgas y las autolesiones (‘chinarse’) son las armas que el interno utiliza para expresar su protesta contra la sociedad y el sistema penitenciario.

5. Pero, además, la prisión es nociva para la familia del penado (sobre todo, cuando ésta se ve privada de los ingresos del cabeza de familia), para la víctima (que de ordinario no puede percibir la responsabilidad civil ante la insolvencia del penado), para el Estado (para quien, a pesar de todo, las prisiones representan un gasto considerable) y para la sociedad (a quien se le devuelven frecuentemente sujetos que, con facilidad, se convierten en reincidentes)”.²⁸⁴

Este es un diagnóstico perfecto de lo que sucede al recluso, desde el primer momento en que entra en el sistema penitenciario, así como las consecuencias de su privación de libertad. Por consiguiente, las autoridades competentes para la ejecución de las penas deben, obligatoriamente, estar atentas a la concesión de los beneficios legales previstos para la fase de la ejecución, intentando hacer que el condenado se reintegre, poco a poco, a su entorno social, haciendo que su salida del sistema penitenciario sea lo menos traumática posible.

²⁸⁴ AYUSO VIVANCOS, Alejandro. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, p. 16-17.

Podemos imaginar la escena en las que un individuo, después de cumplir veinte años continuos de condena, vuelva a la sociedad. Sin embargo, durante estos veinte años, ha quedado alejado de todas las personas cercanas. Al salir de la cárcel se encuentra perdido, sin saber qué hacer. Aquella sociedad que lo vio cometer el delito ya no le reconoce. Sus amigos, en su mayoría, ya están dispersos. A menudo, ya no va a poder encontrar a su familia. En definitiva, tenemos que hacer que el retorno del condenado sea gradual, razón por la cual deberán observarse los beneficios legales, permitiendo que el recluso, poco a poco, se vaya reintegrando.

Para que este plan de retorno se cumpla, es necesaria la colaboración de las autoridades encargadas de la ejecución penal -Juez, Fiscalía y Defensor-.

4. PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LAS MUJERES

Lamentablemente, ha ido aumentando el número de mujeres presas. Eso se debe, principalmente, al tráfico de drogas. El llamado “amor bandido” también es uno de los factores de crecimiento del número de mujeres en la cárcel, que se enamoran de delincuentes normalmente vinculados al tráfico de drogas. Esa unión tan explosiva acaba desembocando en que también las mujeres se vean involucradas en la práctica de delitos, dando lugar a su encarcelamiento, junto con su pareja.

No se trata, tan sólo, de mujeres jóvenes, o incluso de personas solteras, sin instrucción o pobres. El tráfico de drogas, con su política destructiva, agudiza los intereses de todas las personas, independientemente de su sexo, edad, clase social o estado civil.²⁸⁵

²⁸⁵ “En varios países, la legislación más estricta contra el tráfico de drogas ha causado un gran impacto sobre el número de presas, dando como resultado en un aumento proporcional del número de presas mayor que entre la población penitenciaria masculina. En algunos países, como el Reino Unido, eso también ha supuesto un aumento del número de presas extranjeras, que hoy constituyen un porcentaje desproporcionadamente elevado de las presas (Cfr. COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*, p. 151).

Cada vez es mayor el número de detenciones en los aeropuertos internacionales. Se trata de las llamadas “mulas” del tráfico, es decir, personas que se disponen a hacer un trabajo de “hormiga”, trayendo consigo una determinada cantidad de drogas, con la esperanza de no ser descubiertas. Son cientos de personas, o tal vez miles, reclutadas para este servicio criminal. Muchas de ellas se embarcan juntas, en el mismo vuelo, sin ni siquiera conocerse. La idea del tráfico en el estilo “hormiga” es jugar con la suerte, ya que si varias personas juntas hacen el transporte ilegal de drogas, el perjuicio causado por su detención y, por tanto, con la incautación de la droga por la policía, podrá ser diluido entre las demás que han tenido éxito con el plan de conseguir superar la frontera de un determinado país, llevando la mercancía a su destino final y obteniendo el pago por el envío.

Puede suceder, también, que las drogas consigan superar las fronteras gracias a una policía corrupta. Incluso la tripulación de vuelo de los aviones, a menudo, se somete a este tipo de papel, sirviendo de “mula” para los grandes traficantes, en busca de una recompensa por su riesgo.

El tráfico, por tanto, ha contribuido sensiblemente al aumento del número de mujeres presas. Muchas señoras, de edad, abuelas, se han sometido a esto. Nunca las cárceles femeninas han estado tan llenas. Esta gradual estimación de las cárceles femeninas ha hecho que las mujeres experimenten los mismos problemas que se producen en las cárceles masculinas. El problema del hacinamiento también ha llegado a su medio. La promiscuidad se ha hecho muy frecuente en la cárcel femenina.

Al igual que con las cárceles masculinas, en el sistema penitenciario femenino las torturas y los malos tratos también son constantes. Hay relatos, en presidios brasileños, de presas heridas por disparo de arma de fuego, golpeadas con barras de hierro, tuberculosas y con el SIDA que no reciben la necesaria atención médica y que propagan la enfermedad en su entorno, presas embarazadas que han sido golpeadas por guardias penitenciarias, que han sufrido agresiones con golpes en el vientre, reclusas que, agredidas violentamente, se les han roto sus

dientes, otras sometidas a choques eléctricos en los senos y en el área genital. En definitiva, las precarias condiciones penitenciaria femeninas no se diferencian de las pésimas condiciones existentes en las cárceles masculinas.

Elisabet Almeda subraya que, en las cárceles femeninas: “se ejerce un régimen disciplinario y un control mucho más duro y rígido con respecto al que se aplica en las cárceles de hombres.

A diferencia, sin embargo, de los estudios españoles que no aportan datos al respecto, los trabajos de campo realizados en las cárceles de mujeres británicas destacan que el propio personal penitenciario considera que las cárceles femeninas son más difíciles de dirigir, ya que la tensión y el conflicto son más grandes que en el caso de las cárceles masculinas. Contrariamente a la opinión general, la incidencia de la violencia en las cárceles femeninas es más elevada que en la de los hombres, y ello queda reflejado en las estadísticas penitenciarias con el mayor número de expedientes, sanciones y partes disciplinarios (...).

De hecho, se trata de una violencia basada no en la agresión física, sino en la desobediencia y en la falta de respeto al funcionario penitenciario. En las cárceles de mujeres prácticamente no se encuentran objetos peligrosos, no se organizan muchos motines y las tentativas de evasión son casi nulas. Sin embargo, se crean unas relaciones muy complejas entre funcionarias e internas que a menudo derivan en una espiral creciente de acción, represión y provocación. En este sentido, los resultados son psicológicamente muy destructivos para las mujeres. La dinámica del conflicto es fundamentalmente verbal. En realidad esta violencia verbal es uno de los mecanismos de defensa más habitual de la mujer presa y el más utilizado por los funcionarios cuando hay que abrir expedientes disciplinarios”.²⁸⁶

Además de las agresiones físicas y verbales, no podemos dejar de destacar que, en muchas cárceles femeninas, especialmente las ubicadas en los países subdesarrollados y en desarrollo, hay una falta total de atención médica, especialmente ginecológica, aumentando los casos de cáncer, especialmente los

²⁸⁶ ALMEDA, Elisabet. *Particularidades de las cárceles de mujeres: un enfoque de género*, p 149.

de mama, que se descubren sólo cuando ya están en una fase avanzada, lo que obliga, a menudo la extirpación del seno y que conlleva, por tanto, un profundo proceso de depresión.

Al igual que en las cárceles masculinas, rara vez son sometidas a tratamiento odontológico. También se les niega, por regla general, las visitas íntimas de sus esposos o compañeros, estimulando la promiscuidad entre las propias mujeres, que vienen a adoptar prácticas de lesbianismo.

Hay incluso casos, en que mujeres, por falta de plazas en las cárceles femeninas, son mezcladas ilegalmente en celdas masculinas. Recientemente, en Brasil, en la ciudad de Belem, en el estado de Pará, una joven, que fue puesta en una celda con 20 hombres, sufriendo reiteradamente abusos sexuales, El caso fue objeto de atención mundial, y duramente criticado por Amnistía Internacional que afirmó que “las mujeres en Brasil son las víctimas ocultas de un sistema de detención que se desmorona y las expone a la violación y otros malos tratos”. El investigador de Amnistía Internacional, Tim Cahill, ha informado que habían recibido “muchos informes de mujeres bajo custodia que sufren abusos sexuales, torturas, atención médica deficiente y condiciones inhumanas, lo que demuestra que éste no es en absoluto un caso aislado, sino que se trata de una situación que sigue oculta a los ojos de la opinión pública”.²⁸⁷

Las cárceles femeninas tienen sus propias reglas, pero que a menudo no se cumplen. Una de estas reglas se refiere al hecho de que sólo las mujeres deben hacer la vigilancia de las reclusas, actuando como agentes penitenciarias. Con ello se pretende evitar las violaciones que derivan del abuso por parte de los funcionarios de sexo masculino. Sin embargo, aunque éste sea el sistema ideal, en la práctica, hay tanto agentes penitenciarios femeninos como masculinos que ejercen sus funciones en estas prisiones.

Según observa la regla 8, A, de las Reglas Mínimas para el Trato de los Reclusos, *en la medida de lo posible, hombres y mujeres deben estar detenidos en*

²⁸⁷ www.amnesty.org. *Brasil – un caso de violación bajo custodia pone al descubierto el aumento de los abusos contra mujeres* (23 de noviembre de 2007).

establecimientos separados; en los establecimientos que reciban hombres y mujeres, la totalidad de los lugares destinados a las mujeres estará completamente separada.

Son numerosos los casos de presas que son violadas sexualmente por agentes penitenciarios masculinos, y muchas de ellas quedan embarazadas. En Brasil hubo un caso emblemático, que involucró a la cantante mejicana Gloria Trevi que, según relatos de otros presos, mantenía relaciones sexuales con varios agentes federales, incluso un comisario de policía. Con ello, Gloria obtenía algunas facilidades como, por ejemplo, utilizar el teléfono. Al final, Gloria Trevi quedó embarazada en la cárcel de la Superintendencia de la Policía Federal en Brasilia.

Después de 4 años de prisión, la cantante fue libertada, regresando a su país de origen, donde creó una Fundación que llevó el nombre de su hija, Ana Dalai, fallecida en Brasil, cuyo objetivo es cuidar de los hijos de madres que cumplen pena en el sistema penitenciario femenino.

El embarazo en la cárcel es un problema al que se tiene que enfrentar el Estado. En primer lugar, la atención prenatal se hace de forma precaria. Cuando la madre gestante da a luz a su hijo, aunque permanezca, momentáneamente, alejada de las demás compañeras de prisión, las maternidades existentes son como que pequeñas jaulas, que no difieren mucho de los centros penitenciarios anteriores.

Después de unos meses, la madre es separada de su hijo, que generalmente es cuidado por algún pariente cercano, sin que haya ningún programa de ayuda por parte del gobierno. Esta familia que resuelve acoger a ese niño asume una carga que no estaba prevista en su presupuesto y el cuidado acaba resultando inadecuado.

No es raro ver a niños que, colocados en un hogar extraño, se convierten en unas víctimas de malos tratos, ya que las personas que se han comprometido a llevar a cabo los cuidados necesarios los ven como una carga. A medida que van creciendo, a las niñas se las trata como unas criadas domésticas, y a los niños se

les obliga a realizar actividades inapropiadas y de baja categoría. A todo esto hay que sumar las veces en que se convierten en víctimas de abusos sexuales.

Coyle subraya que en la mayoría de las sociedades, las mujeres son las principales responsables de la familia, especialmente cuando tienen hijos. Eso significa que cuando una mujer se ve privada de su libertad las consecuencias para la familia pueden ser graves. Cuando un padre es condenado a prisión, es la madre en general quien asume sus responsabilidades junto a la familia. Cuando la madre está detenida, el padre suele enfrentarse a enormes dificultades para asumir las obligaciones de la paternidad, especialmente si no hay un apoyo del resto de la familia. La madre suele ser la cabeza de la familia. Todo esto reclama una estructura especial para garantizar a las reclusas la posibilidad de mantener un contacto realmente próximo con sus hijos. Un punto particularmente sensible es la cuestión de los hijos muy pequeños.²⁸⁸

En el Líbano, según informes de Amnistía Internacional, la situación de malos tratos y tortura no es diferente, o tal vez peor, ya que “La tortura y otras formas de malos tratos a las mujeres detenidas, especialmente a aquéllas acusadas de delitos graves, son prácticas generalizadas en las comisarías de policía del Líbano. Las mujeres acusadas de delitos políticos también corren peligro de sufrir tortura o malos tratos durante la detención preventiva en los centros de la Seguridad General y de los servicios de Información Militar. Las trabajadoras migratorias, otro grupo vulnerable, sufren a menudo tortura y malos tratos cuando se encuentran detenidas, frecuentemente tras haber sufrido ya malos tratos a manos de sus empleadores. A las mujeres en detención preventiva se las suele mantener en régimen de incomunicación para obligarlas a declararse culpables o a prestar declaración contra sí mismas cuando se encuentran sin amparo legal.”²⁸⁹

²⁸⁸ COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*, p. 151-152.

²⁸⁹ www.amnesty.org/es. Líbano. Por consentimiento tácito: Torturas y malos tratos a las mujeres en detención preventiva.

En Turquía, la investigación realizada por Amnistía Internacional, “revela que sigue siendo habitual vendar los ojos y desnudar durante los interrogatorios a las mujeres privadas de libertad, lo que constituye una forma de trato cruel, inhumano o degradante. Aunque este informe se centra en la violencia ejercida por los agentes estatales, tampoco olvida las obligaciones del Estado en

La población carcelaria femenina se ha duplicado en los últimos 5 años. Como promedio, en los países de América Latina, similar a lo que sucede en Brasil, las mujeres representan entre un 3% (tres por ciento) y un 9% (nueve por ciento) del número total de presos que están en el sistema.

Tal como acontece con la mayoría de las cárceles masculinas, el trabajo de la mujer es relegado; es decir, difícilmente podrán las mujeres ejercer alguna actividad que, de alguna manera, las reintegre ni que las posibilite recaudar recursos para que puedan ayudar a mantener a sus hijos que se encuentran *extra muros*.

En los raros casos en que consiguen trabajar, cuando se quedan embarazadas, en la mayoría de los países, especialmente los de América Latina, no les aseguran los Derechos laborales, ni tampoco se les permiten los llamados permisos de maternidad.

Un gran número de presas tiene hijos. La ausencia de planes estatales, encaminados a aproximar a la condenada a su familia, dificulta aún más el cumplimiento de la pena, porque además del dolor de la separación, los hijos criados lejos de la presencia materna tienden a no tener límites y, muchos de ellos, acaban también en la senda del delito. Por ello. Se debería de facilitar el contacto de las presas con sus hijos, especialmente los menores.

Las excusas que se arguyen son muchas: la falta de seguridad, los problemas administrativos que implican las visitas de familiares, la formación de los funcionarios para que lleven a cabo las revistas personales, etc. Sin embargo, es deber del Estado mantener estos lazos afectivos. Aunque esa mujer haya cometido un delito, este hecho no puede alejarla, casi completamente, de su familia. Si una de las funciones de la pena es, precisamente, la reinserción, hay que motivar a la condenada para que desee salir de la cárcel, para reencontrarse con su familia.

materia de protección de las mujeres frente a otros responsables de la violencia sexual. En él se analiza hasta qué punto las constantes de discriminación que perpetúa el Estado agravan las consecuencias de la violencia sexual y fomentan una cultura de violencia contra las mujeres". www.amnesty.org/es. Turkia! No más violencia sexual contra las mujeres detenidas.

5. PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LOS JÓVENES

En los últimos años, ha aumentado enormemente el número de jóvenes delincuentes. El creciente aumento de la delincuencia, asociado al hecho de que la legislación aplicada a los jóvenes es menos dura que la de los adultos, ha motivado discusiones que han fomentado el inicio de la llamada imputabilidad penal. Nos referimos al ámbito en el que el sujeto sería considerado como imputable por el derecho penal y respondería por sus actos como una persona culpable; es decir, cuando el comportamiento es susceptible de censura y se puede aplicar una pena privativa de libertad, a diferencia de las medidas consideradas como socio-educativas, destinadas a los infractores menores de edad.

En Brasil, el debate ha sido fuerte, ya que la delincuencia organizada, especialmente las facciones vinculadas al tráfico de drogas, utilizan a los menores de edad a causa de su condición particular, que les facilita la salida del sistema punitivo, en el caso de que sean descubiertos.

Tampoco no es raro que, además del tráfico de drogas, los menores cometan otros tipos de infracciones, tales como el delito de robo. Por ejemplo, si dos personas cometen un delito de robo, y ambas pueden ser descubiertas, suele ser una “regla interna” de la delincuencia atribuir el delito sólo al agente no imputable. La legislación le va a resultar favorable, haciendo que permanezca sólo por un corto tiempo en régimen de internamiento, a diferencia de lo que ocurriría con el agente imputable, cuyas penas son severas para este tipo de conducta.

La discusión sobre el inicio de la responsabilidad penal ha existido, básicamente, en todos los países del mundo. No hay un consenso al respecto. Se entiende que el menor debe ser tratado de forma diferente que una persona imputable, ya que el mismo se encuentra en un proceso de formación de su personalidad; es decir, no está completamente desarrollado ni física ni psicológicamente, razón por la cual no podría responder por sus actos como si fuera una persona completamente capaz.

Hoy en día, adolescentes con 14 años, o incluso menos, ya tiene pleno conocimiento de todo lo que sucede en la sociedad. Muchos ya han tenido incluso experiencias en el área sexual. Consumen drogas, especialmente las llamadas drogas sintéticas, como el *extasy*, que se ofrecen en las fiestas, a plena luz del día.

Todo ello hace que el establecimiento del inicio de la imputabilidad penal, resulte controvertida, pues conlleva consecuencias graves para quien desde este momento, cometa alguna infracción penal.

La regla 4, de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia, Infancia y de la Juventud* (Reglas de Beijing), afirma que en los sistemas jurídicos que reconocen el concepto de responsabilidad penal para los jóvenes, su comienzo no deberá fijarse en una edad demasiado precoz, teniendo en cuenta las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual²⁹⁰.

En España, tal como sucede en Brasil, la imputabilidad penal comienza a los 18 años completos, edad desde la que comienza a existir la posibilidad de ser considerado penalmente responsables.

El art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. El mencionado artículo, aunque indique el contexto de los 18 años, advierte sobre la posibilidad de que los Estados legislen de forma diferente, atribuyendo un límite inferior.

²⁹⁰ Sin embargo, a pesar de esta orientación, conviene destacar la diversidad de pensamiento sobre el tema, en los cinco continentes. Vamos a referirnos sólo a unos pocos países en cada continente, colocando al lado el inicio de la imputabilidad penal: a) *Europa*: Escocia (8 años); Ucrania (10 años); Polonia y Inglaterra (10 años); Alemania, Italia y Rusia (14 años); Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (15 años); b) *Asia*: Bangladesh, India, Myanmar, Pakistán, Tailandia (7 años); Indonesia (8 años); Filipinas (9 años); Nepal (10 años); Corea del Sur (12 años); Uzbekistán (13 años); China y Vietnam (14 años); c) *África*: África del Sur, Nigeria, Sudán, Tanzania (7 años); Kenia (8 años); Etiopía (9 años); Marruecos y Uganda (12 años); Argelia (13 años); Egipto (15 años); d) *América del Sur*: Argentina y Chile (16 años); Perú y Colombia (18 años); e) *América del Norte*: Estados Unidos de América del Norte (varia entre 6 a 18 años de edad, dependiendo de la legislación estatal); México (alrededor de 11 o 12 años para la mayoría de los Estados).

Aunque la Convención determine el contexto de los 18 años para el inicio de la imputabilidad penal, no indica a partir de cuándo tendría inicio la protección del niño, es decir, si desde la concepción, de la nidación o incluso del nacimiento.²⁹¹

Los Estados, de acuerdo con el apartado 3 del art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño deberán establecer una edad mínima por debajo de la cual se presumirá que el niño no tiene competencia para infringir las leyes penales. Sería inimaginable atribuir, por ejemplo, un delito de lesión corporal a un niño con 2 (dos) años de edad, por haber arrojado un juguete a la cabeza de su niñera, causándole una pequeña lesión.

Aunque el menor deba ser sometido a una Justicia Especial, que lo juzgará y aplicará una medida de acuerdo con sus características peculiares, hay situaciones en las que este juicio resulta impensable, pues rozaría el ridículo. De ahí el apartado 3, del art. 40 de la mencionada Convención.

El citado Manual de Derechos Humanos para Jueces, Fiscales y Abogados, en el Capítulo correspondiente de los Derechos del Niño en la Administración de la Justicia, establece que “la edad mínima y las consecuencias de la responsabilidad penal varía mucho en función de las épocas y culturas. La actitud moderna consiste en preguntarse si un niño consigue estar a la altura de los componentes morales y psicológicos de la responsabilidad penal; es decir, si un niño, dada su competencia de discernimiento y de comprensión, puede ser considerado responsable de una conducta esencialmente antisocial. Si la edad de la responsabilidad penal es fijada en un nivel demasiado bajo o si no existe algún límite mínimo, la noción de responsabilidad dejará de tener sentido. En general, existe una estrecha relación entre la noción de responsabilidad por una conducta delictiva o criminal y otros derechos y las responsabilidades sociales (tales como el derecho de contraer matrimonio o la mayoría de edad civil). Deberán realizarse esfuerzos para encontrar un límite de edad razonable, que sea aplicable a nivel

²⁹¹ Creemos que el niño debe ser protegido desde el momento de su concepción, es decir, desde la fecundación del huevo, debiendo el Estado adoptar todas las medidas necesarias para su crecimiento. No nos extenderemos ahora en la cuestión de la posibilidad del aborto, ya que excedería del tema propuesto.

internacional”.²⁹²

A pesar de con todas estas recomendaciones, todavía hay discrepancias. No hay un consenso en cuanto a la edad límite para el concepto de niño (o adolescente, tal como sucede en Brasil), y el inicio de la imputabilidad penal, con todas las consecuencias que le son inherentes.

Todo este debate sobre el límite de edad para el reconocimiento de las minorías penal tiene una serie de consecuencias prácticas. Una de ellas, es la que más nos interesa, por su vinculación con el sistema penitenciario, con respecto a los objetivos de la justicia especializada, dirigida a estos niños.

El art. 40, en su conjunto de párrafos e incisos, de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹³, se preocupa por esta modalidad de Justicia, sobre cómo se

²⁹² Manual de derechos humanos para Jueces, Fiscales y Abogados. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cooperación con la *Bar Association*, vol. 1, p. 5.

²⁹³ Debido a su importancia, conviene transcribir ese art. 40, *verbis*:

Artículo 40º

§1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

§2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

llevará cabo el juicio, el objetivo de la medida que se aplique, en última instancia, sirve de orientación a los legisladores de los Estados para que produzcan leyes en la formas determinadas por la Convención, siempre con miras a la rehabilitación y a la reintegración social del niño.

Sin embargo, si bien existan orientaciones internacionales, no se cumplen, especialmente en los países de América Latina, donde el internamiento de los jóvenes infractores sigue siendo una constante.

Muchos menores actúan, como se ha dicho, en concurso con las personas imputables, practicando todo tipo de infracciones penales. La violencia practicada por menores está creciendo cada año, principalmente en los países donde hay un alto índice. El tráfico de drogas les acaba transformando en delincuentes profesionales, a menudo más peligrosos y sanguinarios que sus compañeros, que ya han alcanzado la mayor edad penal.

Esta creciente ola de violencia llevada a cabo por menores de edad provoca que el sistema de internamiento de menores tenga que replantearse. Tal como sucede con las cárceles, los menores son internados, como es el caso de Brasil, en instituciones que no se interesan para su recuperación, que les tratan con crueldad, de forma inhumana y degradante.

Son pocos los países de América Latina que cuentan con planes de

vi) *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*

vii) *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*

§3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*

a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*

b) *Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

§4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

recuperación de los menores infractores. En Brasil, lamentablemente, estos menores son tratados como animales, golpeados y torturados por los funcionarios responsables de su vigilancia y, a menudo, violados.

El internamiento del menor debe ser una medida extrema del Estado, porque según lo establecido en el art. 37, *b*, de la Convención sobre los Derechos del Niño la detención, la reclusión o la prisión de un niño, deberá llevarse a cabo de conformidad con la ley y sólo como último recurso, y durante el menor período de tiempo que sea posible.

Así, pues, hay tres requisitos que deben contemplarse en esta especial privación de la libertad:

- a) La legalidad del acto, no pudiéndose tolerar las privaciones arbitrarias;
- b) Se impondrá sólo si ninguna otra medida es conveniente al caso concreto, aplicándose siempre como último recurso;
- c) El tiempo de cumplimiento debe ser el menor posible.

Sin embargo, los movimientos populares, estimulados por los medios de comunicación, fuerzan a los legisladores para tratar a los menores de forma cada vez más severa. Lo que debía ser la excepción (la privación de la libertad), llega a ser la regla. Por ello, las instituciones encargadas de albergar a los menores empiezan a tener los mismos problemas que existen en las cárceles, especialmente en lo que se refiere al hacinamiento. De hecho, si hacemos una comparación de los alojamientos, así como de los tratamientos que se ofrecen a estos menores, nos encontramos con que en nada o en poco difieren de aquellos existentes en los centros penitenciarios. Los mismos tratos crueles, inhumanos y degradantes se aplican a los menores. Las arbitrariedades y la humillación son constantes. Los menores pasan por las manos de funcionarios sin escrúpulos, que descargan toda su ira en los cuerpos de los menores.

Sin embargo, estos programas no podrán tener éxito de la forma en que se aplican. Esta triste situación no es idéntica en todos los países. Hay centros

avanzados en la recuperación de menores, especialmente en Europa. Esto es una realidad que afecta a los países subdesarrollados o en desarrollo (América del Sur y, concretamente, Brasil).

La preocupación por el lugar de internamiento y el tratamiento destinado a estos menores ha dado lugar a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. En el capítulo IV, se ha pensado cada detalle, desde la llegada al centro de detención de los jóvenes, hasta su efectiva salida.

Ningún joven podrá ser admitido en un centro de detención sin una orden de internamiento válida, expedida por una autoridad judicial, debiendo, necesariamente, registrarse su entrada en aquel establecimiento, donde serán consignados todos sus datos. Los menores deberán ser entrevistados, disponiendo, tan pronto como sea posible, de un informe psicológico y social, que se presenta más adelante al director del establecimiento para que decida sobre el lugar adecuado en el que se le debe instalar.

El ambiente físico también es de extrema importancia, ya que deberá cumplir los requisitos mínimos que garanticen la dignidad de quien allí se encuentre privado de su libertad. La primera parte de la regla 32 determina que *el proyecto de los centros de detención para los jóvenes y el entorno físico deben corresponder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los jóvenes internados, en tratamiento, teniendo debidamente en cuenta su necesidad de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades deportivas, ejercicios físicos y actividades de entretenimiento.*

La educación de los menores es uno de los puntos principales que deben cumplir los centros de detención, debiendo todo joven recibir una educación adaptada a sus edades y capacidades, destinada a prepararlo para su reintegración a la vida en sociedad.

Además del estudio, los centros de detención también deben preocuparse por la formación profesional de los menores, preparándolos para ser absorbidos por el mercado de trabajo.

Como sucedería con los mayores, imputables, a los jóvenes infractores se les deben ofrecer todas las condiciones necesarias para su reintegración, convirtiéndolos en personas útiles. Sin embargo, en la práctica la realidad es otra. Los menores son arrojados en los calabozos, alejados de sus familias y amigos, maltratados por aquéllos que deberían cuidar de su seguridad, golpeados por otros menores, autores de infracciones graves que, debido a la falta de una clasificación adecuada, se encuentran internados con otros que han cometido delitos de menor gravedad, no se les ofrece la necesaria educación escolar, no están preparados para el mercado laboral, en definitiva, se les niega un mínimo de dignidad.

Por consiguiente, no se puede exigir que salgan mejores del sistema de lo que entraron, sino que, por el contrario, la tendencia natural es una mera transferencia de dirección; es decir, cuando salen de una institución para menores, regresan a la sociedad y, en poco tiempo, después de cometer una nueva infracción penal, son transferidos al sistema penitenciario, con el que prácticamente están familiarizados. Centros de detención de menores o cárceles para mayores es una cuestión sólo de denominación, ya que ambas instituciones son equivalentes en los vicios y los males.

La gran mayoría de los jóvenes que forma parte del sistema de penas, que les es propio también, sufre con el proceso de selectividad. Eso significa que, también en este ámbito punitivo, hay una selección predeterminada de quien, efectivamente, caerá en las “garras” de la Justicia de Menores; es decir, hay también aquí un proceso natural de selección, donde sólo los jóvenes pertenecientes a las estratos sociales más bajos son los que van a sufrir el rigor de la legislación a la que parecen estar destinados.

Al igual que con la aplicación de la ley penal para los inimputables, hay un cruel proceso de selección de los jóvenes pobres, que pertenecen, a menudo, a familias socialmente desestructuradas. El abandono de los padres, el alcoholismo,

la adicción a los narcóticos, la miseria, en última instancia, este conjunto de factores crea una fórmula casi que infalible: la delincuencia.

F. Caño, aunque haya hecho un diagnóstico de las infracciones practicadas por menores en la ciudad de Barcelona, España, sus conclusiones pueden ser entendidas genéricamente, porque, como apunta: “la distribución local de los menores delincuentes generalmente coincide con los barrios de mayor miseria. El foco más intenso de criminalidad juvenil se halla en las calles donde reina el vicio en sus formas más groseras: en las habitadas por ínfimas prostitutas, por profesionales del delito, vagos y todo género de maleantes, gentes cuya vida transcurre bordeando o cayendo dentro del Código Penal, y mezcladas con estas variedades del hampa conviven gran número de familias pobres”.²⁹⁴

Por otro lado, no es infrecuente que los jóvenes de las clases sociales más ricas también cometan delitos, especialmente los relacionados con el uso de drogas. Sin embargo, la gran mayoría conseguirá librarse de la Justicia. Es la dureza de la realidad selectiva, ofensiva al principio de igualdad.

6. PRIVACIÓN DE LIBERTAD (*INTERNAMIENTO*) EN VIRTUD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Puede suceder que quien haya cometido un hecho típico e ilícito no sea considerado culpable, y, por tanto, se le exima de responsabilidad penal, dado que, en el momento de la comisión de su acción u omisión, por alguna anomalía o trastorno psíquico, no podía comprender la ilegalidad del hecho o actuar en consecuencia.

Del mismo modo, estarán exentos de responsabilidad penal, como afirma el artículo. 20,1 Código Penal español *el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que*

²⁹⁴ CANO, F. *El crimen tampoco es cosa de niñas: cuentos y cuentas del tribunal tutelar de menores de Barcelona*, p. 177.

produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiera previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Para estos casos, por lo general, las legislaciones prevén las llamadas *medidas de seguridad*, que pueden ser *privativas o no privativas de libertad*. Las medidas de seguridad privativas de libertad son cumplidas en los centros psiquiátricos, también conocidos en algunos países, similar a lo que sucede en Brasil, como manicomios judiciales.²⁹⁵

Los criterios esenciales contenidos en la jurisprudencia europea sobre los derechos humanos, contemplan, conforme destaca M. Desviat Muñoz, del Instituto Psiquiátrico del Servicio de Salud Mental José Germain Leganés (Madrid):

“a) El internamiento como una medida excepcional. b) Se considera el trastorno mental en continua evolución por los progresos de la psiquiatría y los cambios de actitud de la población. c) Que no pueda prolongarse el internamiento si no persiste la perturbación mental que la ocasionó. d) Necesidad de control judicial en los internamientos involuntarios. e) Que el paciente tenga la posibilidad de ser oído personalmente o, en su caso, mediante alguna forma de representación; que sea informado de las condiciones del internamiento, que la decisión judicial se adopte en breve plazo. f) Las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias por la situación

²⁹⁵ “Al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquélla radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la *culpabilidad* o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la *peligrosidad* de éste. Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que una determinada persona cometa en el futuro un delito. El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es de naturaleza *preventivo-especial*. El delincuente es objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal* – parte general, p. 52-53).

psicopatológica y el encuadre terapéutico”.²⁹⁶

A pesar de que existan reglas básicas destinadas a regular el internamiento de aquél que está siendo sometido a la medida de seguridad, tal como sucede con las cárceles, los centros psiquiátricos pueden ser considerados tan malos o incluso peores que las propias cárceles.

Los presos, a menudo, son arrojados en lugares fétidos, atados, encadenados, drogados, maltratados física y psicológicamente, violados sexualmente, dejados sin alimentos, tratados por una cantidad insuficiente de funcionarios, que carecen de las habilidades técnicas necesarias para la función que realizan. En definitiva, los centros psiquiátricos pueden llegar a ser, como sucede en gran parte de los países, verdaderos “centros de horror”.

Aquellos que visiten una de estas instituciones no olvidarán nunca las imágenes que periódicamente rondarán sus mentes. Son imágenes chocantes, de internos que se autolesionan, que introducen en sus cuerpos los más variados objetos, que gritan sin parar por aquéllos que jamás les oirán. Estas escenas son retratos reales de una historia de horror, donde los internos son olvidados o, lo que es común, abandonados en estos centros de internamiento, donde permanecen esperando que llegue la muerte.

Esta situación no ha pasado desapercibida por las Naciones Unidas, que adoptó, a través del Doc. A/46/49 del 17 de diciembre de 1991, los Principios para la Protección de personas afectadas de trastornos mentales y para mejorar la atención a la salud mental.

En lo que respecta específicamente al lugar donde debe aplicarse la medida de seguridad, se establecen los derechos y las condiciones de vida que deben cumplir los establecimientos de salud mental; es decir, los centros psiquiátricos o manicomios judiciales, pudiéndose destacar, entre ellos, el derecho de ser plenamente respetado y reconocido como persona, en cualquier lugar; su privacidad; la libertad de comunicarse con otras personas, ya sea dentro o fuera

²⁹⁶ DESVIAT MUÑOZ, Manuel. *El internamiento psiquiátrico en España*. In <http://www.dinarte.es/salud-mental/pdfs/internam.pdf> (disponible el 12/05/2009).

del establecimiento; libertad de acceso a los servicios postales, telefónicos, a los medios de comunicación (periódicos, revistas, televisión, etc.); la libertad de tener acceso a su abogado, la libertad de expresar su fe religiosa, etc.

Aunque el hecho penal cometido por quien se encuentra sometido a la medida de seguridad haya sido grave, la finalidad de su internamiento es intentar hacer que se recupere, aunque, como es sabido, tales tratamientos que afectan la parte psicológica y mental del internado no son fáciles.

El Estado debe esforzarse para que el inimputable regrese a la vida en sociedad en condiciones normales, controlando su enfermedad mediante fármacos, así como tratamientos terapéuticos que preserven la dignidad como persona.

En los principios adoptados por la ONU, también se regula que el medio ambiente y las condiciones de vida en los centros de salud mental deben acercarse, lo más posible, a las condiciones de vida normales; es decir, las personas no pueden sentirse en un entorno totalmente ajeno, de manera que el centro debe contar con instalaciones destinadas a actividades recreativas y de ocio; instalaciones educativas; instalaciones para la adquisición o la recepción de artículos para la vida diaria, recreación y comunicación; instalaciones, y estímulo para su uso, para la participación del usuario en ocupaciones activas adaptadas a sus tradiciones culturales, así como medidas adecuadas de rehabilitación profesional para promover la reintegración en la comunidad.

Siempre que sea posible, los reclusos deben realizar las actividades laborales, especialmente las con finalidad terapéutica, ocupacional, lo que no impide, sin embargo, que, efectivamente, basándose en su capacidad individual, puedan ejercer una actividad remunerada a un nivel profesional. Lo que no se puede tolerar es la explotación, es decir, si el recluso realiza algún tipo de trabajo que tenga un valor comercial, su esfuerzo deberá, obligatoriamente, ser remunerado. Esta remuneración debe ser igual a la que se pagaría a cualquiera otro trabajador en una situación de normalidad.

Los servicios para los reclusos, que se van a establecer en el centro, deben ser prestados por profesionales cualificados; es decir, por médicos y otros profesionales cualificados, en un número suficiente y con un espacio adecuado para proporcionar a cada paciente la intimidad, así como un programa terapéutico que tenga por objetivo cumplir la función destinada a la medida de seguridad.

Además del personal cualificado, el centro deberá disponer de todos los equipos que sean necesarios y deben estar disponibles los medicamentos destinados a servir, de la mejor manera posible, a las necesidades de salud del usuario, suministrándose sólo con propósitos terapéuticos o diagnósticos, sin que pueda admitirse como castigo o para la conveniencia de la administración del centro.

Lamentablemente, aún son comunes los casos donde los pacientes son mantenidos sedados buena parte del día, quedando en estado de letargo, aislados de todo y de todos. Su mundo se reduce a su mente. Son inocuizados a través de medicamentos, ya que así, no causan ningún “trastorno” en el lugar de su internamiento.

Para una mayor seguridad de los internados, todos los tratamientos deberán consignarse en el centro médico, permitiendo una revisión por parte de los órganos competentes.

La realidad de los hospitales psiquiátricos judiciales o centros psiquiátricos, en la mayoría de los Estados, no se ajusta a lo expuesto. Hay movimientos dirigidos a impedir el internamiento de las personas sometidas a medidas de seguridad. Sin embargo, a pesar de que tal posición sea loable, existen, realmente, casos graves, que no permiten que los pacientes reciban tratamiento en ambulatorio, es decir, sin la necesidad de hospitalizarles.

Hay personas que, afectados por una enfermedad mental, se comportan de manera extremadamente agresiva, siendo consideradas peligrosas no sólo para la sociedad en general, sino también para ellas mismas. Por consiguiente, los centros psiquiátricos aún son necesarios. Sin embargo, su existencia debe estar sujeta a

requisitos mínimos, como los establecidos por la declaración de principios destinados a la protección de personas afectadas de trastorno mental, de la ONU.

La observancia de estos principios debe ser revisada por los órganos competentes, pudiéndose destacar, entre ellos, la Fiscalía y el propio Poder Judicial, que se considera como el competente para determinar el internamiento. Sólo a través de este control, que tendría como objetivo identificar las carencias de los centros, así como impedir cualquier tipo de conducta que atente contra la dignidad de los internos, es que se podrá tolerar, incluso hoy, este tipo de hospitalización.

7. ABSOLUTISMO *VERSUS* UTILITARISMO

Mucho se ha discutido últimamente sobre las funciones que deben atribuirse a las penas.

La pena ¿debe tan sólo prevenir al agente infractor por el mal que el mismo practicó a través de la comisión de una infracción penal, o debe ir más allá, tratando de tener, además de la efectiva reprobación, un propósito utilitario, es decir, intentar impedir que se cometan futuros delitos? La pena ¿debe ser entendida sólo como un acto de venganza pública, compensando el mal producido por el agente infractor, o debería ser vista como un instrumento cuya aplicación tratará de garantizar, en el futuro, una mayor seguridad para la vida en sociedad?²⁹⁷

²⁹⁷ Lardizábal y Uribe, disertando sobre el tema, ya en 1782, apuntaba: “El derecho de imponer penas es tan propio y peculiar de la sociedad, que nació con ella misma, y sin él no podría subsistir. Como el primero y principal fin de toda sociedad sea la seguridad de los ciudadanos y la salud de la república, sigue por consecuencia necesaria, que éste es también el primero y general fin de las penas. *La salud de la república es la suprema ley*. Pero además de este fin general, hay otros particulares subordinados a él, aunque igualmente necesarios, y sin los cuales no podría verificarse el general. Tales son la corrección del delincuente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad: el escarmiento y ejemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo; la seguridad de las personas y de los bienes de los ciudadanos; el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social, o a los particulares” (LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*, p. 156).

Señalar las funciones que deben atribuirse a las penas ayudará a establecer la crítica sobre el sistema penitenciario. Por ejemplo, si uno de los objetivos es la efectiva resocialización del condenado, el sistema penitenciario debe estar dispuesto a cumplirlo. Por otra parte, si la idea es sólo la aplicación de la privación de libertad, como retribución al mal practicado por el agente infractor, el discurso penitenciario será otro.

Tal como apunta Ferrajoli, son teorías absolutas todas las doctrinas que conciben a la pena como un fin en sí mismo; es decir, como un ‘castigo’, ‘reacción’, ‘reparación’ o, incluso, ‘retribución’ del delito, justificada por su intrínseco valor axiológico, es decir, no un medio, y tampoco un coste, pero, sí, un deber ser metajurídico que posee en sí su propio fundamento. Son, al contrario, ‘relativas’ todas las doctrinas *utilitaristas*, que consideran y justifican la pena como un medio para alcanzar el fin utilitario de la prevención de futuros delitos.²⁹⁸

Las teorías absolutas, con una mirada hacia el pasado, o simplemente por el delito cometido por el agente infractor, abogan por la teoría de la retribución, siendo que las teorías relativas, con la vista puesta en el futuro, trata de prevenir otros delitos y defienden la prevención.

En la reprobación, según preconiza la teoría absoluta, reside el carácter retributivo de la pena. En este sentido, Roxin apunta que: La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la perspectiva de algún fin socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y espía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría ‘absoluta’ porque para ella el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la

²⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 204.

pena debe ser justa y esto presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense.²⁹⁹

La sociedad en general está satisfecha y, de hecho, trata de hacer tan sólo que la pena tenga este propósito, ya que tiende a hacer con ella una especie de “pago” o compensación al condenado que ha cometido la infracción penal, siempre que, obviamente, la pena sea, por lo menos, privativa de libertad. Si al condenado se le aplica una pena restrictiva de derechos o incluso una multa, la sensación para la sociedad es de impunidad, ya que el hombre, lamentablemente, todavía se regocija con el sufrimiento causado por el encarcelamiento del infractor.

La razón para la adopción de una teoría minimalista, equilibrada, del Derecho Penal, deja a un lado todas las hipótesis de encarcelamiento que no son extremadamente necesarias para el mantenimiento de la sociedad.

Sarrule, criticando el pensamiento retribucionista atribuido a la pena, apunta que el fin de la pena no es atormentar al reo para anular el mal que el delito implica. En efecto, atormentar al reo no anula el mal que el mismo generó, al contrario, genera una nueva espiral de violencia que no puede, por sus características, volver las cosas a su estado anterior. La venganza implica una pasión, y las leyes, para salvar la racionalidad del derecho, deben estar libres de pasiones.³⁰⁰

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*, t. I, p. 81-82.

“La pena privativa de libertad ejecutada exclusivamente como venganza, ejemplo, expiación o retribución no tiene ningún sentido práctico para la colectividad que no puede eliminar de su seno definitivamente al individuo asocial o inadaptado. Si no se proyecta conseguir un cambio de actitud en el penado el único efecto de utilidad social que se consigue es satisfacer momentáneamente a los ciudadanos perturbados por el crimen brindándoles una sensación de mayor protección frente a futuras intranquilidades en la convivencia. El mantener encerrada una persona sin más objetivo, como único recurso para luchar contra la delincuencia, no es remedio suficiente para conseguir, a medio o largo plazo, la paz social interrumpida por las actividades ilegales de ciertos individuos. Como la pena justa ha de ser proporcionada al hecho y a la culpabilidad del sujeto, sino que, pasado un tiempo de privación de libertad, esa persona ha de retornar a la sociedad siendo deseable el conseguir que reinicie una convivencia armónica con sus congéneres”. (RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia. *Elementos básicos de investigación criminal*, p. 360).

³⁰⁰ SARRULE, Oscar Emílio. *Las crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, p. 32.

Como se puede ver, las opiniones de los partidarios de la teoría absoluta, que predicán que la retribución del mal cometido por el agente infractor (la comisión de un delito corresponde a una pena) se dirige al pasado, mientras que los seguidores de la teoría relativa dirigen su enfoque hacia el futuro, es decir, a través de la prevención de nuevas infracciones penales. La teoría relativa, por tanto, se considera utilitarista en cuanto habla de la utilidad de la aplicación de la pena.³⁰¹

La concepción retributiva de la pena parte del presupuesto de que el hombre es libre, que posee el derecho y la facultad de escoger entre el bien y el mal. Si se opta por hacer el mal, debe recibir la sanción previamente determinada por el Estado. Su preocupación no está en la prevención de futuros actos similares cometidos por el propio agente infractor, o incluso por otros. Por consiguiente, la teoría retributiva se conoce, también, como una teoría absoluta, dado que la pena es un fin en sí mismo.

Esta concepción retributiva, especialmente en el pensamiento de Kant, surgió en un Estado Liberal, que suponía que todos eran iguales ante la ley. Sin embargo, este concepto de igualdad formal no es suficiente. ¿Qué igualdad podría haber entre un hombre que se crió en un entorno de pobreza absoluta, y otro en una “cuna de oro”? La inmensa mayoría de los delincuentes procede de las clases sociales más bajas y desfavorecidas. Así, Santiago Mir Puig, pregunta: “¿Puede pretenderse que el delito producto de esta desigualdad deba castigarse porque así lo reclama la Justicia?”³⁰²

³⁰¹ Conforme apunta S. Mir Puig, la teoría retributiva “responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia ‘triunfe’. La pena no aparece entonces como un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor Justicia. ‘La ley penal – decía Kant en la *Metafísica de las costumbres* – es un imperativo categórico’. Su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad: Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia” (MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, p. 38).

³⁰² MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, p. 40.

Aunque sea criticable este razonamiento propuesto por la teoría de la justicia retributiva, su surgimiento en el siglo XVIII, tuvo como fundamento la limitación de la facultad discrecional que se refería a la aplicación de sanciones. Si la sanción es una compensación, debe ser proporcional al mal. Por consiguiente, el examen no permite que se castigue en base a la gravedad de los hechos cometidos.

La teoría relativa, por otra parte, bajo el enfoque utilitarista, se basa en el criterio de la prevención, que se divide en:

- a) prevención general – negativa y positiva;
- b) prevención especial – negativa y positiva.

En lo que se refiere a la teoría de prevención general, Roxin apunta que según esta teoría, el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no *especialmente* sobre el condenado, sino *generalmente* sobre la comunidad. Por esa razón se habla de una teoría de la prevención general”.³⁰³

La teoría de la prevención general fue desarrollada con mayor eficacia por Paul Johann von Feuerbach Anselmo³⁰⁴, extrayéndola de una teoría que él mismo había formulado, denominada "teoría psicológica de la coacción”.³⁰⁵

³⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho penal* - parte general, tomo I, p. 89.

³⁰⁴ Cuando trata acerca de la importancia de Feuerbach en el desarrollo de las ideas preventivas, Jescheck apunta que “las teorías penales de los siglos XVII y XVIII habían estado ciertamente determinadas por las ideas preventivas, pero únicamente *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), el más grande criminalista alemán de la primera mitad del siglo XIX, distinguió desde el punto de vista teórico claramente entre prevención general y prevención especial. *Feuerbach* vinculó la prevención general a la conminación penal, haciendo de ella el centro de su sistema. De este modo condujo la teoría penal de la Ilustración a su cénit. *Feuerbach* no se apoyaba ya en el utilitarismo clásico de *Beccaria* y *Bentham*, sino que intentaba extender un puente entre su teoría y la ética kantiana. La *conminación* penal tenía que producir ‘prevención general a través de la coacción psicológica’; la *imposición* de la pena sólo venía a demostrar que se pensaba realmente llevarla a la práctica. ‘El Estado [...] debe preocuparse de impedir psicológicamente al que tiene

La prevención general se puede analizar desde dos perspectivas. A través de la prevención general negativa, también conocida como prevención por intimidación, la pena aplicada al autor de la infracción penal tiende a reflejarse en la sociedad, permitiendo así que los demás ciudadanos, que están pendientes de condena de uno de ellos, puedan reflexionar antes de cometer una infracción penal.

Según Hassemer, con la prevención por intimidación, existe la esperanza de que los conciudadanos, con inclinaciones hacia la comisión de delitos, puedan ser persuadidos, a través de la respuesta sancionadora a la violación del Derecho ajeno, previamente anunciada y a comportarse de acuerdo con el Derecho; esperanza, en última instancia, de que el Derecho Penal ofrezca su contribución a la mejora de la sociedad.³⁰⁶

A través de este aspecto de la prevención general, en su perspectiva negativa, se advierte a la sociedad acerca del Derecho Penal, tanto mediante amenaza de la pena, en abstracto, contenida en la ley, como también en la posibilidad de que esta misma ley se aplique, generando la condena de uno de sus compañeros. En este último caso, el agente, en efecto, sirve como un ejemplo³⁰⁷ para los demás, de manera que su condena se refleja en su entorno social, provocando la comprensión de todos aquellos que lo rodean, o que, al menos, hayan tenido conocimiento de su condena y de las consecuencias por haber cometido una determinada infracción penal.³⁰⁸

inclinaciones delictivas, que se comporte realmente de acuerdo con esas inclinaciones””. (*Tratado de Derecho Penal*, p. 99-100).

³⁰⁵ “Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una ‘coacción psíquica’ para abstenerse de la comisión del hecho” (ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, tomo I, p. 89-90).

³⁰⁶ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*, p. 34.

³⁰⁷ Conviene destacar la posición de Ferrajoli, cuando afirma que “más que cualquiera otra doctrina utilitarista, esta idea de función ejemplar de la ejecución de la pena da lugar, en efecto, a la objeción kantiana según la cual ninguna persona puede ser utilizada como medio para fines a ella extraños, aunque éstos sean sociales y encomiables” (*Direito e razão*, p. 223).

³⁰⁸ En ese sentido, apunta Jesús-María Silva Sánchez que: “El aspecto de prevención general negativa constituye un elemento común entre las finalidades del moderno Derecho Penal y las

Adhiriéndonos a la opinión de Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar, la lógica de la disuasión intimidante propone el uso libre de una persona como recurso o instrumento empleado por el Estado para sus propios fines: la persona desaparece, reducida a un medio al servicio de los fines estatales.³⁰⁹

Por otra parte, a través de la prevención general positiva, la pena ejerce otra función, que no es la del simple uso de “chivo expiatorio”, cuyo castigo servirá de ejemplo para los demás miembros de la sociedad.³¹⁰

Aunque sean importantes los razonamientos sobre las funciones atribuidas a las penas, teniendo en cuenta la prevención general – positiva y negativa -, en muchos países, como sucede en Brasil, estos argumentos son puramente teóricos y están muy alejados de la realidad. La certeza de la impunidad hace que la población se sienta insegura, incluso con la existencia de tipos penales que prohíben una conducta considerada grave. La cifra negra es sobrecogedora. Los índices de infracciones penales practicadas, que no llegan al conocimiento oficial del Estado, son alarmantes. Además, el retraso de la Justicia en el juicio de las causas penales contribuye a aumentar esta sensación de inseguridad, ya que, frecuentemente, se produce la prescripción.

propias del Derecho penal previo a la modernidad. Derecho penal privado y medios del control social informal. Se trata, pues, según parece, de una constante característica del fenómeno punitivo: sus efectos de intimidación. Tal efecto, sin embargo, no siempre se ha ubicado en el mismo momento del ‘iter’ de la pena. Así, tradicionalmente ha sido vinculado a la imposición de la pena concreta y, todavía más, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido aflictivo. Al respecto, la gran novedad introducida por el liberalismo es que el cumplimiento de los fines de prevención general pasa a situarse en un nivel anterior, concretamente en el de la conminación penal típica” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 212).

³⁰⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. I, p. 120.

³¹⁰ En realidad, como apunta Roxin: “en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ‘ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de ‘prevención integradora (ROXIN, Claus. *Derecho penal* - parte general, tomo I, p. 91-92).

Incluso en caso de condena, no se produce un efecto intimidatorio, ya que la población en general atribuye esto a la casualidad. Además, en muchos presidios brasileños, hay una desmoralización con respecto al cumplimiento de la sentencia. Hay casos, incluso, en que los presos, después del recuento nocturno, salen libremente de las cárceles para cometer delitos durante la madrugada y por la mañana, estar de vuelta en sus celdas, con una coartada perfecta: Si estaba preso, ¿cómo podría él ser el autor del delito cometido a kilómetros de distancia del presidio?

Por otra parte, con enfoques distintos de los anteriores, hay un fin preventivo especial de la pena, que puede presentarse también en sus dos sentidos: positivo y negativo.

A través de la prevención especial negativa, se intenta llevar a cabo la neutralización de quien cometió la infracción penal, neutralización que se realiza con su segregación en la cárcel, retirando al agente infractor momentáneamente de la convivencia social, impidiéndole que cometa nuevas infracciones penales, por lo menos en la sociedad de la cual fue retirado. La neutralización del agente infractor, como se percibe, sólo se produce cuando al mismo se le aplica una pena privativa de libertad.

Conforme al razonamiento de la prevención especial positiva, según Roxin, “la misión de la pena consiste únicamente en hacer que el autor desista de cometer futuros delitos”.³¹¹ Para Cezar Roberto Bitencourt, “la prevención especial no tiene por objeto la intimidación del grupo social ni tampoco la retribución del hecho cometido, teniendo sólo como objetivo aquel individuo que ya delinquiró para hacer que no vuelva a transgredir las normas jurídico-penales”.³¹²

Al igual que con la prevención general – positiva y negativa -, la pena tampoco cumple con su función preventiva especial – positiva y negativa. Ello obedece a que en presidios de todo el mundo, especialmente aquellos ubicados en los países subdesarrollados y en desarrollo (como es el caso de Brasil), se cometen

³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 85.

³¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 81.

numerosos delitos por los reclusos dentro del sistema penitenciario. Los grupos de delincuentes organizados continúan liderando desde dentro de la cárcel, por ejemplo, el comercio ilícito de drogas; los asesinatos se cometen contra otros presos; las palizas y el consumo de drogas son constantes, etc. La segregación momentánea de aquel que ha cometido una determinada infracción penal no le impide que cometa otras, a veces incluso más graves que la que lo hizo que ingresara en el sistema penitenciario.

Del mismo modo, la prevención positiva especial, es decir, la resocialización, se convierte en una lucha, casi siempre sin gloria, de regreso del condenado a la vida en sociedad, bajo condiciones tales que permitan que se aleje de la “vida del delito”.

La resocialización talvez sea el “talón de Aquiles” del sistema penitenciario. Los alarmantes índices de reincidencia demuestran que el plan de resocialización del Estado no funciona en la gran mayoría de los Estados. La sociedad, sin embargo, tiene su parte de culpa, ya que, difícilmente, el mercado de trabajo privado ofrece empleo a quien acaba saliendo de la cárcel, es decir, a quien ha terminado de cumplir su pena y que, ahora, se encuentra en libertad, buscando un entorno legítimo de supervivencia.

De hecho, no se puede exigir demasiado de la sociedad, es decir, no se la puede obligar a creer en la transformación de quien, a menudo, ha cometido delitos graves. ¿Quién daría empleo, por ejemplo, a un ex recluso, que ha sido arrestado por haber cometido un delito de estupro? O incluso ¿a quién ha cometido un delito de robo seguido de muerte? Esta respuesta no es fácil, especialmente por el hecho de que los índices de reincidencia demuestran, como hemos dicho, el fracaso del Estado con respecto a su meta de resocialización.

No resulta extraño que un recluso que ha salido de la cárcel y trabaja en alguna actividad lícita, vuelva a cometer delitos, sobre todo teniendo en cuenta los bajos salarios que reciben, en comparación a las ganancias “fáciles” del crimen. En Brasil, mientras un trabajador normal recibe un salario mínimo por mes (180

€), el tráfico de drogas proporciona el mismo salario por semana, o hasta en un menor número de días. La competencia, realmente, es desigual.

Sin embargo, no podemos desistir. El Estado debe ser activado por las autoridades competentes para que pueda desempeñar sus funciones sociales, socializando a su población más necesitada, evitando así la entrada en la “carrera del delito”. Las desigualdades sociales deben reducirse al mínimo para evitar la rebelión de los que no tienen nada para comer, vestir o donde vivir.

Para que la pena pueda realizar sus funciones, Foucault defiende la adopción de siete principios fundamentales:

1. Principio de corrección (la detención penal debe tener como función esencial la transformación del comportamiento del individuo).

2. Principio de clasificación (los detenidos deben estar aislados o al menos distribuidos según la gravedad penal de su acto, pero sobre todo según su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se tiene intención de utilizar con ellos y las fases de su transformación).

3. Principio de la modulación de las penas (el desarrollo de las penas debe poder modificarse de acuerdo con la individualidad de los detenidos, los resultados que se obtienen, los progresos o las recaídas).

4. Principio del trabajo como obligación y como derecho (el trabajo debe ser uno de los elementos esenciales de la transformación y de la socialización progresiva de los detenidos).

5. Principio de educación penitenciaria (la educación del detenido es, por parte del poder público, una precaución indispensable en interés de la sociedad a la vez que una obligación en relación al detenido).

6. Principio del control técnico de la detención (el régimen de la prisión debe ser, por una parte al menos, controlado y tomado a cargo por un personal especializado que posea la capacidad "moral" y técnica para velar por la buena formación de los individuos).

7. Principio de las instituciones anexas (la prisión debe ir seguida de medidas de control y de asistencia hasta la readaptación definitiva del ex-detenido).³¹³

A estos principios nos atreveríamos a añadir uno más que, sin duda, en nuestra opinión, es el más importante de todos, es decir: el *principio del cristianismo*. El condenado debe tener al menos el derecho a conocer la Palabra de Dios. Este conocimiento le llevará a adaptarse más fácilmente a las normas de la prisión, haciéndolo apto para cumplir las determinaciones que se le imponen.³¹⁴

S. Mir Puig añade que la lucha, entre las teorías mencionadas anteriormente, que tuvo lugar en Alemania a principios del siglo XX, acabó tomando una dirección ecléctica, iniciada por Merkel. Tal como la posición asumida por la legislación penal brasileña, Mir Puig entiende que “la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo de la pena”.³¹⁵

Por consiguiente, en su opinión, cuando se aplica la pena, deberá atender a sus finalidades de *retribución*, de manera que sea proporcional al mal cometido por el agente infractor y a la comisión de delitos futuros, ya sea por el propio condenado (prevención especial – positiva y negativa), ya sea por la sociedad donde el mismo se encuentra insertado (prevención general – positiva y negativa).

8. ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS

8.1. Introducción

³¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 224-225.

³¹⁴ Aquellos que se ocupan de la Justicia Penal pueden ser testigos de la diferencia entre un preso convertido, es decir, que ha tenido un encuentro verdadero con Jesús, y el que no ha tomado esta decisión de vida. Raramente los presos convertidos causan algún problema durante la ejecución de su sentencia. No se rebelan, atienden a todas las autoridades, optimizan su tiempo con trabajo, ocio y, especialmente, con el conocimiento diario de las Sagradas Escrituras. Los presos buscan con los otros internos convertidos una palabra de consuelo, consejos que les ayudarán para que puedan cumplir, sin problemas, las penas impuestas por el Estado. Por tanto, debemos animar a que en las prisiones haya celdas específicas para los presos convertidos, para que puedan profesar su culto, atrayendo la atención de los demás, que percibirán en ellos un cambio de comportamiento.

³¹⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*, p. 56.

Nos hemos ocupado de la relevancia de la política penal en relación al desarrollo de estrategias dirigidas a la reducción de la delincuencia a niveles tolerables. Según la visión política que se adopte – tanto minimalista como maximalista -, se producirá un impacto significativo en el sistema penitenciario, ya sea disminuyendo la población carcelaria, ya sea aumentando, de forma alarmante, el número de reclusos.

Sin embargo, no son sólo los estudios político-penales los que se repercuten sobre el sistema penitenciario. La criminología también tiene un importante papel en el hallazgo de las causas que conducen a la comisión de un delito que, en el futuro, formará parte de las estadísticas penitenciaria. Por consiguiente, los estudios criminológicos son muy valiosos y contribuyen, también, a combatir las causas del delito, determinando, por tanto, que el índice de encarcelamiento pueda disminuir.³¹⁶ Compartimos con García-Pablos de Molina, que la prevención del delito es una de las preocupaciones de la moderna criminología, ya que, - descartando los programas de disuasión clásica, por ser muy simplistas, y los maximalistas, que han demostrado ser incompatibles con las exigencias de un Estado de derecho,- se examina con unos criterios etiológicos la efectividad real de los numerosos programas conocidos. Incluso, se hacemos la ponderación del coste social inherente, y de la naturaleza o la dimensión “primaria”, “secundaria” o “terciaria” del propio concepto de prevención que inspira estos mismos programas.³¹⁷

³¹⁶ “El tratamiento jurídico del castigo no se hace exclusivamente por la Dogmática Jurídica Penal, sino también y cada vez de un modo creciente, por la Criminología correccional. Para la Criminología correccional el delincuente se ve como un sujeto con anomalías y, en consecuencia, como alguien susceptible de un tratamiento – la palabra usada es intervención -. La idea de intervención es difícilmente planteable desde postulados exclusivamente normativos. De ahí que la Criminología correccional sea necesaria. Esto no supone un retroceso del Derecho o de la legalidad, como algunos han pretendido, sino que el delito ha dejado de ser una noción de Derecho puro y de la competencia exclusiva de los especialistas del Derecho, sometida únicamente a criterios y parámetros jurídicos. Hay que hablar de la sanción penal como intervención, idea ésta en la que el Derecho penal y la Criminología correccional se dan la mano. La sanción penal como intervención intenta buscar la eficacia preventiva, como medio de protección social frente a delitos futuros” (FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿ derecho a castigar?*, p. 34-35).

³¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Los retos de la moderna criminología empírica*, p. 694-695.

De todo ello se deduce la importancia de los estudios realizados por la Criminología que, inevitablemente, han repercutido también en el sistema penitenciario. Estos estudios sirven de base, incluso, para los programas político-penales, que orientan el pronunciamiento legislativo.³¹⁸

Aunque no se pueda atribuir una definición única al término de criminología, podemos definirla como una ciencia interdisciplinar que tiene por objeto el estudio de la “conducta delictiva y la reacción social”.

Interdisciplinar porque, a pesar de su título sugestivo – criminología –, las ciencias penales no se ocupan sólo de su estudio, sino que también es objeto de atención por parte de otras áreas, como la sociología, la psicología, la psiquiatría, la antropología y la medicina forense, entre otras.

Con respecto a las ciencias penales propiamente dichas, la criminología sirve más como un instrumento de análisis de la conducta delictiva, de sus orígenes, de las razones por las cuales se delinque, quién determina lo que se castiga, cuándo se castiga, cómo castigar, y lo que se pretende es buscar soluciones que eviten o incluso reduzcan la comisión de delitos. El estudio realizado por el criminólogo, de hecho, no se limita a una conducta delictiva en sí, sino que trata de descubrir su génesis, retrocediendo, como un “historiador del delito”, en busca de sus posibles causas.

La investigación del criminólogo, olvidando momentáneamente el acto criminal cometido, se sumerge en el seno de la familia del delincuente, en su

³¹⁸ “La actual denominación (Criminología) de esta disciplina tiene su origen, al parecer, en el antropólogo francés Toppinard (1830-1911), si bien sólo adquirió carta de naturaleza gracias a la célebre obra de Garofalo, publicada seis años después, en 1855. Históricamente, tuvieron gran eco otras denominaciones: Antropología criminal, Biología criminal, Psicología criminal, Sociología criminal, que hoy pueden reputarse equívocas y superadas, pues responden a enfoques parciales o especializados de la investigación criminológica. Es obvio que, en su génesis, el proceso de configuración de la Criminología como disciplina independiente arranca de la Antropología, de la Psicología y de la Biología, para nutrirse después de la savia de la Sociología, creándose progresivamente un núcleo de conocimientos que fue venciendo el obstáculo centrífugo de los saberes fragmentarios y especializados. Por tanto, no puede identificarse la Criminología con ninguno de ellos. Como se ha dicho gráficamente: *La Criminología es más que la Sociología Criminal, que la Biología o la Psicología Criminal; algo más que la Fenomenología o la Etiología Criminal, que la Criminalística o que la Profilaxis y la Penología, pues comprende el inventario general de las realidades del delito, de la criminalidad, de su lucha y prevención*” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*, p. 59-60).

entorno social, en las oportunidades sociales que se le han concedido, en su carácter; en definitiva, más que saber si la conducta practicada por el agente infractor es típica, ilícita o culpable, se intenta investigar acerca de todo su pasado, que forma un vínculo inseparable con su comportamiento visto como criminal. Se retrocede, por último, en busca de las posibles causas del delito. Puede verse, por tanto, que el concepto criminológico de la conducta delictiva es más amplio que el adoptado por el Derecho Penal.

La reacción social también es objeto de estudio por el criminólogo³¹⁹. La reacción social da origen a un control por la propia sociedad, que puede ser entendido como *formal* o *informal*. Se entiende como formal el control que se ejerce a través de los medios oficiales de represión, como la Policía, los Fiscales, la Magistratura. Informal es el control que ejerce el propio entorno social donde el agente infractor está insertado, como su familia, escuela, vecinos, medios de comunicación, etc.

El papel del criminólogo, como se verá, resulta esencial para la comprensión y la prevención de la delincuencia.³²⁰ Los estudios que llevan a cabo los criminólogos, ejercen una gran influencia sobre el sistema penitenciario, permitiendo la adopción de políticas penales correctas, a fin de reducir la

³¹⁹ “Su extensión va desde la mera desaprobación y el control paterno de algunas conductas infantiles o juveniles inapropiadas (mediante pequeños castigos) hasta los sistemas de justicia penal establecidos por la sociedad para los delitos (leyes penales, policía, Fiscalía, Tribunales, prisiones, etc. (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 49).

³²⁰ G. Avanesov, disertando sobre el tema, apunta cuales son las funciones de la criminología: “La criminología investiga científicamente desde distintos puntos de vista las cuestiones que forman parte de su objeto: pone en claro los indicios fundamentales de la delincuencia, analiza las conexiones de causa y efecto y estudia las tendencias y leyes del fenómeno dado no sólo con la óptica de su pasado y presente, sino también con la del futuro. En el primer caso desempeñan el principal papel las funciones descriptiva y explicativa, y en el segundo, la de predicción o de pronóstico. Así, pues, la criminología tiene tres funciones fundamentales: descriptiva (o diagnóstica), la explicativa (o etológica) y la de predicción (de pronóstico). En otras palabras, en el desarrollo de esta ciencia podemos distinguir convencionalmente tres fases: la empírica (o recolectiva), en la que el investigador aclara cómo transcurre uno u otro proceso; la teórica (o explicativa), en la que el investigador procura poner en claro por qué el proceso dado transcurre de este modo y no de otro, y la de pronóstico, en la que el investigador trata de escrutar el futuro, de desentrañar las perspectivas del desarrollo del fenómeno o proceso en estudio. En esta última fase, la superior, se ponen de manifiesto todas las posibilidades que la criminología posee como ciencia. Las tres fases (funciones) mencionadas siempre se combinan y pueden ser representadas en su unidad, como función cognoscitiva que tiene también la denominada resolución práctica” (AVANESOV, G. *Fundamentos de la criminología*, p. 35-36).

delincuencia a niveles tolerables, evitando el hacinamiento en las cárceles, con todo los males que implican.

8.2. Principales áreas de estudio del criminólogo

Partiendo de que el objeto de la criminología es el análisis de la conducta delictiva y la reacción social, el criminólogo debe definir el alcance de su estudio, para evitar el peligro de perderse en divagaciones extremadamente abstractas que escapan a su propósito.

Podemos destacar como sus principales áreas de estudio: a) el delito; b) el delincuente; c) la víctima; y d) el control social.

Aunque este razonamiento no se puede calificar como absoluto, a los efectos de los criminólogos, se considera delito el definido en la ley como tal, con todos sus elementos integrantes (tipicidad, ilicitud y culpabilidad).

No podemos desarrollar ahora un estudio completo y general sobre todas las infracciones penales, dada la diversidad de las sociedades, de las costumbres, de los bienes considerados como de interés en algunas y de poca o ninguna importancia en otras. Lo que en algunas sociedades puede considerarse un delito, en otras puede ser lícito.³²¹

Será competencia del criminólogo investigar los mecanismos que hacen que algunas actividades se consideren delitos en una determinada sociedad y perfectamente lícitas en otras.

³²¹ “Una comparación formal de las conductas calificadas como delictivas en distintas legislaciones correspondientes a distintos momentos históricos, o sólo a diferentes sistemas sociales, pone de relieve la existencia de profundas diferencias de contenido. Piénsese, por ejemplo, en la evolución histórica de los delitos contra la religión y, en el momento actual, en las distintas respuestas penales frente a la interrupción voluntaria del embarazo (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal* – parte general, p. 24).

Como afirman Garrido, Stangeland y Redondo³²², hay tres principales categorías de comportamientos delictivos, tales como:

- a) los comportamientos penalizados y castigados en casi todas las sociedades modernas;
- b) comportamientos sancionados, pero sobre los cuales la ley se aplica con escasa frecuencia;
- c) los comportamientos en vía de penalización o despenalización.

Incluso si una de las principales áreas de estudio del criminólogo es la infracción penal en sí misma, habrá diferencia entre profesionales de diferentes países. Esto no impide que exista una *zona de consenso*, es decir, de estudio de infracciones penales, que, básicamente en todos los países son reconocidas como tales, como el delito de homicidio.

Otros comportamientos se encuentran en un estadio de discusión político-penal, y hay corrientes que se plantean como objetivo su prohibición por medio del Derecho Penal y otras, que defienden que no es necesaria una intervención tan radical por parte del Estado. Hay otras opiniones políticas que tienden a despenalizarlos, alejándolos fuera del Derecho Penal, tal como sucede con el uso de sustancias narcóticas, el aborto eugenésico, etc.

El delincuente es el centro de atención. Independientemente de la infracción penal que se haya cometido, los estudios criminológicos intentan averiguar por qué violó el ordenamiento jurídico. Se investiga su raíz, la génesis de la conducta delictiva, las razones que le han llevado a comportarse de manera diferente de los demás.

El estudio de la víctima, es decir, la victimología, también interesa al criminólogo bajo diversos aspectos. Podemos evaluar su contribución para el delito, es decir, si su comportamiento de alguna manera estimuló la comisión del delito, el motivo de su elección, qué tratamiento recibe del Estado, etc. Las leyes

³²² GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 62.

penales modernas, dirigen su atención a la víctima de la infracción penal, tratando de reparar los daños que la víctima ha sufrido a través de la comisión del delito.

La victimología, conforme apunta Lélío Braga Guijarro, nace del sufrimiento de los judíos en la Segunda Guerra Mundial. El Profesor Emérito de la Universidad Hebrea de Jerusalén, Benjamín Mendelsohn, sentó las bases en una famosa conferencia, *Un nuevo horizonte en la ciencia biopsicosocial: la victimología*, que pronunció en la Universidad de Bucarest, en 1947.³²³

El control social se ejerce a través de dos categorías, tal como anticipamos. Hay un control formal, realizado por profesionales vinculados directamente al Estado, como la policía, los fiscales, los jueces, etc., y otro, de carácter informal, producido por cualquier persona, pudiendo ser llevado a cabo por personas próximas al agente, como sus padres, vecinos, compañeros de trabajo, profesores, espectadores, medios de comunicación, etc.³²⁴ También es tarea del criminólogo investigar cómo se ejercen estos tipos de control y su influencia en la génesis y en el delito.

Nos adherimos a la opinión de Garrido, Stangeland y Redondo apuntan que “la delincuencia no tiene una explicación simple o soluciones fáciles, y los

³²³ CALHAU, Lélío Braga. *Vitima e direito penal*, p. 3.

³²⁴ “El derecho penal es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables socialmente. Pero es de gran importancia entender que este instrumento no es el único del que dispone el Estado para pretender evitar determinados comportamientos y que, por otra parte, la sociedad tiene además otros medios para ejercer el control social sobre las conductas de los individuos que en ella se integran. En efecto, toda sociedad genera instancias formales e informales de control social, es decir, de adecuación de los comportamientos sociales a las pautas de organización de convivencia que cada sociedad o grupo social quiere o puede marcarse.

Este control social se ejerce mediante mecanismos no formalizados jurídicamente, como las normas morales, las ideas religiosas, la educación, etc., y también, naturalmente, a través de las normas jurídicas, las generales y las penales, junto con el aparato institucional destinado a aplicarlas y hacerlas cumplir, como son los Jueces, la Policía y el sistema penitenciario. Todas esas normas establecidas formalmente con disposiciones legales y los aparatos institucionales son las instancias que realizan el llamado control social formal” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal* – parte general, p. 1-2).

estudios criminológicos deben cubrir una variedad de temas para describir y comprender el fenómeno delictivo”.³²⁵

8.3. Teorías criminológicas

Las teorías criminológicas surgieron a lo largo de los años, con el fin de explicar el problema de la delincuencia o, en sentido más amplio, “las desviaciones”. A pesar de los esfuerzos, ninguna de ellas ha sido capaz de resolver por completo el problema de las conductas delictivas y de la reacción social. Sin embargo, a partir de la teoría clásica, transitando por la positivista, para llegar a las concepciones más modernas, cada una de ellas ha realizado una importante contribución para la comprensión del estudio del delito y de sus consecuencias. Además de la pluralidad de propuestas tenemos que tener en cuenta que los las teorías y modelos que sirven para la explicación de la criminalidad están en constante revisión y reformulación.³²⁶

Siguiendo parcialmente la estructura propuesta por Garrido, Stangeland y Redondo,³²⁷ podemos, podemos destacar, entre las numerosas teorías que han surgido desde el siglo XVIII, las siguientes:

- a) teoría del delito como elección;
- b) teoría de las influencias sociales;
- c) teoría de las predisposiciones agresivas;
- d) teoría del aprendizaje de la delincuencia;
- e) teoría del etiquetado (*labeling approach*).

³²⁵ GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 73.

³²⁶ Como lo indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. “Los retos de la moderna criminología empírica”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 1, 2009, p. 701 y ss.

³²⁷ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 165.

8.3.1. Teoría del delito como elección

Toma su punto de partida de la Escuela Clásica³²⁸, denominación que corresponde a un grupo heterogéneo de autores muy diversos, anteriores al movimiento de la Escuela positiva y que se iniciaría con el iluminismo³²⁹, entre los que podemos destacar a Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Cesare Beccaria y Jeremy Bentham como algunos de sus autores más destacados.

Las ideas postuladas por la Escuela Clásica pueden seguir considerándose como la base de los modernos sistemas jurídicos-penales aplicados en todo el mundo. Con la aparición de la Escuela Clásica, en el siglo XVIII, y principalmente a través de las obras de Beccaria (1764 - *De los Delitos y de las Penas*) y de Bentham (1789 - *Introducción a los Principios de la Moral y de la Legislación*), numerosos principios comenzaron a tomar forma, como ejemplo de los principios de la necesidad y suficiencia de la pena, proporcionalidad, utilidad, prevención general y especial, *in dubio pro reo*, publicidad de los juicios, presunción de inocencia y culpabilidad, entre otros. A estos hay que sumar el principio de dignidad de la persona, que influyó en que la pena dejase de ser aflictiva, considerando el cuerpo del delincuente como su objeto principal, evolucionando hacia la privación de la libertad como pena principal. Como

³²⁸ Enrico Ferri, disertando sobre los orígenes de la Escuela Clásica, apunta: “A partir de la generosa y elocuente iniciativa de Cesare Beccaria, en los últimos años del siglo XVIII y hasta más allá de la mitad del siglo XIX, el estudio teórico de la justicia penal -que ya había perfilado precedentes sistematizaciones incompletas- dio lugar, principalmente en Italia y posteriormente en Alemania, en Francia y en otros países, que se formaba una relevante corriente científica, que se llamó y se llama ‘la Escuela Clásica Criminal’ desde que así yo la denominé. Todo ello recogido, con un sentimiento de admiración, en la introducción a los ‘nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal’ como se conocía en la universidad de Bolonia, en 1880, desde la cátedra de mi maestro Pietro Ellero, que –tras pasar por el Tribunal de Casación en Roma- me había designado como su asesor.

Y continúa el renombrado autor, diciendo: “*Como orientación político-social*, y por tanto como reacción a las influencias medievales de la justicia penal, la Escuela Clásica:

I - Fundamentó y estableció *la razón y los límites del derecho a castigar* por parte del Estado.

II - Se opuso a la crueldad de las penas, invocando y obteniendo la abolición de las penas capital, corporales e infamantes con una *mitigación general de las penas* tradicionales (detención, retención, pecuniarias, inhabilitación).

III - Reivindicó las garantías para el individuo, tanto durante el proceso penal como cuando se aplica la ley penal” (*en Principi di Diritto Criminale*, p. 37-38).

³²⁹ Advierte del carácter no homogéneo del grupo, con consecuencias a la hora de indicar sus rasgos generales SAINZ CANTERO. *Lecciones de Derecho penal*. Parte General. Bosch 1990, p. 124. La diferencia fundamental se encontraría en la inclusión o no en la Escuela Clásica de los autores del iluminismo.

afirmaba Foucault, “la prisión, pieza esencial en el conjunto de los castigos, sin duda marca un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la humanidad”.³³⁰

En La Escuela Clásica está ausente propiamente una verdadera teoría sobre las causas del delito, pues la etiología delictiva se vincula al presupuesto general del libre albedrío.³³¹ Por libre arbitrio se entiende la competencia que tiene el agente infractor de decidir entre la comisión de una conducta lícita o ilícita. Entre la elección de cometer un delito o no, la pena debe utilizarse como un elemento de disuasión en esta elección; es decir, en la comparación entre el mal de la pena y el beneficio que puede alcanzarse con la comisión de la infracción penal; y eso podría ser un factor desalentador para el agente infractor. Como si estuviera ante una especie de balanza, el agente infractor pone en unos de sus platos las ventajas de la infracción penal y en el otro las desventajas de la pena que se le aplicaría. El peso de la pena, por todos los males que lleva acarreada la comisión del delito, debería desanimarle.

La pena, y siempre según la Escuela Clásica, puede cumplir diversas funciones. Por una parte estarían los que esperan de la pena la restauración del orden jurídico perturbado, otros añaden fines retributivos, e incluso algunos apuntan que debería desempeñar una función preventiva, tanto general como especial. En esta perspectiva cabría citar a Beccaria, para quien “el fin de la pena,

³³⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 195.

³³¹ Como apuntan Antonio García-Pablos de Molina y Luis Flávio Gomes, la determinación siempre justa de la ley, igual para todos y acertada, es violada por el delincuente en una decisión libre y soberana. En la Escuela Clásica falta una preocupación inequívocamente etiológica (preocupación de indagar las ‘causas’ del comportamiento delictivo), ya que su premisa iusnaturalista lleva a atribuir el origen del acto delictivo a una decisión ‘libre’ de su autor, incompatible con la existencia de otros factores o causas que pueden influir en su comportamiento. (Cfr. PABLOS DE MOLINA, Antonio García; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, p. 160). Moniz Sodré afirmaba que, según los criminalistas clásicos, el libre albedrío es la prerrogativa de todos los hombres psíquicamente desarrollados y mentalmente sanos. Y desde que poseen esa facultad, ese poder de elección entre motivos diversos y opuestos, son moralmente responsables de todos sus actos, ya que son hijos exclusivamente de esta voluntad libre y soberana (SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*, p. 71).

por tanto, es sólo impedir que el reo pueda causar nuevos daños a sus conciudadanos y para desalentar a otros de actuar de esa manera”.³³²

Hoy en día, se habla de la *teoría del delito como una elección racional*, pudiéndose destacar como algunos de sus formuladores a James Q. Wilson y Richard J. Herrnstein, difundida en la obra titulada *Crimen y Naturaleza Humana*, así como a Donald V. Clarke y Derek B. Cornish (1985), que llegaron a comprender que la infracción penal es el resultado de una elección racional llevada a cabo por el agente infractor.³³³

8.3.2. Teoría de las influencias sociales

Todo el conjunto teórico que abarca la expresión *teoría de las influencias sociales* gira en torno a las teorías que hacen hincapié en la importancia de los factores sociales a la hora de explicar la delincuencia. Se destacan las influencias que las interacciones sociales negativas o problemáticas tienen sobre la conducta delictiva y, a partir de allí, tratan de desarrollar programas de integración social, con el fin de prevenir la delincuencia.

Para la teoría de las influencias sociales, la delincuencia sería el resultado de la estructura y del funcionamiento de la sociedad y, especialmente, de los desequilibrios existentes entre los objetivos sociales y los medios legítimos disponibles para su obtención, generando tensión entre los individuos.

Entre las teorías de las influencias sociales, podemos destacar las siguientes:

- a. Teoría ecológica³³⁴;

³³² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 52.

³³³ Según aún Garrido, Stangeland y Redondo, “la clave para explicar la conducta delictiva reside en que algunas personas poseen una mentalidad criminal que radica en que consideran que pueden beneficiarse de situaciones ilegales, aunque asumiendo un cierto riesgo de resultar presos (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 183).

³³⁴ La *teoría ecológica* tuvo su desarrollo a través de la llamada Escuela de Chicago, donde, en 1922, se creó el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago. Sus principales fundadores fueron Robert Park, Ernest Burgess, Clifford R. Shaw y Henry MacKay. En sus estudios, concluyeron que la *desorganización social* llevaba a una caída en el control social y, en

- b. Teorías del control social informal ³³⁵;
- c. Teoría de los vínculos sociales ³³⁶;
- d. Teoría de la tensión ³³⁷;

consecuencia, al aumento de la delincuencia, y proponían, como solución al problema de la delincuencia la eliminación de la miseria, con la apertura de oportunidades de empleo, facilitando la adquisición de viviendas, de escolaridad, en definitiva, la creación de una vida más digna.

Sin embargo, como apuntan Garrido, Stangeland y Redondo, eliminar “las deficiencias sanitarias o la pobreza sin duda son objetivos saludables en toda sociedad, pero el progreso en estos campos no se asocia necesariamente con una disminución contingente de la delincuencia”, afirmando, además, que, como sucedió en los Estados Unidos de América, en España, a principio de los años 80, “la bonanza económica y social de esos años no se tradujo en una reducción de la delincuencia, sino en un aumento de ésta. Por tanto, las teorías que postulaban que la aplicación de medidas sociales era la principal medicina de la delincuencia no fueron confirmadas (GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 212-213).

³³⁵ Las teorías que proponen el llamado control social informal intentan explicar el comportamiento delictivo de acuerdo con las reglas sociales, sin la intervención directa del Estado. Según la teoría de la contención, propuesta por Reckless, se aduce que existen controles internos y externos que tienen la posibilidad de inhibir la práctica de comportamientos delictivos, tales como la capacidad de autocontrolar o incluso el auto-concepto que el agente hace de sí mismo, así como la desaprobación llevada a cabo por aquellas personas que, frecuentando el mismo círculo social del agente, llegaron a tomar conocimiento del delito cometido.

Por otra parte, la teoría de la neutralización o de la deriva, propuesta por Sykes y Matza, afirma que si bien los jóvenes estén en la fase de maduración, es como si fuesen barcos a la deriva, al no estar firmes en el propósito sobre sí deben o no delinquir. Por el hecho de que se encuentren a la deriva, se vinculan o no, a la delincuencia, según cuenten o no, con controles que les alejen de ella. Esta teoría se ocupa también de las llamadas técnicas de neutralización, a través de las cuales el agente trata de cauterizar el sentimiento de culpa en relación a la comisión de la infracción penal, justificando su comportamiento con una serie de argumentos, como:

- descalificación de la víctima;
- condena de los que condenan o que hacen las leyes;
- demostración de lealtades superiores;
- negación de la justicia;
- argumento de que “todo el mundo hace la misma cosa”;
- provocación de la víctima en los delitos sexuales, etc.

³³⁶ La *teoría de los vínculos sociales*, de Hirschi, es considerada una de las más importantes de la criminología moderna, siendo una de las que más investigaciones ha producido en las últimas décadas. Fue formulada por Travis Hirschi, en 1969, en su obra titulada *Causas de la Delincuencia Juvenil*, y tiene como punto central la teoría de que la existencia de vínculos afectivos con personas socialmente integradas constituye el principal elemento que impide a los jóvenes que inicien la práctica de conductas delictivas. Esta teoría parte de la idea de que el apego y la vinculación del agente con sus padres, con sus amigos, con la escuela, con los trabajos sociales, así como el temor a Dios impide al joven de embarcarse en el camino del crimen.

³³⁷ La *teoría de la tensión*, de Robert Merton, censura al sueño americano la ilusión de que todos pueden, todos tienen las mismas oportunidades de ser ganadores, provengan de familias ricas o pobres. En efecto, cuando las personas se enfrentan con la realidad de la falacia del discurso del vencedor, tiene inicio la llamada tensión. Aunque el Estado afirme que todos tienen la capacidad de triunfar en la vida, no todos, obviamente, tienen las mismas oportunidades o, incluso, los medios necesarios para convertirse en un ganador en una sociedad eminentemente capitalista.

Surge, por tanto, la tensión, de manera que el individuo puede adaptarse a ella, asumiendo cuatro diferentes posturas:

- * de conformidad (es el caso de la mayoría de los individuos que se conforman con no conseguir alcanzar los fines del éxito propuesto);

e. teoría de las subculturas.³³⁸

8.3.3. Las predisposiciones agresivas

En el concepto de las predisposiciones agresivas se encuentran aquellas teorías definidas como biológicas. Cesare Lombroso, profesor de medicina legal de la Universidad de Turín, es considerado el padre de la criminología moderna. Fue el introductor del *positivismo*, método científico utilizado en las ciencias naturales, como la física, la botánica, la medicina o la biología.

Para Lombroso, la observación y la medición deben constituir las estrategias habituales del conocimiento criminológico, más allá de la racionalidad y de la especulación en el mundo jurídico. Sus ideas dieron origen a la Escuela Biológica de la Criminología, que también se conoció como *Escuela Italiana*.

Junto con Newton Fernandes y Valter Fernandes, Lombroso encontró, en el delincuente, en sentido natural-científico, una variedad especial del *homo sapiens*, que sería caracterizada por rasgos (*estigmas*) físicos y psíquicos. Tales estigmas físicos del criminal nato, según Lombroso, consistían de particularidades en la forma especial de la calota craneana y de la cara, evidenciados en la capacidad muy grande o pequeña del cráneo, en el mandíbula inferior procidente, cejas abundantes, molares muy prominentes, orejas grandes y deformadas, disimetría corporal, gran envergadura de los brazos, manos y pies, etc. Como estigmas o señales psíquicas que caracterizarían al criminal nato, Lombroso enumeraba: una

-
- * de innovación (el individuo acepta los fines – éxito, estatus, etc. –, pero no se conforma con los medios que le son ofrecidos y parte en busca de otros);
 - * ritualista (no acepta los objetivos sociales, ya que no tiene como ideal poseer algo más y se satisface en manifestar una conducta estandarizada);
 - * de rebelión (no acepta los fines y tampoco las actividades sociales convencionales, como, por ejemplo, el comportamiento asumido por los revolucionarios y toxicómanos).

³³⁸ La *teoría de las subculturas* que, de hecho, en mi opinión, sería mejor denominar como teoría de las contraculturas, analiza la formación de los grupos subculturales, que son ajenos a las normas impuestas por la sociedad, y se oponen a los fines propuestos por ella. Los grupos denominados subculturales crean a sí mismos nuevos fines e ideales, que chocan con los determinados por la mayoría de la sociedad. Aquí también se trabaja con el concepto de tensión entre los jóvenes pertenecientes a grupos subculturales, como las llamadas *gangs*, dadas las discrepancias entre los *medios* y los *fines* que se dan en la colectividad, especialmente entre las clases menos favorecidas, acaban produciendo estrés e inquietud social, de manera que esas situaciones, acaban avocando al crimen.

sensibilidad dolorosa disminuida (por eso los criminales se tatuarían), crueldad, irreflexión, aversión al trabajo, inestabilidad, vanidad, tendencia a las supersticiones, precocidad sexual. Lombroso pregonaba que el criminal nato tenía un regreso atávico, ya que muchas de las características que apuntaba también eran propias de las formas primitivas de los seres humanos.³³⁹

Garófalo también afirmó que la idea del atavismo fue sustentada por Lombroso, dada la semejanza entre los caracteres físicos y morales del delincuente y del salvaje, considerado como representante del hombre primitivo, el enfrentamiento entre algunos caracteres de cráneos prehistóricos y de cráneos de delincuentes e incluso el estudio psicológico de los niños, que representan las últimas etapas de la evolución humana y en las cuales se encuentran muchos hechos comunes a los salvajes y a los delincuentes.³⁴⁰

La escuela biológica, a pesar de sus errores iniciales, ha contribuido a numerosos estudios comparativos, tales como la herencia genética, en la cual los estudios de los cromosomas llevaron, en las décadas de 40 y 50, del siglo pasado, al descubrimiento de las alteraciones genéticas que, posiblemente, podrían conducir al individuo a la delincuencia, como en el caso del llamado síndrome del supermacho, por el que, en virtud de las mencionadas alteraciones, era posible encontrar, en la cadena genética del agente infractor, la presencia de un cromosoma Y adicional, que conducía a la formación de XYY. Se pretendió demostrar que estos individuos poseían una tendencia a la agresividad, considerándoles como personas violentas. Hoy en día, ya se ha demostrado que esta alteración no afecta en absoluto a la posibilidad de cometer infracciones penales y, por consiguiente, podemos concluir que el delito no tiene un carácter hereditario.

³³⁹ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p. 81.

³⁴⁰ GARÓFALO, Raphaele. *Criminologia*, p. 132-133.

8.3.4. El aprendizaje de la delincuencia

La propuesta básica de la teoría del aprendizaje de la delincuencia consiste en explicar la conducta delictiva desde una serie de mecanismos de aprendizaje. Esta teoría parte del presupuesto que la delincuencia, como especie de comportamiento humano, se aprende, de la misma forma que otras conductas no delictivas, a través del “asociacionismo”, cuyo desarrollo inicial se atribuye a Aristóteles.

Además de la idea asociacionista, el sociólogo francés Gabriel Tarde formuló, en 1890, las llamadas “leyes de la imitación”. Tarde creó tres leyes que fundamentan su tesis, a saber:

- a) las personas imitan a los demás en proporción al grado de contacto que tienen con ellos;
- b) los inferiores imitan comúnmente a los superiores;
- c) las nuevas modas desprecian las antiguas.

También conviene destacar la “teoría de la asociación diferencial” creada por Edwin H. Sutherland, en los años 20 del pasado siglo, cuya propuesta gira en el sentido de que la delincuencia no es el resultado de la inadaptación de los sujetos de clase baja, sino del “aprendizaje” que los individuos de cualquier clase y cultura realizan de conductas y valores delictivos.

El principio fundamental de la teoría establece que el motivo por el que los individuos se convierten en delincuentes es el contacto excesivo con definiciones favorables a la delincuencia, superiores al contacto que tienen con definiciones contrarias a las mismas.

8.3.5. Teoría del etiquetado (*labeling approach*)

La llamada teoría del etiquetado, o *labeling approach*, tiene sus raíces en la obra de Emile Durkheim, quien se refirió a los procesos de construcción de la

delincuencia y la normalidad de la misma. Los principales autores modernos de la teoría del etiquetado son Erving Goffman, Edwim Lemert y Howard Becker, considerados como autores de la *Nueva Escuela de Chicago*. La metodología utilizada por estos autores es, tal como en la anterior Escuela de Chicago, la observación directa y el trabajo de campo. Dirigen su atención a los procesos de conversión de los individuos desviados o, que es lo mismo, a los procesos de creación de las desviaciones.

Alrededor de los años 70 gana gran relieve una explicación interaccionista del hecho delictivo, que parte de los conceptos de la conducta desviada y de la reacción social. Genuinamente norte-americana, surge con la modesta pretensión de ofrecer una explicación científica a los procesos de criminalización, a los delincuentes de “carrera” y a la llamada desviación secundaria, adquiriendo, sin embargo, con el tiempo, la naturaleza de un modelo explicativo más teórico de la conducta criminal. De acuerdo con esta perspectiva interaccionista, no se puede comprender el delito prescindiendo de la propia reacción social, del proceso de definición de ciertas personas y de las conductas etiquetadas como delictivas. Delito y reacción social son expresiones interdependientes, recíprocas e inseparables. La desviación no es una calidad intrínseca de la conducta, sino una calidad que se le asigna por un entorno de complejos procesos de interacción social, procesos éstos altamente selectivos y discriminatorios.³⁴¹

Hassemer y Muñoz Conde consideran que la delincuencia no es una cualidad de de una conducta específica, sino el resultado de un proceso a través del cual se atribuye dicha cualidad, es decir, un proceso de estigmatización. Según una versión radical de esta teoría, la criminalidad es simplemente una etiqueta que se aplica por los policías y los tribunales penales, es decir, por las instancias formales del control social. Otros de sus representantes, menos radicales, reconocen por el contrario, que los mecanismos de etiquetamiento no se encuentran sólo en el ámbito del control social formal, sino también en el informal, donde se dan los procesos de *interacción simbólica* en los cuales ya muy

³⁴¹ Cfr. PABLOS DE MOLINA, Antonio García; GOMES, Luiz Flávio. *Criminología*, p. 319-320.

temprano la familia decide quién va a ser la oveja negra entre los hermanos, calificándole como difícil o marginal. “De este modo, las personas así definidas quedan estigmatizadas con el signo social del fracaso (...). Posteriormente, esta estigmatización o etiquetamiento será remarcado y profundizado por otras instancias del control social, que terminarán por hacer que el estigmatizado asuma por sí mismo, como parte de su propia historia vital, este papel impuesto y acuñado desde fuera”.³⁴²

En el mismo sentido, según Becker, los grupos sociales crean desviaciones al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación y al aplicar tales reglas a ciertas personas en particular determina una calificación marginal. Los procesos de desviación, por tanto, pueden ser considerados como primarios y secundarios.

La desviación primaria corresponde a la primera acción delictiva de un sujeto, que puede tener como objetivo resolver alguna necesidad, por ejemplo, económica, o se puede producir para acomodar la conducta del sujeto a las expectativas de un determinado grupo subcultural. La desviación secundaria se refiere a la repetición de los actos delictivos, especialmente desde la asociación forzada del individuo con otros sujetos delincuentes.

El proceso de etiquetado da lugar a que, desde que el sujeto delinque, la sociedad ya empieza a estigmatizarlo como *delincuente*. Quien cometa el delito está empezando a ser reconocido por él mismo como marginal. Una vez adquirido el estatus de desviado o de delincuente, resulta muy difícil su modificación por dos razones:

- a) por la dificultad de que la comunidad acepte nuevamente el individuo etiquetado;
- b) porque la experiencia de ser considerado delincuente, y la publicidad que esto conlleva, culminan en un proceso en el cual el propio sujeto se concibe como tal.

³⁴² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*, p. 155-156.

9. ALGUNOS FACTORES DE LA CRISIS DE LAS PRISIONES

La crisis carcelaria es el resultado de la inobservancia por parte del Estado, principalmente de algunos requisitos necesarios para que el cumplimiento de una sentencia cumpla sus debidas sus funciones.³⁴³

Por consiguiente, muchos son los factores que han contribuido a la crisis penitenciaria, desembocando en un movimiento para un replanteamiento del modelo de Estado.

Entre las principales críticas destacamos:

A) La falta de compromiso por parte del Estado en relación con el problema penitenciario

El problema penitenciario no ha formado parte de las principales preocupaciones administrativas del Gobierno. Surgen en situaciones de crisis agudas, es decir, cuando se manifiesta alguna rebelión, cuando movimientos no gubernamentales denuncian los males existentes en la cárcel; en definitiva, no es una preocupación constante. Hay una cierta desidia por parte de los Gobiernos en relación al mantenimiento de los sistemas penitenciarios y al cumplimiento de los objetivos para los que han sido creados.

Es una afirmación seria pero no real. Principalmente en los países subdesarrollados o en desarrollo, el presupuesto destinado al sistema penitenciario casi nunca es suficiente para cubrir sus necesidades básicas. Los derechos más ordinarios, como la posibilidad de alimentarse dignamente, de bañarse, poder utilizar la energía eléctrica, en fin, situaciones que, en ningún caso, suponen

³⁴³ En un Estado Democrático de Derecho, en el que la libertad ocupa un lugar preferente y en el que la limitación de la misma, así como la de otros Derechos Fundamentales y constitucionales, la práctica intra-carcelaria, debe encaminarse hacia la protección de los derechos del hombre, sin embargo, la actual realidad penitenciaria de un número elevado de países, dista de alcanzar dichos propósitos, dándose constantes vulneraciones de los Derechos Fundamentales de las personas que se encuentran privadas de libertad, tanto en su integridad física, alimentación, salud, comunicación como en su acceso a un proceso justo, entre otras. (Cfr. VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis Carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*, p. 47-48).

privilegios para el recluso, son despreciados por el Estado, que permite que el sistema penitenciario se asemeje más a las mazmorras de la época medieval.

Por consiguiente, existe una falta de interés por parte del Estado para cumplir, incluso con aquello que a menudo está determinado en su propia legislación, así como en los tratados y en las convenciones internacionales que el propio Estado había firmado.

La causa del preso, definitivamente, no conlleva la simpatía de los gobernantes que, aunque más veladamente, en el fondo, lo aceptan como forma de castigo para aquellos que hayan cometido la infracción penal. De hecho, el comportamiento de los gobernantes es un reflejo de lo que piensa la sociedad sobre el trato que debe dispensarse a los presos.

Parece que la población en general preferiría que, en la mayoría de los casos, los presos sufrieran más que la condena que les haya sido impuesta por la sentencia, es decir, que, además de la privación de la libertad, su estancia en prisión fuera la peor posible, a fin de que sufriera *intra muros* lo mismo que sus víctimas sufrieron *extra muros*.

B) Control ineficiente por parte de quienes deben actuar para supervisar el sistema penitenciario

Gran parte de esta culpa se debe no sólo al Poder Ejecutivo, es decir, el Poder responsable de la aplicación de los recursos necesarios para el sistema penitenciario. La corrupción, la malversación, la mala gestión de los recursos, en definitiva, todos estos factores pueden producirse si no hay un control eficaz por parte de los órganos competentes.

Por órganos competentes podemos entender, aunque no exclusivamente, la Fiscalía y el Poder Judicial. Sin duda, la supervisión del sistema penitenciario debe ser una tarea rutinaria de los fiscales, a quienes se les ha asignado, por regla general, el inicio de una acción penal, que culmina con la privación de libertad de alguien, así como por el Poder Judicial, que, en última instancia, ha decidido y determinado esta privación.

Es competencia de los Fiscales y de los Jueces responsables de la ejecución penal, la supervisión periódica del sistema, investigando las razones por las cuales la ley de ejecución penal no se ha cumplido, y se han ignorado los derechos mínimos de los presos, para que los responsables del incumplimiento de la ley sean efectivamente castigados.

Si el problema es de tipo presupostario, deben adoptarse las medidas necesarias encaminadas a movilizar a las Cámaras Legislativas competentes, con el fin de que puedan destinarse los fondos necesarios. Incluso en algunos casos convendría proponer al Tribunal que realizara una inspección del centro penitenciario, teniendo por objetivo el cierre de aquella unidad penitenciaria que no reúna las condiciones mínimas o, incluso, obligar a su reparación, de manera que se pueda atender a la población reclusa con un mínimo de dignidad.

En Brasil, hubo un caso emblemático, protagonizado por un juez que impidió que otros presos fueran conducidos a una cárcel pública, ya saturada. Asimismo, liberó a otros que ya se encontraban detenidos. El caso tuvo una repercusión nacional, destituyéndose al juez por el Tribunal de Justicia de su Estado que, finalmente, lo expulsó de la carrera de magistrado. A veces, quien desea cumplir con los requisitos legales pasa a ser considerado como un revolucionario, como alguien que quiere acabar con el sistema.

C) Hacinamiento en las cárceles

El hacinamiento en las cárceles es un mal que corroe el sistema penitenciario. El movimiento de ley y el orden, es decir, la adopción de un derecho penal máximo, la cultura de la prisión como resolución de los problemas sociales han contribuido, enormemente, a este fenómeno.

La inflación legislativa, fruto de un derecho penal simbólico, permite que hechos de escasa relevancia sean juzgados por la Justicia Penal, dando lugar a un sistema superpoblado con personas que podrían haber sido castigadas por las otras Ramas del ordenamiento jurídico, como el civil y el administrativo.

Del mismo modo, el uso indiscriminado de la privación cautelar de libertad, es decir, de personas detenidas a la espera de su juicio, influye de manera decisiva en la situación actual de hacinamiento del sistema penitenciario.

También hay personas que cumplen sus penas por un período superior al determinado en la sentencia condenatoria. Son personas pobres, carecen de una asistencia efectiva por parte del Estado, que las olvida en la cárcel después de su condena. Todos estos factores, combinados, conducen, fatalmente, al caos penitenciario, al hacinamiento en las cárceles, que clama por una solución urgente.

El hacinamiento en las cárceles es un factor de riesgo no sólo para los presos, que cumplen sus condenas en situaciones deprimentes, sino también para los funcionarios responsables de su vigilancia, ya que el sistema penitenciario se convierte en un verdadero barril de pólvora a punto de estallar en cualquier momento.

D) Falta de programas para la resocialización de los condenados

La mala administración en las cárceles, la ausencia de políticas públicas destinadas a la recuperación del condenado acaban por socavar, aún más, su personalidad.

El sistema se resiente ante la falta de clasificación de los presos que ingresan en mismo, mezclando delincuentes contumaces, a menudo pertenecientes a grupos delictivos organizados, con condenados primarios, que han cometido delitos menores. Esta mezcla hace que aquel que entró por primera vez en el sistema, al salir, vuelva a delinquir, o incluso que sea iniciado en la práctica de infracciones penales graves, bajo la influencia de los presos con quienes ha convivido durante un cierto período.

El sistema tiene fallas con relación a los que, una vez condenados, intentan reintegrarse a la sociedad. En muchas situaciones, quien cometió la infracción penal se formó en un entorno promiscuo, o extremadamente pobre, sin que haya podido llegar a ejercer sus derechos básicos de ciudadano, como vivienda, salud,

educación, ocio, cultura, alimentación, en fin, los derechos mínimos, inherentes a todo ser humano.

En estos casos, el sistema penitenciario, como parte de la Administración Pública, debería cumplir una función (re)socialización, es decir, iniciar el condenado en actividades que le han sido privadas *extra-muros*, facilitando, así, su reinserción a la sociedad, incluso ahora mínimamente habilitado.

Sin embargo, la falta de programas en este sentido hace que el preso aguarde, ociosamente, el cumplimiento de su pena. De hecho, como ya hemos mencionado anteriormente, si el Estado no cumple con su función resocializadora, los demás reclusos, ya *experts* en delincuencia, cumplirán su papel de transformar, para peor, a aquél que ingresó en el sistema.

No olvidemos que el alejamiento del condenado de sus familiares dificulta, enormemente, su resocialización. Por consiguiente, el cumplimiento de la pena no puede ser llevado a cabo en presidios separados, alejando al preso completamente de la sociedad, impidiéndole las visitas, que deben ser constantes y periódicas. A veces, la distancia hace que sea imposible, económicamente, la frecuencia de estas visitas, alejando, paulatinamente, la familia del preso, que lo entrega a su propia suerte.

E) Falta de recursos mínimos para el cuidado de la salud

El ambiente promiscuo muy saturado de la cárcel es propicio a todo tipo de enfermedades contagiosas. Tuberculosis, SIDA, enfermedades de la piel, hepatitis, en definitiva, el preso está sujeto a todo tipo de enfermedad que, fatalmente, debilitarán su salud.

Lamentablemente, a menudo el sistema penitenciario carece de profesionales de la salud o incluso de medicamentos destinados a los presos. La realidad en las cárceles conduce a una situación extremadamente preocupante, ya que estas enfermedades, vinculadas al hacinamiento, se multiplican cada vez más, aumentando, por tanto, los gastos del propio Estado.

En muchas cárceles no hay un lugar apropiado y tampoco profesionales especializados en el área de la Salud, razón por la cual los presos son llevados a hospitales próximos al sistema penitenciario con las complicaciones que esto supone –y a las que ya nos hemos referido anteriormente–.

F) Falta de preparación de los funcionarios que desempeñan sus funciones en las cárceles

Como apuntan K. M. Espinoza Velázquez y M. Mengana Catañeda “de las innumerables imperfecciones del universo penitenciario tal vez la más grave sea la que se refiere a las personas que en él trabajan. Aunque se destaque la existencia de personal competente y abnegado, lo que se observa habitualmente es la falta de cualificación de sus servidores, de reducido nivel cultural, sin cursos específicos de formación, sin actualización y con sueldos pésimos. Se debe ofrecer a este personal un salario digno, nociones de relaciones humanas, higiene y darles a conocer todo cuanto establece la legislación con lo cual su actuación podría ser más satisfactoria”.³⁴⁴

Se aprecia una mezcla peligrosa entre los reclusos y los funcionarios, creando una red de corrupción, donde todo está permitido en el sistema. La entrada de drogas, armas, la venta de los lugares privilegiados, el acceso a teléfonos móviles e, incluso, la salida indebida de presos forma parte de esta falta de preparación de los funcionarios, que se aprovechan de su posición de superioridad para obtener alguna ventaja con los reclusos.

Tampoco resulta inusual, la violencia sexual cometida por los funcionarios contra los presos o sus familiares, incluso como forma de facilitar la entrada de algo que normalmente sería prohibido (drogas, armas, teléfonos móviles, etc.), situaciones a las que hemos aludido.

En resumen, la falta de preparación y profesionalidad de los funcionarios público, que ejercen sus funciones en el sistema penitenciario, es también un factor que contribuye a replantear las cárceles administradas por el Poder Público.

³⁴⁴ VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis Carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*, p. 51.

10. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES

10.1. Introducción

El proceso de privatización de las prisiones fue impulsado en los EE.UU. desde la década de los años 80 del siglo pasado, cuando el sistema penitenciario público empezó a entrar en colapso debido al hacinamiento.³⁴⁵ Los presidios privados serían una mezcla de experiencias hoteleras, con la gestión de empresas de seguridad, además del hecho de que el coste para el Estado sería menor en el caso de que fuera de la administración estatal.

Como apunta L. F. Carvalho Filho: “hay básicamente cuatro modelos de intervención: la empresa financia la construcción y arrienda el centro para el Estado por un determinado número de años (30, por ejemplo), diluyendo los costes a lo largo del tiempo; la empresa transfiere las unidades productivas para el interior de los presidios y gestiona el trabajo de los presos; la empresa sólo suministra servicios tercerizados en el ámbito de la educación, salud, alimentación, etc.; y, por último, la forma más radical, la empresa gestiona totalmente el presidio, conforme a las reglas dictadas por el poder público, siendo remunerada sobre la base de un cálculo que toma en cuenta el número de presos y el número de días administrados”.³⁴⁶

Actualmente muchos países están discutiendo la necesidad de privatizar su sistema penitenciario en virtud de la aparición de una serie de problemas y, no pocas veces, producidos por la propia Administración Pública. Por otra parte,

³⁴⁵ Como apunta Virgílio de Mattos, “esa propuesta de privatización, ahora también en los presidios, vendida como moderna, pero, en realidad, antigua, de 1819 por lo menos, me hizo recordar el discurso del Príncipe Fabrizio Salina, en la novela magistral de Tomasi di Lampedusa, *IL Gattopardo*: ‘Todo será diferente, pero será peor’. Se puede garantizar lo peor desde ahora. La privatización convierte aún más al preso en mercancía y, por consiguiente, no podemos dejar de hacernos la pregunta siguiente: ¿quién pagará ese pacto? El beneficio del ‘inversor’ en la contención ¿es pagado por el preso y su familia?, o ¿por el preso, por su familia y todos nosotros? Ya no estarían satisfechos con la privatización de la salud y de la educación, con los resultados negativos a los que asistimos ¿por qué más de lo mismo? más de lo peor? Como si fuese un juego, ¿por qué apostar por el perdedor? ¿Qué lógica, sin lógica, es esta? (MATTOS, Virgilio de, *O que já era ruim pode ficar ainda pior* - Estudos de execução criminal – direito e psicologia, p. 51)

³⁴⁶ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*, p. 63.

existe una crisis en las cárceles en el mundo, que requiere respuestas rápidas y urgentes, ya que estamos manejando el derecho de libertad del ciudadano y, por tanto, su propia dignidad.

10.2. La crisis penitenciaria y la privatización de las prisiones

Toda esta crisis acabó culminando en discusiones sobre la necesidad de privatizar el sistema penitenciario, refiriéndose al servicio público, que se mostró ineficiente, especialmente en lo que se refiere a la administración de la justicia durante la fase de la ejecución de la pena, los criterios característicos de una empresa de naturaleza privada, que prima la eficiencia de sus funcionarios y la calidad de sus servicios.

K. M. Espinoza Velázquez y M. Mengana Catañeda apuntan que el proceso de privatización de las prisiones “no es más que la entrega de un recinto penitenciario, a manos de un particular o empresa privada, para que esta asuma de forma total o parcial, la construcción, dirección, gerencia, administración, prestación de servicios de salud, alimentación, educación, recreación, así como el sistema de seguridad y la asistencia jurídica y social; debiendo el Estado entregar a estos establecimientos los presos y pagar una cuota diaria o mensual por ellos”.³⁴⁷

Las primeras discusiones sobre la privatización de las prisiones pueden atribuirse a Jeremy Bentham, habiéndose suscitado desde entonces ricos e intensos debates. Los EEUU, desde la década de los 80 del pasado siglo, han sido los grandes impulsores en lo que se refiere a la privatización del sistema penitenciario. Existía no sólo una preocupación con relación al hacinamiento en las cárceles, sino también con relación a los costes generados por los presos. Influidos por el sistema penitenciario norteamericano, varios países empezaron a privatizar sus prisiones, como ha ocurrido en Francia, Canadá, Alemania, Inglaterra, Escocia, Australia, Japón y Brasil. En los EEUU, lo que inicialmente

³⁴⁷ VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis Carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*, p. 57.

sería una solución al problema, se convirtió rápidamente en un negocio lucrativo, especialmente durante los gobiernos de los presidentes Ronald Reagan, Bill Clinton y George W. Bush.

En la actualidad, los EE.UU. cuentan con más de 15 compañías que se disputan ese segmento del mercado, pudiéndose destacar, entre ellas, la *Corrections Corporations of America* – CCA, considerada la mayor del mundo, seguida por la *Wackenhut Corrections Corporation*, y la *United Corrections Corporation*. Actualmente, hay más de 160 centros penitenciarios con fines lucrativos, divididos en 30 Estados diferentes.³⁴⁸

A diferencia de lo que sucede con el modelo penitenciario privado norteamericano, donde la empresa privada, además de hacerse cargo de la construcción y de la administración del sistema penitenciario, el modelo francés se basa en un sistema de doble responsabilidad, es decir, tanto el Estado como la empresa privada administran, en conjunto, el sistema penitenciario. Éste es también el sistema adoptado en Brasil. Por consiguiente, corresponde a la empresa privada: a) la construcción de la prisión; b) la colocación de todos los muebles necesarios para su funcionamiento; c) el mantenimiento de los servicios médicos y dentales; d) la creación de áreas de ocio; e) el suministro de alimentos, ropa, medicinas, etc.; f) la seguridad interna, realizada por personal contratado, o incluso por funcionarios registrados por la empresa privada; g) la prestación de asistencia jurídica gratuita a los reclusos; h) la posibilidad de asistencia religiosa. En definitiva, todo lo que se refiere al normal funcionamiento del sistema penitenciario será competencia de la empresa privada.

Sin embargo, el control se sigue ejerciendo por la Fiscalía y el Poder Judicial; el director del presidio no es nombrado por la empresa privada, sino por el Gobierno; cuando haya necesidad de trasladar al preso a otro lugar fuera del sistema penitenciario, la vigilancia externa se realizará por agentes de policía pertenecientes al Poder Público; el juez de derecho es quien tiene el poder para

³⁴⁸ VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis Carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*, p. 59.

determinar la progresión del régimen de cumplimiento de la pena, así como la concesión de algún beneficio legal, como, por ejemplo, las salidas temporales en tiempos festivos, las visitas familiares, o incluso la libertad condicional, etc.

Hay modelos de privatización total, o incluso de privatización parcial. En relación a ambos, se ha producido un intenso debate doctrinal, a favor y en contra de su existencia.

A partir de ahora, vamos a examinar algunas cuestiones que pueden conducir a la imposibilidad de privatizar el sistema penitenciario³⁴⁹. Expondremos las principales posiciones y más relevantes, tanto favorables como contrarias, permitiendo así un estudio más exhaustivo, aunque no completo, de la discusión.

1) La primera cuestión que debe abordarse se refiere al hecho de que, privatizándose las prisiones, y teniendo ellas un fin lucrativo, aumentaríamos sensiblemente el número de personas detenidas, similar a lo que se ha producido en los EEUU.

Se trata de un razonamiento lógico, en una sociedad capitalista, neoliberal. De hecho, la primera preocupación de carácter ético, se refiere al hecho de que las empresas responsables del sistema penitenciario sólo actuarían con el fin de lucro, es decir, su única preocupación sería sólo la de lucrarse con la reclusión de las personas. Las empresas privadas, se lucrarían con una actividad que debería ser prestada por el Estado, responsable de la administración de la seguridad y de la Justicia.³⁵⁰

³⁴⁹ Algunos de los problemas fundamentales pueden verse en SANZ DELGADO. *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Edisofer 2000, especialmente p.283 y ss.

³⁵⁰ Como críticas a este modelo, V. Malaguti Batista apunta que: “Ese modelo penal norteamericano, en el cual la privatización de los presidios es una característica única, es un negocio que se beneficia del dolor y de la privación de la libertad. Para ser más rentable, se necesitan cada vez más huéspedes y condenas más largas. Es decir, va a producirse una demanda jurídico-penal que se asocia a los nuevos negocios de la prisión. Este paradigma penitenciario está completamente vinculado a un modelo político-económico que se encuentra en una profunda crisis. Es el modelo neoliberal, que ha transformado el Estado Social en un Estado Penal, con la supremacía del capital financiero y que está a punto de ser sustituido, por las manos del pueblo norteamericano. Creo que la perspectiva de un presidente negro, como predijo Monteiro Lobato, representa un no rotundo a todo eso que este ciclo ha producido en los Estados Unidos y en el mundo. Este complejo bélico-jurídico y penitenciario está siendo cuestionado como el poder de los

Los que rechazan la posibilidad de privatizar el sistema penitenciario se olvidan que, dentro de casi todos los sistemas penitenciarios, se subcontratan muchos de los servicios prestados, similar a lo que sucede con el suministro de alimentos, el mantenimiento de los edificios, los servicios médicos; en última instancia, hay numerosos servicios que no son prestados directamente por el Estado, y no se discute que esta subcontratación tenga un fin lucrativo para las empresas que asumen los servicios destinados por contrato.

Lo más importante es que cuando el Estado subcontrata, lo hace, por lo general, con una empresa cuyo coste es probablemente menor que el practicado por el propio Estado. Como es notorio, en las licitaciones públicas, lo que se busca, además de la calidad del servicio, es el precio. Así, al menos en teoría, el Estado, al subcontratar un servicio, o incluso al privatizarlo, trata de evitar un gasto innecesario, es decir, entregando la realización de un determinado servicio a una empresa especializada, en efecto, se estará beneficiando, y no perdiendo, pudiendo exigir también la calidad del servicio bajo pena de rescindir el contrato firmado, con la imposición de una multa por incumplimiento de las cláusulas acordadas.³⁵¹

El gran problema de los países que recurrieron a la privatización de las prisiones fue el hacinamiento en las cárceles. El número creciente de presos no era compatible con el número de plazas ofrecidas por el Estado. Así, el hacinamiento en las cárceles fue una de las razones del colapso del sistema, con la frecuente aparición de rebeliones entre los presos.

complejos financieros y mediáticos que han dominado el mundo, produciendo pobreza, violencia, dolor y resentimiento” (MALAGUTI BATISTA, Vera. *Novas funções do cárcere no Brasil contemporâneo*. Estudos de execução criminal – direito e psicologia, p. 26).

³⁵¹ Por otra parte, como aclara Ribeiro Lemos, todos “esos argumentos de carácter ético no deberían basarse solamente en el objetivo de las empresas, o se obtendrán beneficios a costa del castigo de los delincuentes. En realidad, para que la pena tenga un peso para el delincuente, es preciso que él entienda cuáles son las razones que llevaron a la aplicación de la misma. Es mucho más significativo para quien decretó la pena y el motivo, de quien irá a ejecutarla, siempre que se haga en los términos del mandato legal. Por eso, no puede haber una influencia negativa por el hecho de que un ente privado ejecute la sentencia penal condenatoria siguiendo el debido proceso de la misma (LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A dignidade humana e as prisões capixabas*, p. 88).

Sin embargo, el hacinamiento era tan sólo una consecuencia de otras causas que motivaban las rebeliones. De hecho, el hacinamiento generaba un servicio inapropiado a los presos, es decir, con el hacinamiento no había posibilidad de dar trabajo a todos, la asistencia médica se convertía en ineficaz, ya que no había profesionales de la salud en un número suficiente para satisfacer toda la población carcelaria; el ocio de los internos se veía afectado, ya que los patios donde normalmente los reclusos solían salir no soportaban ese número excesivo de personas, y así sucesivamente.

Todas las cuestiones, por tanto, están básicamente vinculadas al hacinamiento penitenciario. Ahora, con la posibilidad de implementar la privatización de la prisiones, aumentando, el número de plazas en el sistema, ¿sería ése un factor para que se pudiera pensar en un encarcelamiento excesivo? Creemos que no. Eso porque, aunque se construyan cárceles, el número de plazas siempre será insuficiente, es decir, el número será siempre menor en comparación con las condenas dictadas. En realidad la experiencia muestra que la privatización no consigue reducir el sistema penitenciario sino que aboca a una expansión del mismo³⁵²

Lo que hay que hacer, como ya se ha indicado anteriormente, es destinar las prisiones, es decir, la privación de la libertad, a los casos realmente graves, que conllevan en la práctica delitos que afecten a los bienes más importantes y necesarios para la vida en sociedad. Las tesis minimalistas serán una herramienta importante para el sistema, público o privado, pueda hacer frente a las privaciones de libertad que son extremadamente necesarias.

Deben rechazarse y castigarse los *lobs* de las empresas interesadas en la construcción de presidios con fines lucrativos, el encarcelamiento innecesario de personas.

2) *Contrariamente a la privatización, también se argumenta que en los países donde reina la corrupción en el gobierno, la delegación no sólo*

³⁵² Vid. *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. SANZ DELGADO, p. 264 y ss.

de la construcción, sino del mantenimiento del sistema penitenciario privado generaría un coste excesivo para el Estado, en virtud de la sobrefacturación de las obras y de los servicios prestados.

En los países con una cultura política corrupta, debe haber una mayor supervisión por los órganos competentes, especialmente realizada por la Fiscalía.

Todos sabemos que las gran construcciones son una fuente de enriquecimiento de los funcionarios públicos corruptos. Las obras superfacturadas son la alegría del administrador sin escrúpulos. No será diferente en el caso de la privatización de las prisiones. Todo debe ser minuciosamente supervisado. Desde la licitación, con la exhaustiva investigación de las empresas participantes, evitando acuerdos entre ellas, hasta el presupuesto final del proyecto.

El Gobierno debe realizar las pericias técnicas, con el fin de determinar el verdadero valor de las construcciones, y todo lo que sea necesario para el perfecto funcionamiento del sistema penitenciario, si bien, como ya ha subrayado Sanz Delgado, calcular el importe económico de la actividad penitenciaria no es una tarea fácil, ya que muchos costes no se consideran inicialmente.³⁵³

Del mismo modo, el coste mensual del preso deberá ser de un valor inferior con respecto al que efectivamente gastaría el Estado, en el caso de que se ocupara de la administración del sistema.

Esta es una preocupación real. Sin embargo, no puede considerarse como un impedimento a la privatización del sistema penitenciario, debiendo, por tanto, intensificarse la supervisión por parte de los órganos competentes, así como responsabilizar penalmente cualquier tipo de corrupción detectada, evitándose la superfacturación.

3) La administración del sistema penitenciario, aunque privado, deberá, siempre, quedar a cargo de la Administración Pública, que nombrará al director del presidio

³⁵³ SANZ DELGADO, Enrique. *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, p. 157.

No se puede delegar la administración del sistema penitenciario a un particular. Esta actividad debe quedar siempre bajo la responsabilidad de los organismos públicos, es decir, el director del centro penitenciario deberá ser designado por el Gobierno, y la supervisión del sistema se mantendrá bajo la jurisdicción del Poder Judicial y de la Fiscalía.

Por consiguiente, en estos casos, sería mejor decir que estamos ante un servicio subcontratado, y no privatizado, ya que la administración penitenciaria permanecerá bajo la responsabilidad del Poder Público, y los otros servicios prestados por la empresa privada. Estamos ante una subcontratación del presidio y no de su privatización total. Sin embargo, como el nombre privatización lo retrata de manera más amplia, seguiremos utilizándolo, incluso cuando se trate, específicamente, de subcontratación.

Todo lo que afecte a la ejecución de la pena será responsabilidad de los Órganos Públicos, como el seguimiento del régimen, la concesión de la libertad condicional, el decreto de la extinción de la pena, por su íntegro cumplimiento, en definitiva, al particular se le delegarán sólo las actividades vinculadas directamente con el mantenimiento del sistema penitenciario, como la prestación de los servicios médicos, dentales, la introducción de actividades recreativas, la contratación del trabajo de los presos, el suministro de alimentos, ropa, materiales de higiene personal, etc.

4) La imposibilidad de quien no es un funcionario público para imponer ningún tipo de sanción administrativa a un preso que no cumplió con las normas de la prisión.

No son infrecuentes las faltas administrativas cometidas por los presos durante el cumplimiento de la condena. Eso tendrá repercusiones directas sobre la obtención futura de algún beneficio legal, similar a lo que sucede con la libertad condicional.

El buen comportamiento penitenciario es un elemento de naturaleza subjetiva que, en el futuro, será evaluado tanto por la Fiscalía, como por el Juez

para que el condenado pueda tener derecho a algún beneficio legal. Por consiguiente, surge la pregunta: ¿Puede un administrador particular imponer algún tipo de sanción de naturaleza administrativa, como por ejemplo, la conducción para una celda individual, en régimen de aislamiento, por no haber cumplido el condenado alguna regla de la cárcel? La respuesta sólo puede ser negativa. Todos los castigos, incluso los de naturaleza administrativa, deberán ser aplicados por agentes públicos.

Como hemos afirmado anteriormente, si el director de la prisión es un funcionario público, especialmente designado por el Gobierno para ejercer esa función, podrá imponer, obviamente respetando las debidas garantías legales. De lo contrario, no. Es decir, si es un particular quien esté al frente de esta administración, todos los hechos deberán ponerse en conocimiento del Poder Judicial y de la Fiscalía que, si entienden que hay que imponer un castigo, permitirán la apertura del procedimiento administrativo correspondiente.

Todos aquellos que trabajen en el sistema penitenciario privado deberán ser considerados como servidores públicos por equiparación.

Sólo el administrador del sistema penitenciario, es decir, su director debe ser un funcionario público nombrado por el Gobierno. Todos los demás puestos podrán ser ocupados por trabajadores contratados por la empresa administradora del presidio, incluyendo, aquí, desde el personal de la limpieza, hasta aquellos que trabajan directamente en la cocina (cuando el servicio no sea subcontratado), incluyendo, también, al personal responsable de la vigilancia de los presos.

En este caso, aunque trabajen en un presidio privatizado, estarán ejerciendo una función pública por delegación, razón por la que si se practica alguna infracción en el desempeño de sus funciones, podrán ser considerados como funcionarios públicos por equiparación, responsabilizándoles penalmente.

Supongamos que una persona responsable de la vigilancia de los presos, acepte una determinada cuantía de los presos para favorecerles de alguna manera. En este caso, aunque haya sido contratado por la empresa privada, el agente

deberá ser responsabilizado por el delito de corrupción pasiva, equiparando su comportamiento al de un funcionario público.

También hay una extensa lista de argumentos a favor de la contratación externa o incluso de la completa privatización del sistema penitenciario. En este sentido, nos referimos a la lista preparada por Edmundo Oliveira, señalando quince argumentos importantes, es decir:

“1° El Estado ya ha dado pruebas de incompetencia en el ámbito de la administración penitenciaria;

2° El Estado, hace mucho tiempo, por no invertir en el sector, finge preocuparse por los problemas de la cárcel;

3° En ningún país, ninguna Corte de Justicia reconoce la inconstitucionalidad de las prisiones privadas;

4° Decir no a la privatización, sin al menos testar la experiencia, significa ponerse de lado del universo criminal, antiético, inhumano y caótico de las prisiones;

5° La empresa privada tiene una mayor capacidad de gestionar, ya que se libera de la lenta y complicada burocracia del sector público;

6° La empresa privada ofrece estímulos funcionales y mejores condiciones de trabajo a sus funcionarios;

7° La institución privada garantiza el trabajo remunerado al preso, sin la contaminación de la ociosidad;

8° La empresa privada abre la posibilidad real para la absorción del condenado en el mercado de trabajo, tras el cumplimiento de la pena;

9° Los dirigentes de la iniciativa privada tienen mayor interés en la optimización de los servicios reduciendo los gastos innecesarios, no gastando demasiado, porque las pérdidas financieras les afectan directamente;

10° Los dirigentes penitenciarios del sector público, en ocasiones, están involucrados en escándalos de corrupción;

11° ¿Por qué combatir, a priori, la gestión y la administración de una prisión por parte de una empresa particular, si el Estado estará siempre vigilante, supervisando diariamente la ejecución, para evitar desviaciones en el cumplimiento de las obligaciones contractuales?

12° ¿Por qué temer la participación de empresas vinculadas a la delincuencia organizada, si el Estado, a través de reglas establecidas en el Boletín de licitación pública, tiene todas las condiciones para hacer la selección de las empresas debidamente cualificadas y de buena reputación?

13° Es cierto que el beneficio forma parte de la respuesta, de la planificación del coste-beneficio, pero ya que se trata de régimen penitenciario, este beneficio será también del preso, que ganará dinero por su producción, ayudará a su familia y regresará a la sociedad debidamente adaptado a la terapéutica ocupacional;

14° La empresa privada tendrá interés en mostrar celo y eficiencia, porque, invirtiendo en el sistema, precisa garantizar la credibilidad pública y el derecho a la renovación del contrato;

15° El respeto de los derechos humanos en la prisión se observará por el propio abogado del preso, que también puede procesar a la empresa privada pidiendo las indemnizaciones por la violación de los principios establecidos en la Constitución, en la sentencia de condena o en el contrato de adhesión con el Estado”.³⁵⁴

Los países que han adoptado la contratación externa o incluso la privatización completa del sistema penitenciario, no han conseguido resolver, completamente, los problemas carcelarios. Se siguen produciendo errores. Sin embargo, no podemos negar que ha habido una mejora significativa en la calidad de vida de los reclusos.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, p. 333-334.

Ante el temor de las sanciones establecidas por parte de la empresa privada en el contrato, en el caso de cumplimiento, la realización de los servicios prometidos es más fácil. Las empresas que no cumplan con lo acordado, estarán sujetas a multas que, posiblemente, en caso de incumplimiento, determinará su salida del mercado.

Lo más importante es intentar, de alguna manera, resolver un problema que afecta a los objetivos fijados con respecto a las penas de privación de libertad, que ahora gozan de primacía en el sistema penitenciario, respetando la dignidad de la persona y haciendo lo que sea necesario para que los presos puedan volver a la vida en sociedad mejor que cuando entraron en el sistema. Es nuestro deber hacer que el estigma penitenciario sea minimizado, valorando el ser humano que erró, pero que sigue perteneciendo al cuerpo social.

CAPÍTULO IV

ALTERNATIVAS AL

SISTEMA PENITENCIARIO

1. LA NECESIDAD DE UNA ACTUACIÓN COMPLEJA Y COORDINADA: MEDIDAS DE POLÍTICA ESTATAL, POLÍTICA PENAL Y POLÍTICA PENITENCIARIA

1.1. Introducción

De lo expuesto hasta ahora podemos concluir que el sistema penitenciario está en crisis, sobre todo porque, en la mayoría de los países, no consigue cumplir los objetivos para los que fue creado³⁵⁵ y porque en cierta manera, resulta ofensivo a la dignidad de la persona humana

En los inicios del siglo XXI, tras decenas de años experimentando un sistema penitenciario que ha mostrados fallos, que no cumple con sus funciones, ¿hay alguna solución para este problema que aflige a la sociedad post-moderna?

La respuesta, en realidad, se encuentra en un conjunto de acciones. No basta, tan sólo, intentar mejorar la vida de los presos dentro del sistema penitenciario. Tenemos que pensar en programas sociales, que anteceden la práctica de la infracción penal; en programas destinados a la reinserción del preso que, sin duda, después algún tiempo, en los países que no adoptan la pena de muerte y la pena de prisión perpetua, volverán a la vida en sociedad.

Por otra parte, deberá repensarse la legislación penal, adoptándose posturas minimalistas y dejando de lado pensamientos de ley y orden, que solo conducen a un proceso nefasto de inflación legislativa. Se debe hacer una depuración en el

³⁵⁵ En este sentido señala la presencia de una realidad penitenciaria con graves dificultades para cumplir sus objetivos, en el sistema penitenciario español y genéricamente DE LA CUESTA ARZAMENDI, Jose Luis. "Retos principales del sistema penitenciario hoy". *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*. Universidad de Salamanca 2007, p. 141. Destaca los problemas de falta de personal suficiente y superpoblación así como indica la necesidad de contener e invertir la tendencia del sistema al endurecimiento de las penas, su cumplimiento integro y la restricción al acceso a las situaciones de semilibertad.

sistema legal, revocándose todo aquello que no sea pertinente al derecho penal, es decir, tenemos que dejar de lado la protección de los bienes que, sin duda, pueden ser protegidos por las demás Ramas del ordenamiento jurídico.

En los casos en los que sea necesaria la aplicación del Derecho Penal, tenemos que evitar el innecesario encarcelamiento del ser humano. Para ello, podemos utilizar, tal como sucede en Brasil, los Tribunales Especiales Penales para la aplicación de penas no privativas de libertad.

La tecnología, a su vez, ha avanzado enormemente en los últimos años. Las audiencias se realizan a través de videoconferencia³⁵⁶, sin necesidad de llevar al preso al Tribunal, pudiendo, igualmente, participar de su juicio dentro del sistema penitenciario, evitando gastos innecesarios en el transporte, además de garantizar una mayor seguridad.

Las penas inevitablemente se desarrollaran en este contexto tecnológico. Así, además de las situaciones antes apuntadas, la tecnología también deberá tenerse en cuenta por el Derecho Penal, que deberá prever sustituciones a la pena de prisión con la utilización de medios que garanticen el castigo del agente que cometió la infracción penal pero que, por otro lado, preserven su dignidad como ser humano.

Seguidamente nos ocuparemos del análisis de las alternativas a la pena de prisión, de soluciones para el problema penitenciario, aun cuando los resultados de esta planificación no se puedan percibir inmediatamente. El tiempo apremia en contra de la sociedad que tiene que enfrentarse diariamente con el cumplimiento de penas crueles e inhumanas.

³⁵⁶ La entrada de la tecnología en la propia realización del proceso puede facilitar y agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia. No podemos detenernos en este aspecto. *Vid.* GARCÍA MEXÍA, Pablo (Director), *Principios de Derecho de Internet*. Valencia, tirant lo blanch, 2002; también, PEGUERA POCH, Miguel (Coordinador), *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona, NOC, 2005.

1.2. Soluciones Político-Criminal, Político-Penitenciaria y Político-Estatal

Siguiendo a K. M. Espinoza Velázquez y M. Mengana Catañeda, para esta crisis penitenciaria, entre muchas otras, se han propuesto soluciones en tres ámbitos Políticos: a) Político-Criminal; b) Político-Penal; y c) Político-Estatal.

A. Con respecto a la *Política Criminal*, uno de los factores fundamentales para que las funciones atribuidas a las penas se cumplan es, efectivamente, la lucha contra la corrupción, permitiendo, de esta manera, el cumplimiento de los requisitos legales destinados a la aplicación de las sanciones penales.

Conviene adoptar un enfoque minimalista, llevando únicamente a la cárcel los casos graves. De esta forma, se observará la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, dejando la protección de determinados bienes jurídicos, de menor importancia, a otras Ramas del ordenamiento jurídico como ya hemos defendido en reiteradas ocasiones.

También se deberá evitar la prisión de carácter cautelar, impuesta sólo en situaciones extremas, que no sean ofensivas al principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad.

Deben adoptarse medidas de despenalización, con la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad por sanciones restrictivas de derechos o incluso con sanciones pecuniarias, cuando sea posible su aplicación en el caso concreto, debido a la capacidad económica del condenado.

También hay que valorar la llamada privatización del Derecho Penal, donde la víctima ejerce un papel de fundamental importancia, permitiendo un acuerdo con relación a los daños, con el resarcimiento por parte el acusado, que compense el perjuicio causado. Deben crearse los tipos penales donde exista la previsión de necesidad de representación de la víctima para la apertura de las investigaciones, así como el inicio de la acción penal. Así, sólo con la conjugación de la voluntad de la víctima podrá el órgano oficial de acusación, es decir, la Fiscalía, dar inicio a la *persecutio criminis in iudicio*.

B. En el ámbito de la *Política Penitenciaria* resulta imprescindible un control efectivo por parte de los órganos competentes, como la Fiscalía y el Poder Judicial, así como la adecuada preparación de los funcionarios responsables de ejercer sus funciones ante el sistema penitenciario.

K. M. Espinoza Velázquez e M. Mengana Catañeda advierten que debería llevarse a cabo la elaboración de planes nacionales de reforma penitenciaria, abarcando todas las necesidades de los sistemas penitenciarios de cada país en particular, teniendo en cuenta, no solo la Constitución sino la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, los planes a desarrollar, organismos responsables y actividades a realizar. “Cambiar el concepto de presidio por el de un lugar donde se rehabilite a la población penitenciaria, se eduque a los delincuentes, se les ofrezca trabajo y se busquen empresas que se comprometan con ello, una vez finalizado el plazo de la condena; puede educarse a los reos desde las cárceles y ofrecerles la posibilidad de prestar servicio social por personas capacitadas para evolucionar a través de un absoluto respeto a los Derechos Humanos”.³⁵⁷

Dentro de la cárcel, el trabajo es de fundamental importancia. No sólo valora al preso, sino que permite que, con los recursos que obtenga, su familia no sea castigada por vía indirecta, pasando necesidades por la ausencia de quien sustenta la casa. Por consiguiente, la administración penitenciaria debe tratar de firmar convenios con las empresas privadas, que se sirven de la mano de obra de presos, aunque sin abusar de esta relación, con políticas de explotación.

C. Por último, la *Política Estatal* es de vital importancia para aliviar el sistema penitenciario. Los Estados deben cumplir las determinaciones contenidas en sus Constituciones, así como en los Tratados y Convenciones Internacionales que han firmado, implementando los derechos sociales necesarios para evitar el abismo existente entre los estratos de la sociedad.

³⁵⁷ VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis Carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*, p. 55-56.

E Estado debe cumplir con su función social, permitiendo que la población más carente tenga acceso a la salud, la educación, el ocio, la cultura, la vivienda, en definitiva, acceso a los derechos básicos del ciudadano.

El Estado debe invertir en programas destinados a las familias de baja renta. Sabemos que el núcleo familiar puede generar numerosas infracciones penales, similar a lo que sucede con los delitos de estupro, lesiones corporales, homicidios, etc. Por consiguiente, los gobiernos deben, en la medida de lo posible, implementar programas destinados a atender a estas familias, no sólo concienciándolas, sino llevando hasta ellas los recursos indispensables para una vida digna.

La educación puede considerarse, también, uno de los pilares básicos de inversión de las políticas públicas estatales. No podemos olvidar que el niño de hoy será el adulto del mañana. Si no preparamos a nuestros niños para un mercado de trabajo competitivo, en un futuro próximo, sufrirán en su propia piel la marginación y muchos de ellos, rechazados por el mercado laboral, acabaran optando por el crimen.

Como se percibe, el problema es complejo. No existe una solución mágica para resolverlo. Se precisa una solución de conjunto, como una máquina que precisa de todos sus engranajes para que pueda funcionar con perfección.

Las soluciones, por consiguiente, están en manos de todos los ámbitos de Poder, a través de la elaboración de leyes menos severas, que se preocupen por una intervención mínima del Derecho Penal, por la construcción de presidios respetuosos de la dignidad humana, por la actuación de políticas públicas destinadas a la implementación de las funciones sociales del Estado y, finalmente, por la realización de planes de reintegración del condenado a la vida en sociedad. Es en este contexto donde deberán realizarse todas las acciones para que el programa tenga éxito. Es difícil, pero no imposible.

2. IMPLEMENTACIÓN DE FINES SOCIALES DEL ESTADO COMO

FACTOR INHIBIDOR DE LA PRÁCTICA DE INFRACCIONES PENALES

Después de todo lo que acabamos de decir, podemos concluir que la transformación del Estado Social en Estado Penal ha sido el factor desencadenante del proceso de inflación legislativa que nos aflige actualmente. El Derecho Penal simbólico se ha convertido en la herramienta preferida de nuestros gobernantes, utilizándose con el fin de dar una satisfacción a la sociedad, a causa aumento de la delincuencia.³⁵⁸

Formalmente, vivimos, tanto en Brasil como en España, una democracia social, donde cada una de las constituciones indica que son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, etc.³⁵⁹

Una familia en la que su sustentador no tiene empleo, no posee casa propia o, incluso, una dirección fija, en la que sus miembros, cuando enferman, son abandonados a su suerte por el Estado, donde los hijos no pueden ser educados en escuelas dignas, los niños quedan desamparados, usados como herramientas en el oficio de la mendicidad y, en última instancia, mientras haya tantas desigualdades sociales, la tendencia será el crecimiento de la delincuencia aparente, es decir,

³⁵⁸ Eric Hobsbawm, hizo hincapié que todo observador realista y la mayoría de los gobiernos sabían que no se reducía ni tampoco se controlaba el crimen mediante la ejecución de los criminales o con la disuasión de las condenas penales, pero todo político conocía la fuerza enorme y emocionalmente cargada, racional o no, de la exigencia de la masa de los ciudadanos comunes para que se *castigara* el antisocial (HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos*, p. 335).

³⁵⁹ Sin embargo, como bien observa Dulce Llaves Pandolfi, en Brasil, después de casi 15 años del final de la dictadura militar, son muchas las dificultades para la consolidación de una sociedad democrática. Si en el campo político los avances han sido grandes, en otras áreas los cambios han sido mucho menos significativos. El nuevo régimen no ha conseguido revertir la marcada desigualdad económica y el fenómeno de la exclusión social se ha expandido en todo el país. A pesar del despliegue de un Estado de Derecho, los derechos humanos siguen siendo violados y las políticas públicas dirigidas al control social siguen siendo precarias. Si, formalmente, por la Constitución de 1988, la ciudadanía está garantizada para todos los brasileños, en la práctica, sólo funciona para algunos. Sin duda, existe aquí un déficit de ciudadanía, es decir, una situación de desequilibrio entre los principios de justicia y los de solidaridad (PANDOLFI, Dulce Chaves. *Cidadania, justiça e violência – Percepção dos direitos e participação social*, p. 45).

aquella delincuencia que informan los medios de información, la delincuencia violenta, urbana, que con sus acciones derrama sangre.³⁶⁰

Hay delitos que son cometidos generalmente por personas pertenecientes a clases sociales más bajas: los delitos contra la propiedad, los que lesionan la integridad física, la salud o la vida de las personas. Los delitos contra la libertad sexual, como la violación, también son comunes, por no mencionar el uso y el tráfico de drogas.

La otra delincuencia, tenida como oculta, infinitamente peor que la aparente, no se refiere a la ausencia del Estado Social: la delincuencia organizada, cuyos autores intelectuales forman parte de los estratos sociales más elevados, que ocupan los titulares de los periódicos como miembros respetables y admirados en nuestra sociedad, que por un error de cálculo, ocasionalmente, se quitan sus máscaras en público, y todos acaban conociendo su verdadero (mal) carácter.

Hay una diferencia muy marcada entre la delincuencia aparente, practicada por los estratos sociales más bajos, y la otra, oculta, cometida por los “intocables” de los estratos superiores. La primera, por regla general, es consecuencia de la impotencia del Estado en la gestión de la cosa pública. La incapacidad del Estado para disminuir el abismo económico existente entre las clases sociales permite la aparición de un espíritu de rebelión que, con su propia fuerza, intenta, a toda

³⁶⁰ O. Cruz Neto, M. Rasga Moreira e L. F. Mazzei Sucena, O. Cruz Neto, M. Desgarra Moreira y L. F. Mazzei Sucena, en un estudio exhaustivo sobre la juventud y el tráfico de drogas en la ciudad de Rio de Janeiro, han puesto de manifiesto, con razón: Vivimos en una sociedad atravesada por las contradicciones sociales, económicas y políticas que delinean, en vísperas del comienzo histórico-temporal de este siglo, un movimiento crítico y tenso, de una grave potenciación de conflictos. Entre atónitos y preocupados, nos enfrentamos a un mundo globalizado y hegemónico, capaz de desarrollar procesos de socialización distintos y específicos, que propician, al mismo tiempo, la satisfacción de algunos con su avance tecnológico y atractivo de bienes de mercado y la frustración de otros muchos, excluidos incluso del acceso a sus derechos vitales. Inmersas en ese escenario, se perfilan situaciones complejas e inacabadas que se contraponen a las iniciativas conciliatorias y despiertan problemas de difícil resolución, de los cuales se pueden destacar, entre otros, la valorización de los deseos del mercado a expensas de las demandas de la sociedad civil; el crecimiento desmesurado de la especulación financiera, generando una brutal disminución de la actividad productiva y el aumento del desempleo; la convivencia diaria y próxima, en el ámbito de una sociedad de consumo, entre la pobreza y la opulencia; la imposibilidad de las campañas por la paz ante el gigantismo de una industria bélica que arma la violencia criminal, además de la reducida credibilidad de los partidos y de los organismos políticos junto a la población, especialmente entre los más jóvenes. (NETO, Otávio Cruz; MOREIRA, Marcelo Rasga; SUCENA, Luiz Fernando Mazzei. *Nem soldados nem inocentes*, p. 23-24).

costa, reducir las desigualdades. El problema con este tipo de delincuencia es de carácter eminentemente social, a diferencia de la otra, que es peor, cuya raíz se encuentra en la índole y en el carácter de aquél que comete la infracción penal.³⁶¹

Comparativamente, un homicidio cometido por una persona que se encuentra desempleada, convertido en un indigente, generalmente en estado de embriaguez, en una escala de valores, significa mucho menos con respecto a un delito de corrupción cometido por un funcionario público, que ocupa el cargo de presidente de una comisión de licitación destinada a la adquisición de medicinas para la distribución en farmacias populares. El comportamiento del funcionario corrupto, generalmente intocable, es superior en términos de gravedad al del homicida ya que con su perjuicio al erario público, puede causar la muerte de miles de personas.

Sin embargo, como la corrupción no sangra, la sociedad tolera más al corrupto que al asesino. El cuerpo de la víctima, ensangrentada, tirada en el suelo, impacta mucho más que las cifras en una hoja de papel, que muestran el perjuicio económico sufrido por el Estado.

En Brasil existen las llamadas “favelas”, que son comunidades carentes ubicadas, especialmente, en las grandes ciudades. En la ciudad de Rio de Janeiro, estas favelas, dada la ausencia del Estado en la prestación de servicios esenciales, están dominadas por traficantes de drogas, que imponen su régimen de terror.

Esos traficantes usan armamentos pesados, como fusiles, ametralladoras y granadas, como los que se utilizan en una guerra. Estos armamentos llegan a las manos de los traficantes por diversas vías: contrabando, tráfico de armas, corrupción de funcionarios públicos (policías), hurtos o robos en centros comerciales y de personas poseedoras de armas, etc.

I. L. Da Silva, en estudio minucioso sobre el crimen organizado, ha declarado que para comprender mejor el fenómeno social de la delincuencia, es necesario que hagamos un análisis de la estructura social, en la cual estamos insertos, y de las interrelaciones entre sus participantes; solo así, por tanto, podremos comprender en que etapa social nos encontramos y como esta realidad interfiere en la delincuencia y viceversa (SILVA, Ivan Luiz da. *Crime organizado – Aspectos jurídicos e criminológicos*, p. 31).

Durante muchos años, estos delincuentes han dominado las “favelas”, convirtiéndolas en un territorio propio, donde nadie se atreve a entrar. El índice de violencia en la ciudad de Rio de Janeiro ha llegado a tal extremo, que las autoridades gubernamentales han intentado invertir la situación, como en el caso de Colombia, tras la caída del narcotraficante Pablo Escobar.

Las favelas, olvidadas hasta ahora, han comenzado a ser invadidas por la policía. Se han elaborado planes estratégicos con el fin de detener a estos delincuentes, así como secuestrar las armas y las drogas que allí se encuentran. Ha comenzado lo que convencionalmente se llama proceso de “pacificación policial”.

Los traficantes, poco a poco, han sido expulsados de cada una de estas favelas. En cada comunidad carente donde se realizaba el proceso de pacificación, se ha establecido una unidad policial, compuesta por decenas de policías militares que, a partir de ese momento, han comenzado a ocupar el lugar anteriormente dominado por el tráfico de drogas.

Si bien ésta es una medida correcta, las comunidades pobres de la ciudad de Rio de Janeiro poseen el tamaño de pequeñas y medianas ciudades. La favela de la Rocinha, ubicada en un barrio de lujo de la ciudad carioca, posee una población superior a los 120 mil habitantes. Allí se concentran aproximadamente 40 mil viviendas, muchas de ellas en un estado precario (sin luz, agua, saneamiento básico, etc.).

En estos casos, aunque la policía haya dominado los territorios anteriormente ocupados por los traficantes, de poco serviría este supuesto proceso de pacificación si el Estado no cumple con su función social. Además de la seguridad de la comunidad, el Estado deberá preocuparse por el saneamiento básico, la salud, la educación, el ocio, la cultura, la vivienda, en última instancia, por los derechos ligados a un mínimo existencial de los ciudadanos. Si esto no sucede, difícilmente se resolverá el problema de la delincuencia.

Es la hora del cambio. Resulta racionalmente indiscutible que la mejor forma de evitar los delitos consiste en intentar anticiparse a la realización de los

mismos, “tendiendo a privar al delito de un substrato favorable en la persona y en la sociedad”, como apuntara Zipf³⁶². La prevención frente al delito conduce necesariamente –señala este mismo autor- al ámbito de la política cultura y política social.

Garrido, Stangeland y Redondo, haciendo una proyección con el fin de estudiar el crimen y la sociedad del siglo XXI, apuntan que el aumento de la delincuencia es sólo un síntoma más de las deficiencias en la organización de la sociedad humana. El crecimiento económico y los éxitos técnicos no han eliminado la delincuencia, sino que la ha fomentado. Una sociedad dominada por el egoísmo desenfrenado, por el ansia de triunfo, genera delincuencia. El egoísmo y agresividad dominantes en esta sociedad adopta la forma de de la corrupción, de los delitos contra el medio ambiente, pero también de los delitos contra cualquier conciudadano: robos, hurtos, lesiones, agresiones sexuales. [...]. ¿Cómo podemos lograr el cumplimiento básico de las normas de convivencia, sin caer en un sistema opresivo y policial? Nuestra visión para el próximo siglo es el de un modelo ecológico, con un crecimiento sostenible, basado en el equilibrio entre los seres humanos y los recursos naturales existentes, y también un equilibrio cívico entre grupos sociales. Asimismo se deberá buscar un equilibrio en la política penal, la libertad individual y los intereses de la comunidad. Equilibrar estos extremos es una cuestión política, y el papel de los criminólogos no es defender sus convicciones ideológicas personales, sino contribuir con una información confiable sobre las diversas estrategias de control.³⁶³

Creemos que es posible reducir, pero no eliminar, la delincuencia considerada como aparente siempre que el Estado asuma su función social, reduciendo el abismo económico existente entre las clases sociales. Con respecto a la delincuencia no aparente, practicada, por regla general, por los estratos sociales más altos, la cuestión en juego es de carácter moral. El Estado no tiene condiciones para imponer ciertos principios a quienes no piensan en su prójimo,

³⁶² *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel IZQUIERDO MACIAS-PICAVEA. Edersa 1979, p. 157-8.

³⁶³ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*, p. 887/888.

no se preocupan por las escenas transmitidas por los medios de comunicación de masa, que muestran a niños muriendo de hambre, personas de edad avanzada padeciendo en las colas de hospitales en busca de ayuda.

El establecimiento del Estado Social y el necesario proceso de reducción de las figuras típicas, en términos propuestos por las posiciones minimalistas, facilitarán que se reduzcan los índices de la delincuencia violenta, aparente, a la vez que como permitirá al Estado ocuparse de aquella considerada la más nefasta de todas, casi siempre oculta, pero organizada.

3. LA ADOPCIÓN DEL MINIMALISMO COMO POLÍTICA DE CORRECCIÓN DEL SISTEMA.

Siempre que un delito grave se muestra en los medios de comunicación, comienza una movilización con el fin de modificar la legislación, tendiendo a la neocriminalización o la neopenalización, es decir, los medios de comunicación nos fuerzan a reconocer que el Poder Legislativo debe estar atento en orden a resolver los problemas sociales, a través de la creación de nuevas leyes penales, o incluso con el recrudecimiento de las penas ya conminadas en abstracto, tratando de impedir, a cualquier coste, la violencia que aumenta cada día.

El legislador, a su vez, presionado por los medios de comunicación, que se han erigido en representantes de la opinión pública, cede a esta presión y configura nuevos tipos penales incriminatorios, a la vez que aumenta las penas de los delitos ya existentes, establece circunstancias agravantes, las penas. En definitiva, provoca una inflación legislativa.

Esta inflación legislativa, en lugar de contribuir a la lucha contra la delincuencia, sólo conlleva inseguridad e incertidumbre con respecto a la aplicación de la ley. Debido a la enorme cantidad de los tipos penales en vigor, empiezan a surgir las dudas con relación a la ley penal que se aplicaría a un determinado caso concreto. Emerge, pues, con mucha frecuencia, el llamado conflicto aparente de normas.

Ese conflicto aparente de normas, a su vez, crea un desacuerdo doctrinal y jurisprudencial, ya que cada intérprete emite su opinión, normalmente divergente de las demás. Si esto se limitara al campo académico no supondría el más mínimo problema. Incluso resultaría más interesante porque las divergencias llevan al crecimiento. Sin embargo, lo que está en juego realmente es el derecho a la libertad de un ciudadano, que está sentado en el banquillo de los acusados, esperando su destino. Por consiguiente, no se puede ceder a discusiones académicas sobre tal o cual ley debe de aplicarse al caso concreto.

La inflación legislativa es un mal que se debe combatir con todas las fuerzas. El mayor problema, en la sociedad concebida como post-moderna, influenciada por los movimientos de los medios de comunicación, el pensamiento se mueve en sentido contrario. Así, se cree que un número mayor de leyes conllevará una sensación de mayor seguridad.

Se trata de un discurso falaz. Desde Beccaria, ya se había concluido que el recrudescimiento de las leyes no conlleva un mayor respeto del Derecho Penal. Es la certeza absoluta de que, si se incumple la norma, el infractor será castigado. Posteriormente en atención al principio de necesidad, -tan sólo está justificada la pena cuando resulte necesaria-, y al principio de lesividad -únicamente se legitima la pena si la conducta ataca bien jurídicos relevantes- se argumentará el carácter subsidiario del Derecho penal, como hiciera Roxin.³⁶⁴

Lo que hoy domina es una sensación de anomia por el exceso de leyes, y no precisamente por su falta. Leyes que, además, dan la sensación de que están siendo incumplidas. Parece extenderse un clima de impunidad.

Por otra parte, muchos bienes jurídicos que están actualmente, son protegidos por el Derecho Penal, podrían estar siendo tutelados por otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho Civil, el Derecho Administrativo o el Derecho Tributario.

³⁶⁴ “Sentido y límites de la pena estatal”. *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción LUZÓN PEÑA. Reus 1976, p. 21.

La conquista del razonamiento relativo a la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal se ha olvidado. El Derecho Penal ya no es considerado como la *ultima ratio* sino la *prima*, o la *solo ratio*, es decir, se ha dejado de lado el razonamiento de que el Derecho Penal, como la rama más radical del ordenamiento jurídico, debía intervenir sólo cuando las demás Ramas resultaran insuficientes para la protección de un determinado bien.

En la sociedad actual, donde el estado de bienestar se ha transformado en un Estado Penal, todo interesa a esta rama del ordenamiento jurídico. El principio de intervención mínima ha perdido prácticamente su significado. El argumento de que al Derecho Penal sólo le interesa la protección de los bienes más importantes y necesarios para la vida en sociedad ha evolucionado a que todos los bienes merecen ser protegidos por el Derecho Penal.

El concepto de importancia es subjetivo, y varía de persona a persona. Hay ordenamientos jurídicos, como el brasileño, donde existe una concepción bipartita de infracción, entendiendo, por un lado, los crímenes (o delitos), cuyo objetivo es proteger los bienes jurídicos más importantes y, por otro lado, las faltas penales, correspondiéndoles la protección de los bienes que no gozan de la misma importancia que aquellos previstos para los crímenes o delitos.³⁶⁵

El ordenamiento jurídico-penal español adopta una concepción tripartita del concepto de infracción penal, haciendo una distinción entre delitos graves, delitos menos graves y faltas, y la diferencia entre los mismos se plasma claramente en las penas previstas para cada infracción penal.³⁶⁶

Seguidamente nos ocuparemos del análisis de la teoría del bien jurídico como fundamento de la intervención mínima hasta llegar a la justificación de la elección de los bienes a ser tutelados por el Derecho Penal.

³⁶⁵ El art. 1º de la Ley de Introducción al Código Penal brasileño establece que el delito es la infracción que la ley castiga con una pena de prisión o detención, ya sea sola o alternativa o acumulativamente con una pena de multa; el delito menor es una falta que la ley castiga con una pena de prisión o con una multa, o ambas, alternativa o acumulativamente.

³⁶⁶ Establece el art. 13 del Código Penal español: “1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve”.

3.1. Teoría del bien jurídico con fundamento de la intervención mínima

El principio de intervención mínima debe analizarse bajo dos enfoques diferentes, a saber:

a) *ab initio*, debe entenderse como un principio de análisis abstracto, que sirve de orientación para el legislador en relación a la creación o a la revocación de las figuras típicas;

b) muestra la llamada *naturaleza subsidiaria del Derecho Penal* y debe considerarse como la *ultima ratio* de intervención del Estado.

En su primera vertiente, para poder entender cómo el principio de intervención mínima pueda ser de orientación para el legislador, necesitamos descubrir su punto de partida. No puede perderse de vista su finalidad última, que se confunde con la propia finalidad del Derecho Penal.

En un enfoque minimalista, característico del principio de intervención mínima, la finalidad del Derecho Penal es proteger los bienes más importantes y necesarios para la vida en sociedad. Partiendo de esta visión, sólo los bienes de mayor relieve son los que merecerán la atención del legislador penal que, con el fin de protegerlos, deberá crear los tipos penales incriminatorios, prohibiendo o determinando la práctica de comportamientos bajo la amenaza de una sanción.

Así, la primera vertiente del principio de intervención mínima gira en torno, concretamente, a la teoría del bien jurídico, de la que nos ocuparemos adelante.

Con su segunda vertiente, el principio de intervención mínima deja entrever la necesidad de que el Derecho Penal podrá aplicarse de forma subsidiaria, en función de la oportunidad de su intervención, permitiendo que otras Ramas del ordenamiento jurídico, con carácter prioritario, puedan proteger los bienes jurídicos, siendo sólo necesaria la intervención del Derecho Penal cuando estas otras Ramas demuestren que son ineficaces o insuficientes en su protección. El estudio de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, con las importantes

implicaciones prácticas, se llevará a cabo después del tema relativo al estudio de la teoría del bien jurídico.

Tomando como punto de partida una concepción minimalista, conviene comenzar identificando con precisión el origen de la teoría, así como el concepto del bien jurídico, para analizar, en momento posterior, sus criterios de selección a los fines de protección por el Derecho Penal.³⁶⁷

La teoría del bien jurídico se desarrolló a partir del iluminismo y se proyectó en el Derecho Penal. La evolución de un Estado absolutista a un Estado liberal dio lugar a que la teoría del bien jurídico-penal ganase relevancia, ya que es una garantía para el ciudadano que el Estado configure tipos penales incriminatorios que protejan bienes jurídicos. Eso significa que el tipo penal recuperará una función selectiva de bienes jurídicos, necesarios para el mantenimiento del cuerpo social.³⁶⁸ Günther Jakobs apunta que “un bien es una situación o hecho valorado positivamente”.³⁶⁹

³⁶⁷ Luiz Régis Prado con el objetivo de trazar una evolución conceptual del bien jurídico, afirma que “la idea del objeto jurídico del delito nace con el movimiento del iluminismo y con la aparición del Derecho Penal moderno” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 21). Roxin, a su vez, pone en duda si el origen de la teoría del bien jurídico se produjo, efectivamente, en el Siglo de la Luce: “La cuestión de si el concepto del bien jurídico, cuya creación se atribuye a Birnbaum, tenía en la época en la que apareció, en el siglo XIX, un contenido liberal y limitador de la punibilidad, es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho Penal del iluminismo, que se había esforzado por limitar la punibilidad a los daños sociales, derivando de eso, también, la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral (ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*, p. 55).

³⁶⁸ Sin embargo, como bien destaca L. Regis Prado, “la suposición de que el delito perjudica o amenaza con dañar los bienes jurídicos, es aceptada por los estudiosos del derecho, no puede decirse lo mismo acerca del concepto del bien jurídico, donde reina mucha controversia” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 35-36).

³⁶⁹ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*, p. 50. Para Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée “los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación, que tiene lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos, porque están en permanente discusión y revisión”

” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Leciones de derecho penal*, v. 1, p. 59). Zaffaroni, a su vez, afirma que “un bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal – Parte geral*, v. III, p. 240). Por su parte, E. Vaello Izquierdo establece que “los bienes jurídicos constituyen valores o intereses protegidos por el Derecho en la medida en que son requisitos necesarios para que las personas desarrollen su vida social, pudiendo ser de naturaleza individual

Independientemente del concepto que se adopte del bien jurídico, sea como un bien considerado individualmente, sea como un bien de interés colectivo o social, la elección deberá recaer sólo sobre aquellos que gocen de la relevancia exigida por el Derecho Penal, con el fin de que se atienda al principio de intervención mínima.

Ferrajoli,³⁷⁰ comparando los crímenes (o delitos) con las contravenciones penales (en Brasil) o faltas (en España), aboga por la tesis de la completa revocación de estas últimas. Partiendo de la pena conminada en abstracto, que en realidad define la gravedad de la infracción penal, si el fin de las contravenciones penales o de las faltas es el de la protección de los bienes que no son tan relevantes como para ser protegidos por los tipos penales de los delitos, sería mejor, en atención al principio de intervención mínima, que fueran todas abolidas. Los bienes a los que dan cobertura deberían ser protegidos por otras Ramas del ordenamiento jurídico.

Cada sociedad tiene la libertad para valorar sus bienes de acuerdo con su cultura, no pudiendo generalizarlos o limitarlos. Como veremos más adelante, hay una *zona de consenso* en la cual determinados bienes poseen el mismo valor en cualquier sociedad. Por otra parte, también existen las *zonas de conflicto*, es decir, situaciones que son tratadas de una forma por una determinada sociedad, pero reciben un distinto tratamiento. Por ejemplo, la vida es un bien sobre el cual existe un acuerdo de protección. Sin embargo, hay infracciones penales – que, en teoría, protegen la vida – que están previstas en una determinada sociedad y no en otra. Igual sucede con el delito de aborto, castigado por la legislación brasileña pero tolerado en otros ordenamientos.

El criterio de selección para establecer la protección de los bienes más importantes y necesarios para la vida en sociedad, no es ni absoluto ni rígido, determinado para todo y cualquier ordenamiento jurídico, ya que el grado de importancia puede variar de una cultura a otra.

(vida, libertad, honor, etc.) o comunitaria (salud pública, seguridad del Estado, medio ambiente, entre otros” (ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*, p. 42).

³⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 575.

3.2. El criterio de selección de los bienes jurídico-penales y la creación típica

El incumplimiento de las reglas sociales, el hacer caso omiso de las prohibiciones o imposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico-penal, con el fin de preservar una convivencia tranquila y pacífica entre los ciudadanos, nos provoca la idea de censura del acto de rebeldía al sistema.

La censura se encarna en la pena, determinando incluso la gravedad del mal cometido. Pero ¿cómo llegar a este *quantum*? ¿cómo establecer, por ejemplo, que aquel comportamiento es más grave que éste, mereciendo, pues, mayor censura y, por tanto, una mayor pena? ¿Cómo medir la censura del Estado realizada a través de la pena, que deberá, obligatoriamente, ser proporcional al mal cometido por el agente? Considerando, además, las funciones que se atribuyen a la pena – reprobar y prevenir los delitos –, ¿cómo conseguir que cumpla las citadas funciones?

Como apunta Giménez Pericás, desde que la venganza privada fue sustituida por el precio de la sangre y la composición reglada por la autoridad, el por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar son preguntas que seguirán suscitando diversas respuestas.³⁷¹ Estas preguntas, como se percibe, no son fáciles de responder, sobre todo cuando se vive un proceso de inflación legislativa, donde hay cientos de tipos penales y, sin duda, ello desemborará en una desproporción con relación a las penas establecidas en los mismos.

Otro punto cuestionable es el de la pena que se debe imponer a cada infracción penal: elegir, entre las penas previstas por la ley penal aquellas que más se adapten al acto delictivo. Desde una pequeña pena de multa, hasta la privación de la libertad, sin contar con la posibilidad, también, aun cuando sea excepcionalmente, de la aplicación de la pena de muerte, como sucede en algunos ordenamientos jurídicos.

³⁷¹ GIMÉNEZ PERICÁS, Antonio. *Por qué castigar y cómo castigar* – como reto penitenciario del próximo milenio, p. 192.

Podemos tomar como referencia los valores superiores establecidos en los textos constitucionales. Sin embargo, existen otros bienes de relieve a ser protegidos que no poseen un estatus constitucional. La tarea de seleccionar los bienes parte, en primer lugar, de su valoración, de acuerdo con una concepción minimalista, en la que sólo los realmente importantes pueden merecer la protección del Derecho Penal.

Aunque nuestra opción sea la de un Derecho Penal Mínimo, sabemos que no siempre la sociedad comparte esta postura ideológica. De hecho, y por regla general, la sociedad, cansada de presenciar a actos crueles, que le causan repugnancia, busca la tipificación a partir de comportamientos hasta entonces considerados indiferentes para el Derecho Penal. Surge un terrible proceso de inflación legislativa, que sólo conduce al descrédito y a la desmoralización del Derecho Penal. Incluso sabiendo que el resorte que impulsa la creación de los tipos penales es la movilización de la llamada opinión pública, la política penal de cada época es la que define la selección de los comportamientos que deben castigarse, con la consecuente valoración de los bienes jurídicos que deben tutelarse penalmente.

Se trata de una política penal de tensión, dado que los movimientos antagónicos – minimalistas y maximalistas – luchan por la victoria de sus ideales. Los minimalistas afirman que la creación desorbitada de tipos penales (incriminatorios) hará que el Derecho Penal trate de proteger los bienes que no tienen la importancia necesaria exigida, siendo sus penalidades las que más estigmatizan; los partidarios de las tesis maximalistas sustentan que la sociedad debe valerse de este entorno fuerte de imposición de terror, que es el Derecho Penal, con el fin de tratar de evitar la práctica de comportamientos en teoría dañosos o peligrosos, sin considerar el estatus que goce el bien que con él se quiere proteger. Para los maximalistas, el Derecho Penal tendría un papel educador, es decir, mediante la imposición de sus graves sanciones, inhibiría conductas prohibidas.

La selección de los bienes jurídicos varía de sociedad a sociedad. El criterio de selección será valorativo-cultural, de acuerdo con la necesidad de cada época, de cada sociedad. Existe un área de consenso, común a toda y cualquier sociedad, con respecto a la protección de determinados bienes, con la creación de ciertas figuras típicas, como es el caso del delito de homicidio, robo, etc. Sin embargo, existen zonas de conflicto, en que las conductas que son incriminadas en una determinada sociedad no lo son en otras como ya hemos mencionado.³⁷²

En nuestra opción minimalista, ya sea partiendo de la búsqueda de valores constitucionales, ya sea seleccionando otros que no tengan un ámbito constitucional, lo que importa, en la protección y selección de estos bienes por el Derecho Penal, es, efectivamente, que posean la importancia requerida por esta rama del ordenamiento jurídico, considerada la más grave y radical de todas.

Luiz Flávio Gomes, cuando se ocupa del papel que desempeña el bien jurídico a la hora de seleccionar los comportamientos que se quieren prohibir o imponer bajo la amenaza de una sanción penal, dice:

“(a) el primero es de naturaleza *indicativa*, es decir, relativo al principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos. Hoy se reconoce (de modo indicativo), que sólo los bienes existenciales (individuales o supra-individuales) más importantes para el ser humano, es decir, los que son *indispensables* para el desarrollo de su personalidad, merecen que se contemplen en una norma como objeto de protección (y, por consiguiente, de la ofensa penal);

³⁷² Según aclaran J. de Figueiredo Dias y M. da Costa Andrade, “Hay delitos – que no vamos a enumerar aquí – que expresan un claro consenso de toda la comunidad y que despiertan sentimientos de cohesión y solidaridad. Se trata, además, de delitos comunes a la generalidad de las sociedades y tendencialmente constantes a lo largo de la historia. No faltan, sin embargo, delitos ‘creados’ para prestar eficacia a una particular moralidad o a un determinado arquetipo de organización económica, social o política. Tales delitos constituyen siempre, de forma más o menos inmediata, afloramientos de una conflictualidad determinada, si bien la criminalización en esta área presupone el ejercicio del poder en interés de unos, pero imponiéndose a *todos*. Como fácilmente se intuye, es aquí donde el problema de la definición del crimen se convierte en un problema eminentemente político (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, p. 89).

- (b) el segundo es de carácter *negativo*, en el sentido de que estamos en condiciones de afirmar, con buen margen de seguridad, al menos qué bienes *no pueden* convertirse en objeto de tutela (y de ofensa) penal: la moral, la ética, la religión, la ideología, los valores culturales como tales, etc.”.³⁷³

En la tarea de protección de los bienes vitales y necesarios para la vida en sociedad, el legislador, encargado de seleccionar estos bienes, debe considerar como principios norteadores de su actividad, la llamada intervención mínima del Derecho Penal, haciendo hincapié en su carácter subsidiario, así como en la lesividad y en la inadecuación social de la conducta que se quiere prohibir o imponer bajo la amenaza de una sanción. Aunque el bien haya sido considerado como políticamente relevante, si las otras Ramas del ordenamiento jurídico pueden hacer más eficaz su protección, no habrá necesidad de una intervención radical del Derecho Penal.

Si no fuera suficiente, el legislador también deberá llevar a cabo el razonamiento de la lesividad de la conducta, es decir, sólo podrá prohibir las conductas que rebasen a la persona del agente infractor y que puedan afectar a bienes de terceros. De acuerdo con este razonamiento, no se puede prohibir de pensar, formas particulares de ser (modo de vestirse, orientación sexual, educación, etc.), y el Derecho Penal debe ser tolerante con las diferencias existentes entre los seres humanos.

Sin embargo, el comportamiento prohibido deberá merecer la desaprobación de la sociedad, ya que si la conducta que se quiere prohibir o imponer ya se encuentra asimilada en el entorno social, querer criminalizarla sería, en realidad, fomentar la práctica de infracciones penales, ya que la sociedad, acostumbrada con la práctica de determinados comportamientos, no se dejaría influir por la prohibición.³⁷⁴

³⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 55.

³⁷⁴ Como bien destaca L. F. Gomes, “es un presupuesto lógico de todo discurso garantista suponer que el legislador, a pesar del margen de libertad (con que cuenta) en el ejercicio de su atribución de seleccionar los bienes jurídicos, margen ese que deriva de su posición constitucional y, en

El mayor problema reside en la siguiente pregunta: ¿Qué es un bien importante, necesario y vital para la vida en sociedad? Sabemos que el concepto de importancia es fluido, laxo según las opciones políticas que se adopten en cada período de nuestra historia. Como apunta F. Bueno Arús, “ningún criterio científico es apto para fijar qué se debe castigar, cómo se debe castigar y con qué límites temporales se debe determinar el castigo”.³⁷⁵ Lo que era importante para el régimen nacional-socialista de Hitler, fue considerado como una atrocidad de los derechos humanos. En definitiva, en la selección de los bienes jurídicos nos encontramos con otro problema, es decir, el de la valoración de la propia importancia, dependiente del período histórico social de que se trate.

Como orientación podemos tomar como referencia los bienes establecidos en nuestros textos constitucionales, a los que habría que sumar otros. Para Luiz Flávio Gomes, “no es correcto decir que exclusivamente los derechos fundamentales son los que merecen la tutela penal. Otros bienes o intereses particulares o incluso colectivos, aunque no estén contemplados en el texto constitucional, pueden ser objeto de la protección penal, siempre que sean socialmente relevantes y compatibles con el marco axiológico-constitucional”.³⁷⁶

Hay teorías constitucionales que sólo autorizan la creación de tipos penales incriminatorios, en el caso de que exista un marco constitucional que ampare el bien que debe ser tutelado jurídicamente por el Derecho Penal. En realidad, se considera la Constitución como un límite positivo del Derecho Penal, pudiéndose destacar, conforme apunta J. Conceição Paschoal,³⁷⁷ dos vertientes de este pensamiento: a) el Derecho Penal como potencial espejo de la Constitución y b) el Derecho Penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

última instancia, de su específica legitimidad democrática [...], está vinculado a la Constitución y a los principios político- penales que emanan de ella”

(GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 69).

³⁷⁵ ARÚS, Francisco Bueno, *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, p. 130.

³⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 69.

³⁷⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, p. 59-60.

Por la primera vertiente, es decir, la del Derecho Penal como un espejo potencial de la Constitución, sólo podría aceptarse la protección de bienes jurídicos que estuvieran expresamente previstos en la Constitución. El texto constitucional sería el límite positivo del legislador, con el fin de permitir, a través del Derecho Penal, únicamente la protección de los bienes constitucionalmente previstos, estén o no vinculados a los derechos considerados como fundamentales.

La segunda vertiente, más radical que la primera, sólo permitiría la protección penal de los bienes jurídicos constitucionalmente previstos siempre que formaran parte de los llamados derechos fundamentales, alejando la posibilidad de tutela penal sobre los demás, incluso aunque quedara bajo el amparo constitucional.

Sin embargo, como hemos dicho, hay otros bienes que pueden no haber sido contemplados en el ámbito constitucional, pero que también gozan de la importancia requerida por el Derecho Penal. La sociedad está cambiando. Valores hasta entonces desconocidos se convierten en fundamentales. Puede suceder -y no es inusual- que cuando se promulgó la Constitución, no se contemplara algún bien al que, tiempo después, se le haya atribuido una gran importancia.³⁷⁸

En algunos casos, es la propia Constitución la que prescribe la punibilidad de conductas atentatorias, por ejemplo, contra la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad. Un ejemplo lo encontramos en el *caput* del art. 5º, así como su inciso XLI, de la Constitución Brasileña, cuando dice que “la ley castigará cualquier discriminación atentatoria contra los derechos y libertades fundamentales”. También cuando determina la incriminación de

³⁷⁸ Según afirman P. C. Busato y S. Montes Huapaya, “[...] el criterio de selección o priorización de los valores e intereses que el Derecho Penal debe proteger, de lesiones o posiciones en peligro, no tiene una regla general inmutable, y sí depende de la estructura social determinada en un momento histórico. La decisión entre una y otra postura no depende de las bases valorativas que el propio Derecho Penal ha desarrollado. La Constitución constituye sólo una fuente de referencia, pero tampoco establece los límites para la selectividad o priorización, ya que la sociedad evoluciona de manera vertiginosa. Con ello, la presencia de nuevos riesgos y sus valoraciones jurídicas y apreciaciones de índole ideológicas, éticas o políticas determinan los cambios en el campo jurídico-penal que no derivan, necesariamente, de los cambios valorativos del campo constitucional (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal* – Fundamentos para um sistema penal democrático, p. 92).

comportamientos, por entenderlos altamente lesivos para los bienes jurídicos relevantes, similar a lo establecido en el inciso XLII del art. 5° de la mencionada Constitución Brasileña, cuando dice que “la práctica del racismo constituye un crimen inafianzable e imprescriptible, sujeto a pena de reclusión, en los términos que establezca la ley”; lo mismo en el inciso XLIII, cuando establece que “la ley considera delitos no afianzables y no susceptibles de indulto o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes, respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran”; y, también, en el inciso XLIV, cuando establece que “constituye delito no afianzable e imprescriptible las acciones de grupos armados, civiles o militares, contra el orden institucional y el Estado Democrático”.³⁷⁹

En sentido contrario, actuando como “límite negativo al Derecho Penal”, en lugar de señalar cuáles son los bienes que merecen la tutela del Derecho Penal, puede la Constitución puede prohibir la incriminación de ciertas conductas. Por tanto, sirve como límite al *ius puniendi* del Estado. Es una barrera insuperable para el legislador, siendo competencia del Poder Judicial el control de textos legales que ofendan las prohibiciones de incriminación contenidas en el texto de nuestra norma fundamental. Aunque permitiendo la prohibición de determinadas

³⁷⁹ J. C. Paschoal apunta: “La doctrina ha interpretado, de manera diferente, las indicaciones de criminalización y las determinaciones expresas de criminalización. Defiende que, con relación a las primeras, el constituyente hace un análisis de la dignidad penal de los bienes que reconoce como importantes para una sociedad determinada, dejando la evaluación de la necesidad para el legislador ordinario, mientras, en la segunda (determinación expresa de criminalización), el constituyente ya habrá hecho la evaluación de la dignidad y de la necesidad de la tutela, sin que el legislador tenga libertad para ponderar concretamente la necesidad de este tipo de protección” (PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, p. 80). Con acierto, rebatiendo el pensamiento tradicional, la autora afirma: “Asumir que el constituyente ya evalúa el mérito y la necesidad de la tutela penal, estando, por tanto, el legislador obligado a tipificar, significa volver la espalda al necesario carácter material de la ley y de la propia Constitución, sin tomar en consideración los principios informadores del Derecho Penal Mínimo, de manera que, en última instancia, se pauten la necesidad efectiva y no meramente formal de la tutela penal” (PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, p. 84).

conductas, puede impedir la imposición de penas que afecten a la dignidad de la persona humana.³⁸⁰

La elección del bien que debe proteger el Derecho Penal y, por tanto, la creación de la figura típica, deberán obedecer a los principios penales fundamentales (intervención mínima, lesividad, adecuación social, fragmentariedad, etc.), que servirán de guía para el legislador. Hay libertad política en la elección de los bienes que merecen la tutela del Derecho Penal. Sin embargo, tal libertad de elección se encuentra limitada por la observancia obligatoria de los principios penales fundamentales.

3.3. De la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal

La segunda vertiente del principio de intervención mínima pone de manifiesto la llamada naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, que debe ser entendido como la *ultima ratio* de la intervención del Estado.

Tal razonamiento asume un aspecto relevante en la visión minimalista del Derecho Penal, puesto que las otras Ramas del ordenamiento jurídico muestran que son fuertes con respecto a la protección de determinados bienes. Es preferible que tal protección se lleve a cabo por estas otras Ramas de ordenamiento jurídico, en lugar de la intervención drástica del Derecho Penal, con todas sus consecuencias negativas, como el efecto estigmatizante de la pena, de los reflejos que una condena puede conllevar para la familia del condenado, etc.³⁸¹ En muchas

³⁸⁰ Conforme explica A. Bianchini, “un Estado de tipo democrático y de derecho debe proteger, exclusivamente, los bienes considerados esenciales para la existencia del individuo en la sociedad. La dificultad radica, exactamente, en la identificación de esta clase de bienes. La determinación de lo que sería digno de tutela penal representa una decisión política del Estado, que, sin embargo, no es arbitraria, sino sujeta a su propia estructura. En un Estado social y democrático de derecho, la elección de los bienes jurídicos deberá realizarse teniendo en cuenta los individuos y sus necesidades dentro de la sociedad en la que viven (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 41).

³⁸¹ Según Enrique Cury Urzúa, “el Derecho Penal es secundario o subsidiario, porque la pena debe aplicarse únicamente cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada a través de los medios para protegerlos de que disponen las otras Ramas del ordenamiento jurídico. La pena es, pues, un recurso de *ultima ratio*. Lo mismo puede decirse de las medidas de seguridad y corrección. Este carácter secundario o subsidiario del Derecho Penal es una consecuencia de las tendencias político-penales del presente, inspiradas en el *principio de humanidad*” (CURY

situaciones el Derecho Administrativo demostrará, incluso, una fuerza superior al propio Derecho Penal, dada su pronta eficacia. El poder de policía, que es inherente al Estado, hace que el Derecho Administrativo resuelva situaciones conflictivas mucho más rápidamente que el Derecho Penal.

La creación de la figura típica se encuentra limitada por el principio de intervención mínima. A través de la vertiente que indica la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, el legislador, cuando vaya a realizar la elección del bien, además de tener que contrastar su importancia, tanto a nivel individual como colectivo o social, deberá comprobar, obligatoriamente, si las otras Ramas del ordenamiento jurídico se muestran suficientemente eficaces para la protección de ese bien que, de antemano, ya se había considerado importante. Sólo si se considera que esa protección resultará ineficaz o insuficiente, se permitirá la intervención drástica del Derecho Penal.

3.4. Esquema minimalista piramidal

Una vez adoptada la postura minimalista, tenemos que revisar todo el sistema jurídico, con el fin de llevar a cabo una “limpieza” en los tipos penales, revocando todos los que, efectivamente, pueden ser protegidos por las otras Ramas, sin la necesidad de intervención radical por parte del Derecho Penal. Esto tendría la ventaja de reducir el número de presos que se encuentran en el sistema penitenciario. Muchos de ellos, condenados por delitos menores, terminan pervirtiendo su personalidad, en virtud de la convivencia nefasta de la cárcel.

URZÚA, Enrique. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 54-55). En el mismo sentido, afirma Roxin que el Derecho Penal es tan sólo “la última entre todas las medidas protectoras que deben ser consideradas, lo que significa que solamente puede intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil[...], las sanciones no penales, etc. – Por eso, se denomina la pena como la *ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección *subsidiaria* de los bienes jurídicos” (ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 65). Por su parte, P. de Souza Queiroz afirma: “El Derecho Penal debe ser, finalmente, la *extrema ratio* de una política social dirigida a la dignidad del hombre. Semejante intervención presupone, así, el fracaso de las instancias de prevención primaria y el control social, la familia, la escuela, el trabajo etc., y de otras formas de intervención jurídica, civil, laboral, administrativa. Es decir: la intervención penal, ya sea en el ámbito legislativo, en la elaboración de las leyes, ya sea en el ámbito judicial, cuando se aplica en la práctica, sólo está justificada *si* y *cuando* sea realmente imprescindible e insustituible (SOUZA QUEIROZ, Paulo de *Funções do direito penal*, p. 125).

La propuesta minimalista piramidal se constituiría en cuatro puntos. Para exponerla más claramente, por tanto, la dividiremos en cuatro estratos.

En la base de esta pirámide minimalista, habría una selección de los tipos penales que deberían ser derogados, ya que los bienes que protegen podrían ser protegidos por las demás Ramas del ordenamiento jurídico. Tendríamos que depurar el ordenamiento jurídico-penal, permitiendo sólo la permanencia de los tipos penales realmente necesarios para la protección de los bienes más importantes y fundamentales para la vida en sociedad. Para ello, se realizaría una revisión minuciosa en el ordenamiento jurídico-penal, utilizando los principios penales fundamentales como herramientas indispensables para la depuración de los tipos incriminatorios, que nos llevaría a un natural proceso de “deflación legislativa”.

En el segundo estrato de esta pirámide, se procedería a implementar los llamados Tribunales Penales Especiales, cuyo objetivo sería la persecución de las infracciones penales de menor potencial ofensivo, con el fin de aplicar sólo las penas no privativas de libertad, o de multa, alejando igualmente a los condenados por la comisión de una infracción penal de esta naturaleza de la convivencia perniciosa de la cárcel.

Durante muchos años, los países que han adoptado en su ordenamiento jurídico el sistema germánico, tratan con cierto prejuicio al sistema anglosajón, ya que este último no se ha preocupado demasiado de las denominadas teorías del delito, sino que se ha centrado en una resolución rápida y efectiva de los casos que se le presenten. Para ello, se sirven de institutos que, actualmente, están siendo “exportados” a los países que, tradicionalmente, los rechazaban. La llamada Justicia negociada ha ido ganando terreno en muchos ordenamientos jurídicos.

La expansión de este modelo de Justicia se debe al hecho de que, actualmente, hay una búsqueda de una Justicia que sea más rápida, que trata de juzgar a los que hayan cometido el delito en el plazo más breve posible, reparando, con la mayor diligencia, el perjuicio experimentado por la víctima de la infracción penal.

Por consiguiente, muchos ordenamientos jurídicos han intentado adaptarse, en parte, al sistema de Justicia Penal Norte-Americana, que recurre a los institutos del *plea bargaining* (una negociación llevada a cabo entre la acusación y la defensa acerca de la pena que debe aplicarse) y del *plea guilt* (donde el reo confiesa su culpa), con el fin de que la solución del caso concreto sea más rápida, o mejor dicho, que la respuesta penal del Estado al delito cometido por el agente infractor sea la más rápida posible.

La *Justicia negociada*, como nos explica Francóise Tulkens, “encuentra su más compleja expresión en los procedimientos de negociación de la asunción de culpa, ya bien conocida en los EE.UU. y que algunos autores no dudan en calificar como un verdadero contrato. En el modelo americano, la asunción de culpa suele ir precedida de una negociación que es, en esencia, una negociación. Los términos de la negociación pueden recaer sobre la pena (sentencia negociada) o sobre la imputación (imputación negociada). En el primer caso, hay una negociación vertical en la que el acuerdo formulado evita el juicio. En el segundo caso, hay una negociación horizontal que tiene lugar en la fase inicial entre la persona imputada y el fiscal, quien puede a su vez archivar o modificar los cargos”.³⁸²

Este concepto de Justicia rápida se plasma en lo que Silva Sánchez denomina “derecho penal de segunda velocidad”, es decir, un derecho penal más rápido, que permite minimizar los derechos y las garantías fundamentales, a cambio de esta velocidad. Sin embargo, y esta observación es importante, como estos derechos y garantías son minimizados, reducidos, en esta segunda velocidad del derecho penal no podrían aplicarse las penas de privación de libertad. Subraya Jesús-Maria Silva Sánchez, que “no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantista dentro del Derecho penal, siempre y cuando -eso si- las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión”.³⁸³

³⁸² TULKENS, Françoise. *Justiça negociada – processos Penais da Europa*, p. 695.

³⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*, p. 154-155

De esta forma, los tribunales penales especiales tendrían una función importante para la reducción de la población carcelaria, ya que las penas que se aplicarían, serían no privativas de libertad, similar a la pena pecuniaria o a una pena restrictiva de derechos.

Así, entenderíamos por infracción penal de menor o entidad, aquella cuya pena máxima no exceda de un cierto límite previsto en la ley que, a modo de sugerencia, podría ser de 4 (cuatro) años. Con esto, alejaríamos del sistema penitenciario un número enorme de condenados y, por otra parte, para estos casos, tendríamos una respuesta rápida no sólo por la rapidez de los juicios de competencia de este tribunal especial, sino también por la posibilidad de realizar la llamada Justicia negociada, con las ventajas que se especificarán para el investigado, en cada caso concreto. En este segundo estrato de la pirámide estaríamos trabajando con las infracciones penales que no determinarían la privación de libertad del preso que cometió el delito.

En el tercer estrato de la “pirámide minimalista” quedarían las infracciones penales que no se pueden abolir, ni tampoco juzgar por un tribunal penal especial, teniendo en cuenta su gravedad, alejándose la posibilidad de cualquier negociación entre la Fiscalía y el investigado.

No se debe confundir minimalismo con ingenuidad. Lo que el minimalismo pretende, en realidad, es elegir las prioridades. El Derecho Penal no puede resolver todos los problemas sociales. Por otra parte, hay casos graves, que requieren una respuesta también contundente por parte del Estado. En estos casos la pena deberá tener un efecto disuasorio tanto con relación a quien cometió el delito (prevención especial), como con relación a las demás personas (prevención general), desmotivándolas en orden a la comisión de un comportamiento delictivo.

Para estos casos, hasta el momento, aún no se ha encontrado otra alternativa que no sea el cumplimiento de una pena privativa de libertad dentro del sistema penitenciario. Como veremos más adelante, la tecnología podrá sustituirla, en un futuro bien próximo. Sin embargo, por ahora, todavía tenemos que convivir con esta modalidad de pena.

Con todo, hay personas que, en razón del acto que cometieron, no pueden quedar libres, es decir, no pueden seguir viviendo normalmente en la sociedad. Para estas personas, por tanto, la prisión, lamentablemente, sigue siendo el último recurso.

Aunque esta sea la realidad actual, el cumplimiento de la pena de privación de libertad se hará, obligatoriamente, respetando el principio de dignidad humana y preservando todos los demás derechos inherentes al condenado. Cualquier situación que imponga un sufrimiento, además de lo establecido en la sentencia, es decir, cualquier situación que vaya más allá de la pura y simple privación de la libertad del condenado, supondrá un abuso, debiendo ser corregido por la Justicia.

En la cúspide de esta “pirámide minimalista” se encontrarían los llamados “delitos contra la humanidad”, como el genocidio. Son hipótesis consideradas graves que, por tanto, requieren también una respuesta adecuada por parte del Estado.

Para los crímenes de esta naturaleza, podríamos, incluso, pensar en la posibilidad de reconocer la imprescriptibilidad. Aunque, a primera vista, parezca que no sea políticamente correcto hablar de imprescriptibilidad, existen casos a los que no se puede dar la espalda, aunque haya transcurrido mucho tiempo. Tomemos, como ejemplo, el genocidio cometido durante el período nazi. Si, supuestamente, Hitler estuviese aún vivo, incluso con una edad avanzada, ¿no sería justo que respondiera por las atrocidades cometidas? Del mismo modo, los líderes Hutus, del genocidio de Ruanda, que mataron aproximadamente a 1.000.000 de personas pertenecientes a la minoría étnica Tutsi, ¿no deberían ser juzgados, independientemente del tiempo transcurrido? Las respuestas sólo puede ser afirmativa.

Así que, en definitiva, dentro de una visión minimalista, que ayudaría mucho al sistema penitenciario, deberíamos depurar los tipos penales existentes, revocando aquellos cuyos bienes protegidos no gocen de la relevancia requerida por el Derecho Penal; seguidamente se desarrollará el juicio, por los Tribunales Penales Especiales, de los delitos donde sería posible el recurso a la justicia

negociada, evitando así el encarcelamiento innecesario de personas que podrían, en virtud del hecho cometido, recibir otro castigo por parte del Estado, que no fuese la privación de la libertad.

Al final, quedarían dos estratos de esta “pirámide minimalista”, donde la prisión sería un mal todavía considerado necesario. En cualquier caso, sólo serían encarcelados los culpables de casos graves, sin que se permitiera, al menos inicialmente, la permanencia en libertad del agente que cometió la infracción penal.

4. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

En muchos países de América Latina, de modo semejante a lo que sucede en Brasil, la Justicia Penal se encuentra saturada. Hay miles de casos pendientes de juicio, lo que implica la angustia a la espera de una resolución. Muchas de estas acciones penales acaban prescribiendo a causa de la demora del Estado para llevar a juicio el conflicto.

Cuando no se produce la mencionada prescripción, la demora de una sentencia provoca que la misma cumpla con los fines que tenía asignados, es decir, los de prevenir e impedir los actos delictivos. La adopción de una sentencia mucho tiempo después de la comisión del delito genera no sólo la rebeldía del condenado, que, en muchos casos, ya estaba reintegrado y adaptado a la vida en sociedad, sino también de la víctima, que ha visto su derecho diluido a lo largo de los años.³⁸⁴

³⁸⁴ Tuvimos la oportunidad de actuar en un proceso donde un agente infractor en particular, después de discutir con la víctima, la golpeó a traición, apuñalándola por la espalda y, así, causándole la muerte. Tal hecho tardó aproximadamente 19 años para ser juzgado. Cuando el reo cometió el delito, tenía 22 años de edad. Después de todos estos años, fue llevado a juicio por el gran jurado teniendo ya 41 años de edad. Había formado familia, y era padre de 4 hijos. Era un trabajador ejemplar. Después del asesinato, nunca más se involucró en la comisión de cualquier delito. Ahora, después de todos estos años, fue condenado por la Justicia brasileña al cumplimiento de una pena de 12 años de prisión. Nos preguntamos: ¿Se hizo justicia en el caso concreto, incluso

El proceso penal, en cualquier caso, es angustiante. De hecho, en muchas infracciones penales, especialmente las consideradas como de menor potencial ofensivo, como el robo, pequeñas lesiones, delitos contra el honor (calumnia, injuria o difamación), lo que la víctima desea más es una disculpa, una petición de perdón por parte del ofensor.

En la mayoría de los casos, la víctima estaría satisfecha únicamente con la reparación del perjuicio sufrido, causado por el autor de la infracción penal. No le interesa, por regla general, la privación de la libertad de aquél que ha cometido el delito y que le causó perjuicio, sino su efectiva reparación.

Las leyes penales de numerosos ordenamientos jurídicos, como en España y en Brasil, incentivan la reparación de los daños por parte del acusado, en beneficio de la víctima, impidiendo, con ello, el inicio de una acción penal por parte de la Fiscalía o, incluso, de la propia víctima.

Constatamos que se está difundiendo la idea de añadir al Derecho penal una función social distinta a la de ser instrumento exclusivamente punitivo: la de ser un instrumento de pacificación (o mejor, de re-pacificación)³⁸⁵, atendiendo mejor a los derechos e intereses de la víctima y favoreciendo la situación del imputado. Toma su raíz en la concepción que ve en muchos delitos más un conflicto que una infracción, y por ello, busca más priorizar la solución del conflicto entre las partes que propiamente el castigo a la infracción a la ley. Por ello prefiere la reparación del daño causado antes que su represión, otorgando al ofendido un protagonismo

después de todos estos años? La pena aplicada ¿cumplirá con sus funciones de rechazar y prevenir la delincuencia? ¿La ubicación del condenado en el sistema penitenciario llevará a cabo su reinserción social? Es obvio que no. Que el acusado debería haber sido condenado, no tiene la menor duda. Sin embargo, su condena tardía ha acabado convirtiéndose en una decisión injusta, innecesaria. Ha acabado creando más un problema social al separar un padre de familia de su hogar. Está claro que la víctima (que había fallecido) y sus familiares merecían una respuesta del Estado por el acto grave que cometió. Sin embargo, esta respuesta tenía que haber sido la más rápida posible, la más próxima a la fecha en que se produjeron los hechos. Una justicia tardía, como se percibe, acaba por convertirse en injusta.

³⁸⁵ En la exposición que seguidamente vamos a realizar sobre la Justicia Restaurativa y la mediación penal vamos a seguir algunos de los trabajos de N. Belloso Martín sobre esta temática (Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Mediación penal de menores”, en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324).

en la resolución del caso penal más acorde con su condición de primer damnificado por la infracción. La idea de la reparación de la víctima como alternativa a la imposición de la pena se presenta así como la tercera vía del Derecho penal, e incluso se afirma que cumple mejor los fines de la pena, pues soluciona el conflicto por reposición al estado anterior al delito, lo que satisface la conciencia jurídica colectiva, y consigue que el infractor –al reparar el daño– reconozca el valor del bien jurídico que lesionó y tenga ocasión de reinsertarse socialmente.

Como subraya N. Beloso Martín, en nuestra sociedad hemos llegado a una “mayoría de edad” que nos impulsa a buscar un proyecto emancipador, donde el hombre pueda realmente elegir y ser protagonista de sus acciones, asumiendo plenamente las consecuencias que provoquen las mismas. La vida social tiene un componente excesivamente normativizado, pues todos los problemas se pretenden resolver acudiendo al Derecho y al proceso jurisdiccional. La mediación se perfila como un sistema de resolución de conflictos complementario al proceso judicial, en el que las partes procuran gestionar positivamente sus disputas, ayudadas por un tercero (facilitador, mediador), por lo que se promueve un mayor ejercicio de autonomía, responsabilidad y soberanía de los ciudadanos.

Lo que pretende la mediación es resolver el conflicto que se ha establecido entre las dos partes enfrentadas. Implica una resolución participativa de los conflictos, transformando una situación de pasividad e inhibitoria de las partes que –hasta ahora, dejaban en manos del poder público y de la Administración de justicia, la resolución de sus disputas–. La resolución participativa supone una implicación directa y activa de los ciudadanos en la gestión y solución de sus conflictos. Por parte de las instituciones supone también confiar más en los ciudadanos y cederles una pequeña parcela de soberanía. La mediación puede aplicarse a diversas áreas (laboral, intercultural, comunitaria, escolar, familiar y penal). “En el ámbito penal la mediación no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan. Por el contrario, partiendo del reconocimiento del derecho penal como derecho público, se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga

más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. La reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos es lo que persigue la mediación”³⁸⁶.

Es evidente que la decisión del ofendido de aceptar una reparación sustitutiva de la pena debe referirse principalmente a aquellos ilícitos de mediana entidad y que sólo lesionan derechos e intereses disponibles de su titular, y por ello, dejados por el orden jurídico en el ámbito de la autonomía de su voluntad. En cambio, los delitos graves impiden que la sociedad considere el esfuerzo del autor por reparar el daño como “suficiente para el restablecimiento de la paz jurídica”. Esta solución no punitiva tendrá también un efecto de prevención. Hay también quienes critican esta visión “penal” de la reparación, pues apuntan una excesiva injerencia estatal en el conflicto, que podría contradecir el interés reparatorio de la víctima (Vg. que el tribunal considere insuficiente para la satisfacción de aquellos fines de la pena, la reparación aceptada por la víctima).

En algunos países, en el área penal se están buscando nuevas formas de hacer realidad una justicia penal que no utilice meramente la sanción negativa (la pena o el castigo) característica del Derecho. Las experiencias de los programas de mediación en el ámbito penal son muy diversas, tanto en sus objetivos como en su contenido y formas de implementación, e incluso, en la propia denominación: reparación a la víctima, conciliación víctima-ofensor, reconciliación, mediación, reparación u otras. En Europa se usa generalmente el término mediación, complementado por el de reparación, para referirse al resultado pretendido por la mediación. En el ámbito internacional se utiliza más la expresión justicia reparadora, traducción del término inglés *restorative justice*³⁸⁷.

³⁸⁶ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Mediación penal de menores”, en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324

³⁸⁷ Con N. Belloso Martín optamos por la expresión “justicia reparadora” y no por la de “justicia restaurativa” puesto que expresa mejor la idea de reparación que se pretende obtener con la misma (Vid., VARONA MARTÍNEZ, Julia.: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, 1998, p. 1 y 355; también, ROIG TORRES, M. *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, 2000, p.453; Efectivamente, en otras lenguas se utiliza la expresión “justice réparatrice” o “giustizia riparativa”. Vid., por ejemplo, el número

4.1. Origen de la justicia restaurativa

La expresión *restorative justice* fue impulsada por el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y ha ganado nuevos adeptos mediante las Conferencias internacionales de Victimología de Adelaida (Australia) en 1994, Ámsterdam en 1997 y Montreal en 2000. La justicia reparadora ha sido definida por Marshall como “un proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva cómo tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro”³⁸⁸.

La razón por la cual en unos ámbitos prefieren utilizar la expresión justicia reparadora y en otros mediación penal obedece, a que la primera busca, como efecto añadido a los programas de mediación, el que la comunidad se involucre en el proceso, compensando uno de los puntos débiles de la mediación -que adolece de un cierto enfoque reduccionista del hecho criminal como conflicto bilateral entre autor y víctima-. Hay que tener además presente la evolución hacia una concepción de la reparación en sentido amplio, que incluye las sanciones orientadas a la comunidad, como el trabajo de utilidad social, lo que responde a la idea de admitir una reparación social o simbólica.

La justicia reparadora es presentada por sus promotores como un nuevo paradigma, como alternativa al modelo tradicional de justicia retributiva y al modelo, supuestamente fracasado, de justicia rehabilitadora. Incluso es esgrimida como alternativa al “paradigma punitivo”, como una vía de reacción social que censure al delito sin castigarlo, es decir, que en lugar de castigo a un ofensor, aporte por el contrario una respuesta socialmente constructiva que trate de reparar

monográfico de la *Revista Criminologie* 32 (1999): La justice réparatrice; también, CERETTI, A. “Mediazione: una ricognizione filosofica”, en L. PICOTTI coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, p.46 (donde utiliza la expresión “giustizia reparativa” tratando de establecer las diferencias con la mediación).

³⁸⁸ MARSHALL, T. “Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4, 1996, p.37.

razonablemente el daño causado³⁸⁹. Con todo, los defensores de este movimiento corren el peligro de quedar anclados en una perspectiva excesivamente maniqueista y teórica, sosteniendo dicotomías excesivamente rígidas entre un modelo reparador y otro retributivo o punitivo, entre segregación y reconciliación, entre un viejo paradigma represivo despersonalizado y autoritario y un nuevo paradigma regulador, personalizador y conciliador. Si realizamos una revisión del propio proceso histórico que ha llevado a una racionalización de la respuesta social al delito y a la sustracción del protagonismo en el ejercicio de la misma a la víctima, a la tribu o a la familia, puede constatarse el porqué de la conveniencia de no suprimir el carácter ejemplificador de la pena.

La justicia reparadora o restauradora tiene una estrecha relación con el movimiento político-criminal a favor de la víctima y la recuperación del papel de la misma en el proceso penal. Constituye una nueva filosofía de resolución de conflictos y un modelo de justicia. Dejando a un lado las dificultades del propio término de justicia restauradora, conviene destacar los *tres elementos principales* que la integran:

1) La noción de que *el delito es más que una ofensa contra el Estado*. Las partes que se ven afectadas por el delito no son sólo el delincuente y la víctima, sino también los familiares y allegados de cada una de ellas, y otros miembros de sus respectivas comunidades que pueden verse afectados o que pueden contribuir a la prevención de futuros delitos;

2) Importancia de un *proceso deliberativo y participativo*: se da especial importancia a la participación, encuentro, comunicación, diálogo y negociación;

3) Uno de sus fines más importantes consiste en la *reparación del daño causado* ya sea directamente a la víctima o indirectamente. -Reparación que puede ser material o simbólica-.

³⁸⁹ Cfr. TAMARIT SUMILLA, J.M^a. “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”, en J. L. González Cussac, J. M^a. Tamarit Sumall, y J.J. Gómez Colomer coord., *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, p.50.

Es decir, en la práctica, la justicia restauradora incluye conciliación entre la víctima y el ofensor, compensación o reparación a la víctima o reparación indirecta sobre la comunidad, entre otras variadas formas. En definitiva, las *tres ideas básicas de un modelo de justicia reparadora* son:

1) El delito es un conflicto entre individuos que produce un daño a la víctima, a la comunidad y a los propios infractores, siendo misión del proceso judicial penal reparar todos estos daños;

2) El objetivo es crear paz en la comunidad reconciliando a las partes y reparando los daños ocasionados;

3) El proceso judicial penal debe facilitar la participación activa de las víctimas, infractores y comunidades para encontrar soluciones al conflicto.

El origen de la Justicia restaurativa se puede encontrar en los Programas de conciliación víctima-ofensor que llevan varias décadas practicándose en Estados Unidos³⁹⁰. Actualmente hay dos movimientos principales de reforma de la justicia: uno se interesa más por la situación de las víctimas del delito, y el otro busca la resolución alternativa de las disputas por medio de la justicia informal o vecinal. A caballo entre estas dos tendencias se encuentran los programas de reconciliación víctima-ofensor (VOPR). Estos programas se iniciaron a raíz de un experimento realizado sin unos objetivos concretos.

³⁹⁰ Los primeros programas de mediación se desarrollaron en Estados Unidos y en Canadá, en la década de los años 70. El pionero parece ser el *Nigh Prosecutor Programa*, en Columbus (Ohio), en 1969. Después surge el *Community Board* de San Francisco y el *Urban Court Program*, en 1975, que se implantan en varias ciudades de Estados Unidos. En 1971, después de las primeras valoraciones de las experiencias de mediación comunitaria en asuntos penales, el Instituto para la Mediación y Resolución de Conflictos de Manhattan estableció el primer modelo operativo para la práctica de la mediación. En 1974, las primeras experiencias de mediación penal comunitaria en Ontario, Canadá, tenían como principal objetivo la conciliación y mediante la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal pretendían tanto prevenir el delito como lograr una justicia penal.

Para explicar los principios de los programas de justicia restaurativa tomamos como referencia la Resolución de 18 de abril de 2002 de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, “On Crime Prevention and Criminal Justice de la United Nations”, mediante la que se recomienda al Consejo Económico y Social que apruebe la siguiente Resolución: Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, “Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters”. Los países suscriptores de esta Resolución son: Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, República Checa, México, Noruega, Perú, Arabia Saudí, África del Sur y Zimbabwe.

El caso “Elvira” es considerado generalmente como el primer ejemplo de estos programas. Comenzó en 1974, como un caso rutinario de vandalismo juvenil en el pueblo de Elvira (Ontario). Cuando el caso llegó al tribunal de la provincia, el oficial de libertad condicional asignado al caso sugirió al juez la idea de que “podría tener algún valor terapéutico para estos jóvenes tener que enfrentarse personalmente a las víctimas de sus numerosas ofensas”. El juez aceptó su petición. El oficial que vigilaba el caso procedió a acompañar a los dos muchachos a los veintiún lugares donde habían causado daños; en cada uno de ellos se identificaban a sí mismos como los culpables y explicaban que habían procedido a determinar el coste de sus delitos. Después fueron multados con 200 dólares y puestos en libertad condicional durante dieciocho meses con la condición de que indemnizaran a sus víctimas por las pérdidas no aseguradas, que sumaban una cantidad cercana a los 1.100 dólares. A los tres meses, los jóvenes habían entregado personalmente el dinero a cada víctima³⁹¹.

El interés del oficial de libertad condicional por experimentar con alternativas al proceso de justicia criminal provenía de su anterior trabajo con el Comité Central de los Menonitas, preocupados por la resolución no coercitiva del conflicto. Tras esta primera experiencia se formalizó una propuesta de programa denominado Proyecto de Reconciliación Víctima/Ofensor. En 1978, la Iglesia menonita, la organización el Prisionero y la Comunidad Conjuntos (PACT) del condado de Elkhart (Indiana), establecieron el primer VOPR en los Estados Unidos. En 1986 se habían creado otros 46 programas. El inventario de 1989 identificaba 67 programas en Estados Unidos, 35 en Canadá, 18 en Alemania occidental y 12 en Reino Unido.

En un programa VOPR las partes se encuentran de forma voluntaria en un marco neutral, alejado de los organismos gubernamentales y en presencia de un miembro de su comunidad, con el fin de tratar de manera informal todo el abanico

³⁹¹ Cfr. WOOLPERT, Stephen, “Los programas de reconciliación víctima-ofensor”, en K. Grover Duffy, J.W. Grosch y P.V. Olczak, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, trad. de M^a.A. Garoz, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996, p.325-349. En la explicación de estos programas VOPR vamos a seguir la exposición de Wollpert que nos ofrece N. Beloso Martín en su trabajo ya citado.

de asuntos implicados –psicológicos, económicos y legales-. Los VOPR buscan resultados individualizados para satisfacer las circunstancias únicas de cada caso. Los objetivos principales son la reconciliación y el restablecimiento, en lugar de la disuasión y aplicación del castigo³⁹². El VOPR típico funciona como una organización sin ánimo de lucro (en muchas ocasiones vinculada a una determinada iglesia y credo), y no a través de una organización de justicia criminal. Los voluntarios comunitarios juegan un papel central en la mayoría de los VOPR: reciben las derivaciones del sistema de justicia criminal, realizan los contactos iniciales con las víctimas y los ofensores, programan y sirven como mediadores imparciales de los encuentros cara a cara, redactan los informes sobre el tipo de indemnización acordada y controlan el progreso posterior hacia la

³⁹² N. Belloso Martín recoge caso de mediación significativo narrado por R.A. Baruch Bush y J. P. Folger, el del “matón sensible”: Regis, un negro maduro y corpulento, había presentado acusación por agresión contra Charles, un joven también negro y no muy alto. Regis llegó a la mediación con Jerome, su hijo de trece años. Regis explicó al mediador que estaba harto de soportar lo que hacía con su hijo, afirmando que Charles había perseguido y atacado a Jerome y a los amigos del jovencito varias veces durante los últimos meses. Regis comentó que no le conocía porque no era del barrio y que debía pasar por allí camino de su empleo, y que en esas circunstancias molestaba a Jerome y a sus amigos. Si Charles tenía un problema con Jerome, que era menor, debía hablar con el padre, Regis, y no atacar a un niño de trece años. El mediador preguntó al hijo si quería decir o comentar algo y éste afirmó que su padre había dicho todo lo que tenía que decir. Después, el mediador pide a Charles que explicara como veía él las cosas. Manifestó que lo único que deseaba era pasar por allí para coger el autobús para ir a su casa o para visitar a su novia. Y siempre que pasaba por esa calle, Jerome y sus amigos comenzaban a “decirle cosas”. No les conocía y no se explicaba el porqué de molestarle ya que él no les provocaba y sólo deseaba pasar por allí. El padre afirmaba que había atacado a su hijo y lo que tenía que hacer era dejarle en paz. Precisamente era funcionario de prisiones y lo que quería era que encerraran a Regis. El mediador quiso profundizar en “las cosas” que Jerome y su grupo de amigos gritaban a Regis, pero Regis se negó a dar mayores explicaciones, de lo que se deducía que era un tema delicado. El mediador apreció que una de las botas de Charles tenía un tacón más alto que otro, lo que denotaba una cojera, y empezó a entender algunas de “esas cosas”. El padre también lo percibió y ya, más suave, comentó que los jóvenes pueden llegar a ser crueles y que ya había advertido a su hijo que las cosas pequeñas como éstas pueden llegar a degenerar en temas más graves (BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Mediación penal de menores”, en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín), cit.).

El mediador encauzó la atención acerca de lo que ambas partes deseaban conseguir y que se impidieran problemas futuros: rutas alternativas para coger el autobús, modos de tratar con los amigos de Jerome y con sus actitudes y gestos hacia Charles. El acuerdo incluyó finalmente: 1) una afirmación en el sentido de que Charles no atacaría a Jerome y a sus amigos; 2) la afirmación de que Jerome no proferiría insultos y pediría a sus amigos que tampoco le insultaran; 3) una descripción del camino que Charles recorrería a través del vecindario cuando fuera a tomar el autobús y a visitar a su novia; y 4) el compromiso de que las partes intercambiarían las direcciones de forma que si surgían problemas, los dos hombres podrían comunicarse directamente y analizar el tema (Vid. BARUCH BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación*, Barcelona, Granica, 1994, p.26-30).

conclusión de los acuerdos. El Programa de Mediación y Restitución de Dallas (Texas) es el mayor, con 700 casos anuales.

Los tipos de faltas y delitos que pueden ser objeto de estos programas han variado. Inicialmente eran ofensas de propiedad no violentas como el allanamiento, y actualmente, algunos programas incluyen delitos con violencia como robos, asaltos, violaciones y homicidios sin premeditación. Las víctimas en estos casos precisan de un mayor periodo de tiempo entre el crimen y el contacto VOPR inicial, contactos pre y postmediación más extensos, y la disposición de servicios adicionales para la víctima³⁹³.

El por el qué los delincuentes aceptan participar en estos programas no es tanto por una presión psicológica, mucho más pronunciada en las víctimas, sino porque la mayoría de las derivaciones provienen de las autoridades de la justicia penal, que están en la posición de poder ejercer presión coercitiva sobre los delincuentes. Algunos ven en los VOPR un mal menor, un medio para evitar la condena a libertad condicional o a sanciones más severas. Algunos aceptan participar con un deseo de reconciliar la disputa o mitigar su sentimiento de

³⁹³ Los VOPR están diseñados no sólo para dar poder y compensar a las víctimas, sino también para poder considerar a los criminales personalmente responsables del daño que han provocado. A diferencia de las sanciones convencionales, en que la única responsabilidad de los criminales es someterse obedientemente al control estatal, la indemnización mediada presupone la obligación por parte de los criminales de hacer reparaciones, simbólicas al menos, a sus víctimas. El objetivo no es el desquite ni la prevención de futuros crímenes (aunque esto también puede producirse), sino la justicia restauradora.

El modelo VOPR es susceptible de aplicarse a una amplia variedad de delincuentes, pero la mayoría de los programas tienen criterios de selección que se dirigen a subgrupos de criminales concretos. De sesenta y siete programas enumerados en 1989, veintinueve aceptan sólo delincuentes juveniles, mientras que catorce son exclusivamente para adultos. Con frecuencia, los delincuentes violentos son excluidos de los programas VOPR, así como también los criminales sexuales, los que abusan de niños y los mentalmente retrasados o perturbados. Las ofensas más habitualmente aceptadas para la mediación son los delitos contra la propiedad no violentos (allanamientos de morada, robos y vandalismo). La mayoría de los programas admiten sólo casos de faltas leves y muy pocos delitos graves.

Los delincuentes habituales, los que niegan su culpa, y los que no muestran ningún arrepentimiento, es improbable que estén dispuestos a querer reconciliarse con sus víctimas. Además, puesto que los encuentros requieren habilidades comunicativas, los que tienen dificultad para expresarse pueden ver obstaculizados sus esfuerzos por lograr una reconciliación, incluso a pesar de la ayuda de un mediador hábil. Entre los delincuentes que se considera más probable que se beneficien se encuentran los que han delinuido por primera vez y los criminales cuya relación continua con sus víctimas es tal, que pueden producirse futuras ofensas si la situación no queda aclarada entre ellos. A pesar de la esperanza de los partidarios de que los VOPR puedan servir como alternativa a la encarcelación, la mayoría de los casos derivados a tales programas implican a criminales que de otra manera habrían recibido la libertad condicional.

culpabilidad, pero son los menos. También los ofensores examinan las consecuencias de participar en los programas VOPR. Un factor decisivo que influye en los resultados de la mediación víctima-ofensor es la capacidad monetaria de los criminales. Un número importante de ellos están sin trabajo o su salario es muy bajo, por lo que no podrán soportar indemnizaciones financieras significativas. Muchos VOPR responden a este problema ayudando a los ofensores a encontrar trabajo³⁹⁴. En cualquier caso, no debe entenderse que se precisa una reparación financiera para que se produzca la reconciliación. El servicio personal a la víctima, un acuerdo para cambiar ciertas conductas, o incluso una disculpa formal puede ser suficiente³⁹⁵.

Los VOPR reciben su apoyo financiero de diversas fuentes: financiación gubernamental, organizaciones religiosas, comercios, organizaciones cívicas y fundaciones. El mayor ahorro corresponderá al sistema de justicia penal si el programa sirve como verdadera alternativa al encarcelamiento, pues los costes derivados de la utilización de los VOPR están muy por debajo de los costes que se producen en caso de encarcelación. Que un programa realmente logre reducir las sentencias de prisión depende de varios factores, entre los que figuran los criterios de selección del caso, la buena voluntad de las partes para participar, el porcentaje de mediaciones satisfactorias y las actitudes de los magistrados hacia la indemnización mediada como sanción.

³⁹⁴ Esto puede conseguirse de varias formas: algunos programas organizan trabajos con empleadores del sector privado; otros VOPR organizan trabajos en organismos públicos o no lucrativos, o en equipos de trabajo supervisados por el personal del programa; en otros casos se utiliza la financiación de tercera parte, donaciones o contribuciones colectivas para subsidiar tal empleo; en otras ocasiones se proporcionan programas de formación en búsqueda de empleo y habilidades de ocupación.

Cada una de estas estrategias puede dar lugar a otros problemas derivados. En lugares donde el desempleo es alto, pueden producirse objeciones cuando los criminales condenados reciben una ayuda que no existe para quienes buscan trabajo y viven respetando la ley. De forma inversa, existe también el riesgo de que los delincuentes sean explotados.

³⁹⁵ En relación al posible índice de reincidencia por parte de los ofensores que han participado en estos programas VOPR no hay estudios. Con todo, no se puede esperar que la mera participación en un programa VOPR por sí sola tenga un impacto importante sobre los ofensores, quienes generalmente tienen vidas no exentas de múltiples dificultades personales, económicas y sociales. Para algunos, participar en un VOPR puede ser el primer acto de aprobación social que hayan conseguido. Sería importante realizar un estudio sobre qué modelo de programas son más eficaces con según qué tipo de ofensores.

4.2. La justicia restaurativa en Europa

En Europa, a partir de 1977 comienzan a implantarse distintos programas en países como Inglaterra, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria y Francia, entre otros. La Recomendación núm. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la mediación en materia penal, apunta que ésta “debería ser posible en todas las fases del procedimiento de justicia penal”. La Decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, supone un paso más en esta dirección. Según se dispone en el art.10, los Estados miembros “procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”³⁹⁶.

La justicia restaurativa³⁹⁷ se configura como una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. Permite a los afectados por el delito compartir francamente sus sentimientos y experiencias, y tiene por objeto atender a sus necesidades.

³⁹⁶ En este epígrafe vamos a seguir el trabajo de N. Belloso Martín: “El paradigma conflictivo de la penalidad. La respuesta restaurativa para la delincuencia”, en “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho” n° 21, 2010 (en prensa) (<http://www.uv.es/CEFD>) (<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>). También publicado, como “Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal” En: *Revista Electrónica de Direito Processual*, Vol. V, Año 3, Rio de Janeiro, janeiro-julio 2010 (en prensa) (www.redp.com.br).

³⁹⁷ Conviene realizar algunas precisiones terminológicas con respecto a los conceptos que vamos a manejar a la hora de explicar la justicia restaurativa. Siguiendo a N. Belloso Martín, un “programa de justicia restaurativa” será aquel que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos: a) El “proceso restaurativo” es todo proceso en el que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador: b) Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias. El “resultado restaurativo” será un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo; c) Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. Las “partes” serán la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo. El “facilitador” será una persona cuya función es promover, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo (BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Ibidem*).

Este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una auténtica responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia. Se parte para ello de que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales. Hay que subrayar que el uso de la justicia reparadora no menoscaba el derecho de los Estados a perseguir a los delincuentes, es decir, el *ius puniendi* del Estado sigue vigente. Únicamente se pretende complementarlo con otras medidas³⁹⁸.

La cuestión es cuándo se pueden utilizar los programas de justicia restaurativa. Se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, respetando siempre lo que cada legislación nacional disponga. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. Las diferencias conducentes a

³⁹⁸ El Derecho penal de las últimas décadas parece estar reconociendo que no toda conducta antijurídica que comporta un delito debe ser necesariamente castigada con una pena, dado que las sanciones y el grado de las mismas pueden ser bastante diversificadas. Así se explica la inclusión de la “reparación” en el sistema jurídico-penal de sanciones. En el Código penal alemán, el § 46ª) contempla la conciliación autor-víctima, reparación del daño; también, el §56 StGB recoge la (suspensión condicional de la ejecución de la condena, *Strafaussetzung zur Bewährung*, en penas no superiores a dos años. En ambos casos se tiene en cuenta “el esfuerzo del condenado por reparar los daños causados por el hecho”. También el § 167 CP austriaco que suprime la punibilidad en caso de arrepentimiento activo en delitos no violentos contra el patrimonio (incluso en perjuicios causados hasta 30.500 Euros) (Cfr. IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la “autodenuncia”*. Art.305-4 CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.317-318 y nota 709).

una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

Los resultados de los acuerdos que derivan de programas de justicia restaurativa³⁹⁹ deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando suceda así los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial, y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en posteriores procedimientos de justicia penal.

El cumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá someterse al programa restaurativo, o cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario; deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá servir de justificación para imponer una condena más severa en posteriores procedimientos de justicia penal. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. En este sentido, velarán para que las partes encuentren una solución adecuada entre sí. Es

³⁹⁹ El *European Forum for Restorative Justice*, que celebra este año su X Aniversario, se dedica a ayudar a establecer y desarrollar la Justicia Restaurativa en toda Europa. El Foro es una organización con más de 300 miembros de toda Europa. A través de sus diversas actividades como asesoría, entrenamiento, conferencias y seminarios, publicaciones, escuelas de verano e investigaciones, el Foro es muy activo y ha contribuido sustancialmente al creciente cuerpo de conocimientos, prácticas y políticas sobre Justicia Restaurativa en los últimos años. (*Mail*: info@euforumrj.org; *Web*: www.euforumrj.org). Para celebrar el X Aniversario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, se ha organizado su Congreso bienal en Bilbao (España), para junio de 2010. Como documentos internacionales sobre Justicia Restaurativa, pueden consultarse: a) Consejo de Europa- Recomendación nº R 99(19) del Comité de Ministros del Consejo Europeo de los Estados miembros sobre mediación en materia penal, de 15 de noviembre de 1999; b) Consejo de la Unión Europea, Decisión marco de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JHA); c) Naciones Unidas (2002/12) Principios básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal; d) Manual de las Naciones Unidas sobre Justicia Restaurativa.

necesario que los facilitadores posean un buen conocimiento de las culturas y las comunidades locales y cuando proceda, reciban capacitación inicial antes de asumir sus funciones de facilitación.

4.3. La Mediación penal

En el contexto de la justicia restaurativa cabe situar la llamada mediación penal, que deberá ser llevada a cabo, voluntariamente, entre la víctima y el autor de la infracción penal, por un agente o un equipo *mediador*. Para que se produzca la mediación, de acuerdo con M^a. T. Sánchez Concheiro⁴⁰⁰, el autor deberá reconocer que, efectivamente, ha cometido la infracción penal y la víctima, por otro lado, debe valorar el comportamiento de aquel que, por haber violado la ley, está dispuesto a reparar el daño causado.

Varios países europeos han comenzado a aprobar una legislación para permitir la aplicación de la mediación, adaptándose a sus propias particularidades.

Conforme apunta M^a. T. Sánchez Concheiro⁴⁰¹, en Francia, la Ley del 23 de junio de 1999 faculta a la Fiscalía, en las infracciones penales cuya pena máxima no sea superior a los tres años, a poner en marcha una propuesta, con el fin de que el infractor confiese los actos cometidos. En el caso de que la víctima acepte, la Fiscalía presentará esa propuesta de reparación. Finalmente, si la víctima y el autor llegan a un acuerdo, la Fiscalía desistirá de la acción penal.

En Alemania, explica la citada autora, el proyecto alternativo para la reparación, cuya creación se atribuye a Claus Roxin, prevé la compensación de las consecuencias de un acto penal a través de una prestación voluntaria del autor, dirigida a la víctima, si esto es posible, y, si no lo es, la prestación deberá realizarse, simbólicamente, en beneficio de la sociedad en general. En los casos en que la pena máxima aplicada no sea superior a un año, la Fiscalía podrá renunciar

⁴⁰⁰ SANCHEZ CONCHEIRO, M. Teresa. *Para acabar con la prisión – la mediación en el derecho penal – Justicia de proximidad*, p. 117.

⁴⁰¹ SANCHEZ CONCHEIRO, M. Teresa. *Para acabar con la prisión – la mediación en el derecho penal – Justicia de proximidad*, p. 118.

a su derecho de acción penal, o suspender la ejecución de la sentencia si la pena aplicada no excede de los 2 años. Si la pena es superior a los 2 años, la reparación de los daños por el autor de la infracción penal hará que la pena aplicada sea atenuada.

En el ámbito español, la regulación de la mediación se ha limitado al ámbito de los conflictos de familia, básicamente⁴⁰². Habría que partir de entonar el *mea culpa* por no haber cumplido la Directiva Comunitaria del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 que daba de plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para dar cumplimiento a la Disposición de promulgar una Ley de mediación penal⁴⁰³. Asimismo, también nos encontramos con la obligación de proceder a la transposición, en España, de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ya que el plazo máximo con el que se cuenta es hasta el 21 de mayo de 2011. Esta última Directiva ha propiciado que el Gobierno español haya impulsado el Anteproyecto de ley de Mediación de ámbito nacional⁴⁰⁴, que articulará un marco mínimo para el ejercicio de la mediación⁴⁰⁵

⁴⁰² La legislación promulgada no ha sido de ámbito nacional sino a nivel de Comunidades Autónomas. Concretamente, hasta la actualidad 11 Comunidades Autónomas cuentan ya con su respectiva Ley de Mediación Familiar. Como novedad legislativa hay que destacar que en Cataluña se ha promulgado recientemente lo que se ha dado en llamar una Ley de “segunda generación” en mediación: la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de Derecho Privado en Cataluña.

⁴⁰³ *Vid.* BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El paradigma conflictivo de la penalidad”, *cit.*

Finalmente, en el mes de febrero se ha presentado un Anteproyecto de Ley de Mediación nacional para España -al que aludiremos seguidamente-.

Esta demora en cuanto a la regulación de la mediación ha sido una constante en España. Para el mes de noviembre de 2009 se había anunciado la publicación del Anteproyecto de una Ley de Mediación a nivel nacional: aún no se conoce el texto. Parecida situación encontramos en cuanto a la promulgación de una Ley de mediación penal, de la que se lleva anunciando un Borrador, pero que tampoco ha visto la luz.

⁴⁰⁴ Con fecha de 19 de febrero de 2010, el Ministro de Justicia del Gobierno español, F. Caamaño, ha presentado al Consejo de Ministros tres anteproyectos de Ley: 1) el de Mediación; 2) el de reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 y de Regulación del Arbitraje institucional en la Administración General del Estado; 3) el de reforma de la Ley Orgánica, complementaria de los dos anteriores, por el que se modifica la ley Orgánica del Poder Judicial para adaptar las competencias de los juzgados y tribunales en estas materias. Estas estrategias se enmarcan en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2010 y en la Estrategia de Economía Sostenible (*Vid.* www.mjusticia.es; también, en la página *web* de Economía Sostenible: www.economiasostenible.gob.es/). Este Anteproyecto ha sido objeto de diversas críticas por parte del sector de los mediadores de España. De hecho, el pasado 8 de abril, se ha constituido una plataforma de asociaciones de Mediadores para erigirse en interlocutores con el Ministro de

sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales tienen su propia regulación. La mediación quedará establecida para asuntos civiles y mercantiles en conflictos nacionales o transfronterizos. Se excluyen expresamente la mediación laboral, penal y en materia de consumo. Como acertadamente se cuestiona N. Belloso Martín: “¿Qué hacer, entonces, con la mediación penal? ¿Podemos reconocerla eficacia jurídica?”.

Quien se acerca por primera vez a la mediación penal, es posible que lo primero que piense es que se ha diseñado un sistema que “burla” la imposición de la pena, que “evita” ir a la cárcel o, al menos, consigue un atenuante de la tipificación penal, con la consiguiente rebaja de la pena que en su caso le correspondería si no hubiera aceptado participar en el procedimiento de mediación. Por tanto, no es extraño que la actitud inicial sea de rechazo ya que se contrapone al espíritu propio del castigo y del “ius puniendi” del Estado. Sin embargo, como sustrato de la mediación penal se puede observar una transformación de la penalidad carcelaria y una especie de “resistencia” al poder punitivo. No se trata meramente de “evitar” ese poder, sino de diseñar otras formas de ejercer la punición que no sean exclusivamente las de la pena de prisión.

No podemos extendernos en el análisis de los diversos ámbitos penales en los que se podría aplicar la mediación penal. Sin embargo, conviene dejar constancia de que el ámbito en el que mejor funciona es en el de la Mediación penal de menores⁴⁰⁶. También hay algunas experiencias piloto de Mediación

Justicia. Tres son los aspectos que más critican: Concepto de mediación, Estatuto del profesional mediador y eficacia del acuerdo de mediación.

⁴⁰⁵ Como principales características del proyecto de Ley de Mediación de ámbito nacional en España, N. Belloso Martín ha destacado: a) Someterse a la mediación será voluntario, excepto en los procesos de reclamación de cantidad inferiores a 6.000 euros, en los que se exigirá haber iniciado el proceso a través de una sesión informativa gratuita, como requisito previo para acudir a los tribunales; b) La solicitud de inicio de la mediación interrumpe la prescripción o caducidad de acciones judiciales; c) Se fija un plazo máximo para la mediación de dos meses, ampliable a otro más; d) Se regulará un estatuto mínimo de la persona mediadora, con las siguientes condiciones para ejercer como tal: a) Tener un seguro de responsabilidad civil; b) Estar inscrito en un registro público y de información gratuita para los ciudadanos.

⁴⁰⁶ Como explica N. Belloso Martín, La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal

penitenciaria en algunos centros penitenciarios⁴⁰⁷. Otras resultan ser áreas más

del menor –LORRPM- es una ley formalmente penal pero de carácter materialmente educativa. No es una ley retribucionista. Se inspira en el principio del superior interés del menor. En la citada Ley se establecen unas modificaciones que afectan a la reparación y conciliación. Esta Ley prevé dos modalidades diferentes en función del momento procesal en que se lleve a cabo el acuerdo del menor y la víctima, por lo que sus efectos jurídicos son también diferentes: así, si se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 19, en la fase de instrucción del proceso, se dará lugar al sobreseimiento de la causa, mientras que si se cumplen los presupuestos del artículo 53.1, ya en fase de ejecución de la sentencia, se posibilita la suspensión o sustitución de la medida impuesta: a) Sobreseimiento de la causa por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o perjudicado: En este primer caso, la conciliación consumada plenamente se convierte en mecanismo no sólo de aceleración del proceso –puesto que se archiva la causa- sino también en método para poner fin al conflicto. Por imperativo legal, las labores de mediación corresponden al equipo Técnico de Menores –ETM- (art.19.3 LORRPM). Su labor es de naturaleza pericial al inicio y no vinculante, pues es al Ministerio Fiscal al que corresponde controlar el cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos para iniciar una conciliación y/o reparación. Aunque el juez de Menores no participa en el proceso de mediación, le corresponde una importante función de control o fiscalización, como es el de dictar el sobreseimiento del asunto, por auto motivado y a solicitud de Ministerio Fiscal. Los presupuestos básicos son que se trate de delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación y que haya un acuerdo de conciliación o compromiso de reparación del menor con la víctima; b) La sustitución de las medidas por conciliación menor/víctima: -El artículo 51.3 LORRPM dispone que el acuerdo de conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento que se produzca, podrá dejar sin efecto la medida impuesta. Aquí la ley se refiere sólo al “acuerdo de conciliación” por lo que parece que no es aplicable esta posibilidad a un eventual compromiso de reparación menor/perjudicado: El órgano competente para acordar dejar sin efecto la medida al menor es el Juez de Menores que conoció del asunto en primera instancia y competente, por tanto, para el control de la ejecución de la sentencia (art.44.1 LORRPM). Esta facultad no la tiene de oficio sino que deberá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor (art.51.2). En cuanto a los presupuestos: la ley requiere la existencia de un acuerdo de conciliación menor/víctima; la Ley no establece ningún límite respecto a los hechos enjuiciados o a la gravedad de la medida impuesta, por lo que se amplía el ámbito de conciliación respecto de lo establecido en el art.19 LORRPM; la estimación favorable de la existencia de conciliación entre el menor/víctima en la fase de ejecución por el Juez de Menores implica dejar sin efecto la medida impuesta al menor (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El paradigma conflictivo de la penalidad. La respuesta restaurativa para la delincuencia”, en “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho” nº 21, 2010 (en prensa) (<http://www.uv.es/CEFD>) (<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>). También publicado, como “Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal”. (www.redp.com.br), cit.

⁴⁰⁷ Como explica N. Belloso Martín, la aplicación de la mediación en los centros penitenciarios constituye un reto, ya que se trataba de adaptar el proceso de mediación a un contexto enormemente conflictivo, punitivo y jerarquizado como es la prisión. Se comenzó en marzo de 2005 en el Centro penitenciario de Madrid III. Valdemoro, y se ha ido extendiendo a otras cárceles españolas como la de Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada.

Se inició la experiencia de mediación interpersonal en la cárcel entre las personas presas que habían tenido conflictos interpersonales. Permite que las personas inmersas en un conflicto interpersonal que origine la incoación de un procedimiento disciplinario profundicen en su conflicto de forma dialogada, utilizando actitudes de escucha, respeto y asumiendo la responsabilidad por los hechos realizados, de forma que puedan restablecer o pacificar la relación interpersonal para la prevención de nuevas agresiones. Se pretende devolver a las personas privadas de libertad parte de la percepción del control sobre sus vidas. Se presenta como un método eficaz para la reducción de violencia dentro del ámbito penitenciario (Sobre la Mediación Penitenciaria *vid.*, principalmente, el trabajo de LOZANO ESPINA, Francisca, “La mediación penitenciaria”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191. También, *vid.* RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penal y*

controvertidas para aplicar la mediación penal: a) Mediación en delitos de peligro; b) Mediación en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por funcionarios públicos; c) Mediación en caso de que sean varios los acusados y unos quieran someterse al proceso de mediación y otros no; d) Mediación para personas reincidentes; e). Mediación si la víctima es menor de edad o incapaz; f) Mediación que no llega a buen puerto por la injustificada oposición de la víctima; g) Mediación en delitos de violencia de género⁴⁰⁸.

En Brasil, en 1995, se ha promulgado la ley que regula los Tribunales Penales Especiales, permitiendo a la Fiscalía, -en las infracciones penales cuya pena máxima dictada en abstracto no supere los 2 años,- proponer la transacción penal o incluso la suspensión condicional del proceso, siempre que el autor del hecho, además de otros requisitos, repare el perjuicio causado a la víctima. La Ley que ha regulado los Tribunales Penales Especiales (Ley nº 9.099/95), también prevé la posibilidad de que la víctima y el autor del acto delictivo, en las acciones penales de iniciativa pública, condicionadas a la representación del ofendido, lleguen a un acuerdo de reparación de los daños *extra autos*, lo que implicará, por tanto, la renuncia al derecho de representación.

penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Madrid, Colex, 2006; y de los mismos autores, *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario.* Madrid, Colex, 2005).

⁴⁰⁸ La mediación se encuentra excluida por el art. 44.5 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de protección integral contra la violencia de género*. Como apunta N. Belloso Martín, es curioso que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley. También la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, en su artículo 2.1, excluye la mediación en estos casos: “Quedan expresamente excluidos de mediación familiar los casos en los que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar”.

N. Belloso Martín señala varios argumentos en contra de la aplicación de la mediación a este tipo de conflictos: a) La mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia; b) La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones; c) La técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al Ordenamiento jurídico-penal español; d) Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal: no satisface los fines de la prevención general; e) Un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor; f) La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor; g) La comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura del comportamiento violento del agresor. (*Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El paradigma de la penalidad”, cit.*).

La mediación penal ha venido a dar voz a la víctima y, por otro lado, ha evitado la innecesaria prisión del autor del acto delictivo. Cuando el Estado ha asumido la responsabilidad de establecer el derecho (*ius puniendi*), impidiendo la venganza privada, ha exonerado a la víctima de la infracción penal. Ahora, a través de la mediación penal, la víctima es rescatada, es decir, su voz será escuchada y valorada.

No podemos olvidar que la sociedad también se sienta reparada y confiada con la mediación ante el sistema. Se deja de lado el estigma de la condena y la sociedad empieza a contribuir, eficazmente, a la reinserción del infractor, dándole el apoyo necesario para que no vuelva a alejarse de la legalidad. Como apunta Maria Pilar Sánchez Álvarez, “nos encontramos así ante una *Justicia restaurativa* que supone la devolución de la capacidad de gestionar determinados conflictos a la propia comunidad, como forma de evitar una victimización secundaria a la persona lesionada, rehabilitar eficazmente al infractor y devolver la paz social a la colectividad”.⁴⁰⁹

4.3.1. Fases de la mediación penal

A pesar de que, doctrinalmente no hay acuerdo en cuanto al número de fases del proceso de mediación, podemos apuntar, básicamente, las siguientes: a) fase en que el juez o el fiscal a la vista del hecho y circunstancias, consideran que el caso se derive a mediación; b) fase de contacto inicial del mediador con la víctima y, si esta accede, con el infractor; c) fase de encuentro entre el mediador, la víctima y el infractor; d) fase de acuerdo; e) fase de ejecución; f) fase de seguimiento.

Cuando un acto delictivo es denunciado, ya sea por la propia víctima, ya sea por un tercero e, incluso, por los medios de comunicación de masa, el Estado se ve obligado a dar inicio a las investigaciones, de modo que pueda establecer los hechos que han sido puestos a su conocimiento.

⁴⁰⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. *Mediación penal comunitaria: desde donde y hacia dónde*, p. 30.

A partir de entonces se pueden poner en marcha todos los procedimientos necesarios para que pueda llevarse a cabo la mediación penal.

Una vez que la Justicia Penal verifica que un la infracción penal se ajusta a los requisitos que contempla la mediación penal, podrá tener inicio la segunda fase, es decir, la fase de contacto inicial del mediador con la víctima. Solo cuando ésta haya accedido voluntariamente a participar en el procedimiento de mediación, el mediador se dirigirá al autor de la infracción penal.

Compete, por tanto, al mediador, llevar a cabo los primeros contactos. Marcará, inicialmente, las entrevistas individuales con la víctima, así como con el autor de la infracción penal. Estas primeras entrevistas, como aclara Esther Pascual Rodríguez⁴¹⁰, tendría por objeto explicar el estado del proceso penal y su posición, el concepto de mediación, sus fases, la finalidad de este proceso, las ventajas de someterse a él, el papel de quien que ejerce la mediación, las reglas de la mediación, así como sus principios, es decir: la voluntariedad, la oficialidad, la confidencialidad, la gratuidad y la flexibilidad.

En esta fase, el mediador escucha atentamente a la víctima y al autor de la infracción, hecho que difícilmente sucede en la Justicia penal común, donde apenas hay tiempo para escuchar a las partes. Actuando de este modo, el mediador comienza a ganar la confianza de quienes estén implicadas en la infracción penal, permitiendo que se expresen y desahoguen libremente.

Después de las entrevistas, el mediador evaluará la posibilidad o imposibilidad de llevar a cabo la mediación entre la víctima y el autor de la infracción penal. Si no es posible, el proceso se interrumpe en ese momento, siguiendo sus trámites normales por la Justicia Penal común, notificando a la Fiscalía sin que, sin embargo, se haga referencia a las causas, así como al contenido de las entrevistas realizadas. En el caso de que sea posible la mediación, se fijará una fecha para un encuentro entre las partes implicadas.

⁴¹⁰ PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. *La mediación en el derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales*, p. 117.

Comienza, por tanto, la tercera fase, es decir, la fase de encuentro entre el mediador, la víctima y el autor de la infracción penal. Esta es la fase de mayor tensión en el proceso. La víctima vuelve a reencontrarse con su ofensor. Sentirá una mezcla de sentimientos: rabia, miedo, angustia, en definitiva, por algunos instantes, vuelve a la escena del delito, donde se sintió humillada, degradada, acorralada, en fin, recuerda su condición de víctima en el proceso. El autor de la infracción penal, a su vez, aún desconfiado del procedimiento, no sabe bien que hacer. No sabe si saludar a la víctima, desvía de su mirada, baja la cabeza por estar avergonzado con todo lo que está pasando.

En este momento, el papel del mediador es fundamental. Deberá romper el hielo existente entre la víctima y el autor de la infracción penal. Recordará las ventajas del proceso de mediación, garantizándoles la confidencialidad y la voluntariedad del proceso.

Con su experiencia en mediación, E. Pascual Rodríguez destaca que es en esta fase donde resulta que el mediador debe esforzarse más para conseguir el diálogo entre las partes implicadas en el delito, permitiendo que se expresen libremente y, así que puedan llegar a un acuerdo que satisfaga tanto a la víctima como al acusado. “Las dos partes han de ganar, pues ésta es la clave de la imparcialidad y neutralidad que marcan el sentido de la mediación”⁴¹¹.

Después de mucha discusión, si es posible, se llega a la fase siguiente, es decir, a la *fase del acuerdo*. Ésta es, básicamente, la última fase del proceso de mediación, ya que las demás se refieren a su efectivo cumplimiento, y no a las discusiones sobre el hecho delictivo y a sus consecuencias.

Esta fase comienza después el encuentro entre el mediador, la víctima y el autor de la infracción penal, dando conclusión a todo el procedimiento. En esta fase, el mediador invoca a las partes para que busquen soluciones para el acuerdo, pudiendo sugerir diversas posibilidades de acuerdo.

⁴¹¹ PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. *La mediación en el derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales*, p. 121-122.

Generalmente, el acuerdo gira en torno a la reparación económica de la víctima, teniendo en cuenta, también, las posibilidades del acusado. Pero no es la única vía: servicios a la comunidad, compromiso de realizar ciertas tareas para la víctima y otra, son también posibles.

Cuando llegan a una definición, se formaliza por escrito un convenio recogiendo todo lo que se ha ya acordado, que es firmado por todos los presentes. Cada una de las partes recibe copia del mencionado acuerdo.

En un número significativo de casos, las víctimas, después de la redacción del acuerdo, reconocen sentirse mejor. La víctima podrá seguir su vida, superando mejor el trauma de la infracción penal.

Seguidamente, se produce la llamada *fase de ejecución*, donde se llevará a cabo la reparación acordada entre la víctima y el autor del hecho. Cumplido el acuerdo, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía.

La última fase del proceso de mediación es la denominada *fase de seguimiento*, donde, con o sin acuerdo, los hechos se ponen en conocimiento de la Fiscalía. Como apunta Esther Pascual Rodríguez, “el seguimiento consiste en velar por el efectivo cumplimiento del acuerdo. Depende del contenido de éste. El seguimiento lo hace el Juez, la Secretaria Judicial, el Fiscal o el mediador. Siempre interesa que sea un acuerdo que se pueda cumplir, al menos en una buena parte, antes del juicio para asegurar la efectiva reparación del daño”.⁴¹²

Adoptándose la mediación en los casos en que sea posible, es decir, en las infracciones penales que, de acuerdo con la legislación de cada país, permiten que haya un acuerdo con el fin de reparar los perjuicios que la víctima sufrió con la comisión de la infracción penal y, a la vez que se evita el encarcelamiento innecesario del acusado, podemos percibir, con facilidad, la repercusión positiva que generará en el sistema penitenciario.

⁴¹² PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. *La mediación en el derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales*, p. 128.

La mediación permitirá que la Justicia Penal sea más ágil, ya que sólo se dedicará a los casos más graves, permitiendo que las partes involucradas en conflictos de menor gravedad resuelvan por sí mismas las disputas.

La repercusión en el sistema penitenciario es evidente, ya que habrá una reducción significativa en el número de presos, reservándose a los casos extremadamente necesarios.

4.3.2. Algunas críticas a la Mediación Penal

N. Belloso Martín⁴¹³ ha insistido en que conviene tener presentes las críticas que se formulan con respecto a estos mecanismos desjudicializadores⁴¹⁴, tales como:

- Vulneración de la presunción de inocencia (sin embargo, no se debe olvidar que el juez única y exclusivamente ha de basarse en los hechos probados para dictar sentencia, y el que se acuda a un proceso de mediación no es medio probatorio alguno de culpabilidad del sujeto encausado);

- La escasa transparencia y publicidad de los mismos, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial;

- La falta de imparcialidad del organismo al que se confía las labores de mediación;

- La forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerzas económicas y sociales;

⁴¹³ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El paradigma conflictivo de la penalidad, *cit.* (<http://www.uv.es/CEFD>) (<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>).

⁴¹⁴ *Vid.* SANZ HERMIDA, Ágata M^a., “La mediación en la justicia de menores”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, p. 158.

- Las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos.

- “Alegalidad” de las experiencias “piloto” de mediación penal en algunos juzgados de España: desde hace algunos años se están llevando a cabo esas experiencias, en las que contando con la aprobación del juez y del fiscal, se derivan algunos casos, al equipo de mediación, por entender que dadas sus circunstancias y características, esos casos podrían gestionarse a través de mediación. En algunos Juzgados es el equipo técnico el encargado de mediar (en algunos juzgados de lo Penal de Burgos) y, en otros, los servicios de mediación se han externalizado y se cuenta con un equipo *ad hoc* (VG. Juzgado de Instrucción Penal nº 3 de Valladolid).

- Sin embargo, no hay que olvidar que la mediación penal no está regulada en el ordenamiento jurídico español. Es más, algunas de las referencias que se hacen sobre la misma es para prohibirla, como en la Ley de Protección Integral de la Violencia de género, ya citada, que en su artículo 44.5, prohíbe la mediación en estos casos (LOPJ, art.87, ter.5); también lo hace la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León de 2006 (art. 2.1). Como hemos visto, sólo está regulada y admitida la mediación en la Ley de Responsabilidad del Menor.

- Difícil encaje en el marco procesal penal español actual, chocando con diversos principios tales como el principio de necesidad, el principio acusatorio, el papel del Ministerio Fiscal y otros. Baste analizar el principio de legalidad y el principio de oportunidad:

- El principio de legalidad confiere indisponibilidad a las normas e imperatividad en su observancia, lo que implica que el procedimiento penal tenga carácter necesario excluyendo la posibilidad de cualquier acto de disposición o acuerdo para solucionar el conflicto originado por el hecho delictivo. En este contexto, la mediación no sería posible.

- El principio de oportunidad se configura como un elemento corrector o flexibilizador de la rigidez del principio de legalidad, de tal manera que se pueda tener un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal. Este principio ya rige en las legislaciones de países de nuestro entorno (Dinamarca, Bélgica, Noruega, Francia) pero no en nuestro ordenamiento, lo que dificulta la aceptación de la mediación.

N. Belloso Martín subraya que la mediación en general –no sólo la penal-, tiene todavía varias asignaturas pendientes, como la de su correcta comprensión e implantación como complemento a la Administración de Justicia para la solución de determinados conflictos y litigios hasta su imprescindible difusión, de manera que sea conocida por los ciudadanos. Consideramos que la mediación, especialmente la penal, sólo puede funcionar como mediación intra-judicial, es decir, yendo de la mano de la Administración de Justicia⁴¹⁵:

1- Debería regularse legalmente e institucionalizarse a través de un sistema público de mediación, incorporado a la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia, como el modelo portugués⁴¹⁶. La mediación intrajudicial permitirá un adecuado aprovechamiento de las ventajas que implica

⁴¹⁵ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El paradigma conflictivo de la penalidad, cit.

⁴¹⁶ *Vid.* la Lei n° 21/2007 de 12 de junio, de Portugal, por la que se crea un régimen de mediación penal, en ejecución del artículo 10 de la ‘Decisão Quadro n°.2001/220/JAI, do Conselho del 15 de marzo’, relativa al estatuto de la víctima en proceso penal, dando cobertura a las experiencias “piloto” de mediación penal: Artículo 14º. Periodo experimental: 1- desde la entrada en vigor de la presente ley y por un período de dos años, la mediación penal funciona a título experimental en las circunstancias a designar por orden del Ministro de Justicia, que también define otros términos de la oferta de servicios de mediación en esos distritos con experimentos "piloto" de mediación penal. 2- Durante el período experimental, el Ministerio de Justicia deberá de adoptar las medidas adecuadas para controlar y evaluar la mediación en un proceso penal.

Esta Ley portuguesa establece, en su artículo 2, su ámbito de aplicación: 1- La mediación en un procedimiento penal puede tener lugar en los juicios por delitos cuyo procedimiento dependa de la denuncia o de la acusación particular.- (...) 3- Independientemente de la naturaleza del delito, la mediación en el proceso penal no poder tener lugar en los siguientes casos. A) El tipo legal de delito que conlleva una pena de prisión superior a 5 años; b) En los procesos por delitos contra la libertad sexual o autodeterminación sexual; c) En los procesos por el delito de malversación de fondos, corrupción y tráfico de influencias; d) La víctima es menor de 16 años; e) Pueda aplicarse el proceso sumario o sumarísimo.

la mediación y el sistema judicial sería un añadido al sistema de garantías del procedimiento.

2- Sería conveniente la creación de Oficinas de Resolución de Conflictos – ORC- y la configuración de la sede de los Juzgados como Tribunales “multipuertas”, es decir, que en la propia sede de los tribunales esta ORC pudiera informar al ciudadano de los servicios que tiene a su disposición para la resolución de sus conflictos, según las características que presentaran: el arbitraje, el proceso y la mediación⁴¹⁷.

5. LA TECNOLOGÍA COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL SISTEMA PENAL

Actualmente, vivimos en un mundo donde la tecnología está dominando todos los sectores. Muchos “profetas” anunciaron que la tecnología conllevaría desempleo a la clase trabajadora, sobre todo porque, en el momento en que se profetizaron estos despidos, la sociedad vivía un momento industrial crucial. Los humos de las fábricas contaminaban alegremente el medio ambiente. Comenzaba la era Ford, es decir, Henry Ford dio inicio a la llamada “línea de montaje”, construyendo un coche cada 98 minutos, pagando a sus obreros, en 1914, un salario alto para la época, es decir, 5 dólares por día de trabajo.

Con la aparición de las nuevas tecnologías, poco a poco, los obreros fueron sustituidos por ordenadores, que hacían el trabajo con mucha más precisión, con un coste bastante inferior. La tecnología era considerada una competidora para los trabajadores.

Sin embargo, el tiempo fue pasando y la tecnología comenzó a formar parte del día a día de la sociedad, cada vez más acostumbrada a convivir con la misma.

⁴¹⁷ Siguiendo a N. Belloso Martín, nos adherimos a estas dos posibilidades propuestas por F. Martín Diz en (MARTIN DIZ, Fernando, “Mediación y violencia de género: matices y posibilidades” Conferencia *cit.*).

El ordenador, que hace treinta años eran de dimensiones tales que ocupaba toda una planta de un edificio, hoy se puede llevar en un bolsillo.

La sociedad, en lugar de oponerse a la tecnología, comenzó a depender de ella. Los teléfonos móviles aparecieron como una novedad inicialmente inalcanzable por la mayoría de las personas. Hoy en día, es común encontrar a alguien con dos o incluso tres aparatos telefónicos.

Los satélites han comenzado a controlar nuestras vidas. No importa donde estemos, porque podemos ser vistos por alguien que se encuentra físicamente al otro lado del mundo. Un simple ajuste en el satélite, y la intimidad habrá sido revelada. Coches, camiones que transportan cargas, en última instancia, cualquiera de nosotros puede ser monitorizado por alguien, en cualquier lugar.

Esta tecnología puede ser usada ya sea para bien o para mal. Un hacker, por ejemplo, puede transferir verdaderas fortunas para miles de cuentas extendidas por el mundo, o incluso cometer un homicidio, entrando en la red de algún hospital y modificar las prescripciones médicas de un determinado paciente. Los delitos cometidos a través de la informática, por tanto, han comenzado a preocupar el mundo globalizado. Ricardo M. Mata Y Martín, apunta acertadamente que: “La necesidad de cooperación internacional para el caso de estos delitos vinculados a la informática (criminalidad informática), que traspasan con gran facilidad los límites nacionales, se hace evidente”.⁴¹⁸

Internet ha producido una verdadera revolución tecnológica. Originalmente, *internet* tuvo un uso militar. Sin embargo, la idea de una red interconectada comenzó a surgir en 1962, durante la Guerra Fría. Como apunta Augusto Rossini, esta red interconectada fue concebida “para proteger, en el caso de un ataque nuclear, la red informática del gobierno norteamericano. En 1966, con unos planes detallados, fue creado e implantado, en ARPANET en 1968, el germen de lo que hoy es Internet”,⁴¹⁹ concebido, entre otros, por Paul Brand, de la empresa Rand Corporation, para remediar también a las deficiencias y a las fragilidades de la

⁴¹⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Perspectivas sobre la protección penal del software*, p. 140.

⁴¹⁹ ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal*, p. 26.

red telefónica AT&T, que se utilizaba, todavía, en los años 80 y 90 del siglo pasado, como un medio de comunicación científica interuniversitaria

Internet, en un mundo globalizado, se ha convertido en una necesidad de la modernidad, a la que no podemos renunciar. Es un excelente instrumento de ayuda a la investigación, permitiendo la consulta de los fondos bibliográficos de bibliotecas de cualquier país. Sin embargo, esta modernidad informática también conlleva problemas.⁴²⁰

Con el uso de Internet, delitos hasta ahora considerados como tradicionales, como la malversación de fondos, pueden cometerse sin que la víctima conozca ni siquiera el rostro del autor de la infracción penal; nuestra vida personal puede ser sacada a la luz y puesta a disposición de millones de personas; nuestra intimidad, está disponible con sólo un toque en el ordenador.

Las penas crueles, inhumanas y degradantes pasaron a formar parte de un pasado no muy lejano, reclamando, con la llegada del siglo XIX, una alternativa que preservase la dignidad de los seres humanos. Esta alternativa fue un avance para su época. Como decía Foucault, dejaron en paz el “cuerpo” del ser humano, y comenzaron a exigir su “alma”.

Esta pena de privación de libertad tomó rumbos inesperados. Lo que estaba destinado a proteger la dignidad del ser humano se convirtió, en la mayoría de los países, en su mayor verdugo.

Hoy en día, a pesar de que todavía necesitamos la aplicación de la pena de privación de libertad, ha llegado el momento, tal como sucedió en el siglo XVIII,

⁴²⁰ Como advierte Cinta Castillo Jimenez: “*Internet* supone un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho, por una parte, permite concluir transacciones con empresas y consumidores situados en cualquier lugar del planeta, agiliza la comunicación entre las personas. Representa la libertad mundial de información y de la comunicación; es un sueño hecho realidad. Por otro lado, todo conjunto de actividades sociales precisa una regulación, las legislaciones nacionales avanzan con mucho retraso con respecto a las nuevas tecnologías, esto hace difícil las respuestas legales a los numerosos litigios que pueden suscitar las operaciones en Internet. Por eso es también una pesadilla jurídica (JIMENEZ, Cinta Castillo. *Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información*, p. 39-40). Vid., también, LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Intimidad informática y derecho penal. Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, p. 109-110).

de encontrar alternativas que tengan por objeto la salvaguardia de la dignidad humana. Estas alternativas incluyen la aplicación de la tecnología “al servicio de la justicia penal”.

En las páginas que siguen, vamos a examinar cómo la tecnología podrá ir sustituyendo, progresivamente, la pena de privación de libertad, permitiendo al hombre que ha cometido una infracción penal, -a pesar de que haya sido muy grave,- cumplir su condena sin que para ello tenga que renunciar a su dignidad.

5.1. Alternativas tecnológicas a la privación de la libertad en el sistema penitenciario

La tecnología ya está al servicio de la Justicia Penal. Hoy en día, es común identificar a las personas mediante la lectura del globo ocular; la comparación de las huellas dactilares que figuran en una base de datos, donde se encuentran insertadas millones de personas; la realización de pruebas de ADN; las audiencias realizadas por videoconferencia, permitiendo que se pueda interrogar al preso y facilitando su participación en tiempo real, desde el lugar donde se encuentra recluso.

La prueba pericial, por el uso de las más modernas tecnologías, resulta más fiable. Los exámenes han comenzado a tener una precisión casi indiscutible, permitiendo al juez una mayor seguridad a la hora de dictar sentencia.

Las prisiones están cada día más avanzadas en el uso de la tecnología. Las personas están siendo reemplazadas por ordenadores que se encargan de casi todas las tareas del sistema penitenciario. Las puertas de las celdas se abren a la hora prevista, se emiten señales avisando que el tiempo destinado al ocio ha terminado, las duchas se conectan y desconectan de forma automática, siempre a la misma hora. En definitiva, la tecnología está invadiendo el sistema penitenciario.

La utilización de todo este recurso tecnológico, tiene como objetivo que quien cometa el delito cumpla su pena de privación de libertad *extra muros*, es decir, aunque se haya restringido su derecho a la libertad, podrá cumplir su pena fuera del entorno pernicioso de la cárcel, manteniéndole de este modo junto con sus compañeros, permitiendo que el proceso de resocialización sea, finalmente, atendido.

Como hemos dicho anteriormente, no tiene sentido hablar de resocialización separando al condenado de la sociedad en la cual está insertado. Sería, incluso, como enseñar a alguien a jugar al fútbol, eliminando la pelota del juego.

Las alternativas tecnológicas sirven para que el condenado cumpla la pena que es debida. Sin embargo, este cumplimiento deberá observar el principio de dignidad humana, permitiendo que su regreso a la vida en sociedad sea lo menos traumático posible.

Por tanto, el uso de alternativas tecnológicas impedirán el problema, hoy crónico, del hacinamiento en las cárceles, permitiendo que sólo los casos más graves, requieran un tratamiento más riguroso.

No podemos dejar de destacar que las alternativas tecnológicas permiten una economía en gastos públicos, ya que los costes para el mantenimiento del control de los que están sometidos la misma son mucho más bajos que los necesarios para su mantenimiento en el sistema penitenciario, tal como que sucede con el llamado monitoramiento electrónico, según veremos a continuación.

5.1.1. Monitoramiento electrónico

Entre las nuevas tecnologías utilizadas, como alternativas al cumplimiento de una pena de privación de libertad, podemos destacar el llamado monitoramiento electrónico.

Antes de adentrarnos propiamente en el tema, conviene que nos cuestionemos: ¿Qué se pretende, realmente, con la aplicación de una pena de

privación de libertad? El objetivo es ¿castigar a quienes hayan infringido una norma de naturaleza penal? ¿La pretensión es solamente la impedir que se realicen nuevos delitos? ¿Tenemos la esperanza de reintegrar al preso? ¿El castigo del condenado servirá como ejemplo para que otros miembros de la sociedad cometan el mismo delito? En definitiva, son preguntas que están estrechamente relacionadas, como hemos visto, con las funciones que se atribuyen a las penas, es decir, al carácter retributivo, así como a su naturaleza preventiva (general y especial).

A estas cuestiones se podría añadir: ¿resulta imprescindible la inserción en el sistema penitenciario, para que se verifiquen estas funciones atribuidas a las penas? A esta última pregunta sólo podemos contestar negativamente.

Con la ayuda de la tecnología, se puede lograr que la pena, efectivamente, cumpla sus funciones sin que para ello, el hombre sea separado de su entorno social. Un ejemplo de ello lo encontramos en la forma de educar a nuestros hijos. Cuando les corregimos, no sacamos nuestros hijos de casa, no les llevamos a un lugar distante, aislados del resto de sus hermanos. De hecho, si les apartamos a otro lugar distante, aunque sea en su propia casa, sabrán que están siendo privados de una serie de “derechos”, que serían naturales si no hubieran desobedecido a sus padres.

El castigo, incluso dentro de casa, funciona. Si sacásemos a nuestros hijos y les llevásemos a un lugar fuera de su entorno familiar, esto sin duda les traumatizaría. Esto es lo que sucede a los presos que son alejados de su entorno social y llevados a convivir con personas extrañas, hostiles, por no mencionar lo que sucede al separarlos de sus familias.

La tecnología es el presente. Cada día descubrimos algo nuevo, un desarrollo tecnológico que, sin duda, debe ser utilizado por el Sistema Penal.

J. J. González Rus⁴²¹ apunta que, a través de este fantástico desarrollo tecnológico, especialmente la electrónica y la informática, es posible llevar a cabo

⁴²¹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 71.

unas vigilancias extensas e intensivas, hasta ayer impensables, permitiendo unos seguimientos que se pueden realizar sobre todas las personas de un modo general o específico, o sobre un grupo en particular. En lo que se refiere concretamente al sistema penal, entre estas técnicas, la más desarrollada se refiere a la custodia en domicilio bajo vigilancia electrónica, que ha tenido un gran desarrollo teórico y práctico, especialmente en los Estados Unidos y en Canadá y cuya aplicación, hoy generalizada, puede determinar consecuencias relevantes en las técnicas de control social y penal.

El monitoramiento electrónico se ha diseñado con el objetivo de hacer que el condenado no sea separado, bruscamente, de su entorno social. Muchos de sus derechos, como sucede con nuestros hijos durante su educación, comienzan a ser limitados. Sin embargo, la vida en sociedad permanece. No se trata de desocializar sino de educar para que no se realice el acto que le ha llevado a tener suspendidos algunos de estos derechos.

Según destaca E. Oliveira, “en sus primeras experiencias en América del Norte, a principios de los años 80, hasta su puesta en funcionamiento en Europa, a mediados de los años 90, el monitoramiento electrónico es elogiado por sus propiedades únicas de identificación de la pena (Laville & Lameyre, 2003, PP 370-374). Evita los efectos nefastos de la desocialización del encarcelamiento – especialmente para los delincuentes primarios – y facilita el mantenimiento de los lazos familiares y el ejercicio de una actividad profesional. Ese sistema permite, también, la reducción de la tasa ocupacional en las cárceles, acogiendo a reos y a condenados de pequeñas o medianas condenas con un coste bastante inferior. El arresto domiciliario bajo la vigilancia electrónica aleja de sus beneficiarios la promiscuidad y las malas condiciones de higiene, la ociosidad y la irresponsabilidad, encontradas en muchas cárceles. Se trata de un tipo de castigo que no implica el estigma asociado con el encarcelamiento y asegura, a los ojos del empleador, la continuación de una vida ‘normal’ cerca de la familia”.⁴²²

⁴²² OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro* - a prisão virtual, p. 9-10.

El sistema de monitoramiento electrónico se realiza mediante un dispositivo de navegación GPS. GPS es una sigla que en inglés significa *Global Positioning System* y en español Sistema de Posicionamiento Global. A través del GPS es posible fijar nuestra localización exacta en el planeta. Este proyecto fue iniciado hace cerca de 30 años, por el gobierno de los Estados Unidos de América, concretamente por el Departamento de Defensa. Se lanzaron varios satélites con el objetivo de superar las limitaciones de los sistemas de localización que eran utilizados hasta aquel momento. Estos sistemas eran terrestres y utilizaban las ondas de radio para obtener una localización. Estos antiguos sistemas de localización se utilizan todavía, pero cada vez se recurre más al GPS. El sistema se está mejorando constantemente y actualmente cuenta con 24 satélites en órbita, con 12 ubicados en cada hemisferio y 6 estaciones de control en la tierra.⁴²³.

A pesar de que podemos atribuir los orígenes del monitoramiento electrónico a los hermanos Ralph y Robert Schwitzgebel⁴²⁴, quienes realizaron las primeras experiencias en 1964, en los EEUU, con dieciséis jóvenes reincidentes, podemos apuntar al Juez del Estado del Nuevo México, Jack Love, como el precursor de la idea que actualmente se está utilizando en varios países.

Lo más interesante es que el Juez Jack Love se inspiró en una edición de *Amazing Spider-Man*, de 1977, donde el rey del crimen colocaba una pulsera al hombre-araña con el fin de vigilar sus pasos por las calles de Nueva York. Después de leer la historia, el Juez Jack Love pensó que la idea podría utilizarse en el monitoramiento de los presos, razón por la cual buscó a su amigo Mike

⁴²³ Los satélites GPS están equipados con relojes atómicos que tienen una precisión de millonésimas de segundo, y transmiten continuamente para los satélites receptores en la Tierra señales digitales de radio con informaciones sobre la ubicación y la hora exacta.

⁴²⁴ Faustino Gudín Rodríguez-Magariños apunta que “el proyecto de *Schwitzgebel* estaba dirigido a desarrollar un programa de investigación electrónica de las conductas humanas cuyo propósito consistía en presentar un nuevo diseño para el control remoto del comportamiento. De entre las distintas posibilidades que ofrecía el sistema una de las que más literatura generó era la de denominada *eletronic parole*: la creación de un sistema de rehabilitación electrónica para ‘reincidentes crónicos’. En los años setenta, *Ingraham/Smith* consideraron que la vigilancia electrónica podía ser una alternativa real y general a la cárcel e incluso a la *probation*. El ingenio de *Schwitzgebel* permitía registrar acontecimientos conductuales e incorporaba un sistema de comunicación interactivo entre un terapeuta y el condenado. Un sistema de comunicación a través del cual el terapeuta podía guiar y corregir al preso y, a su vez, éste podía enviar señales de ayuda al facultativo cuando fuera necesario”(La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano, en laleydigital.es, acceso el 23 de septiembre de 2009).

Gross, técnico en electrónica e informática, para proponerle la producción de los receptores que serían colocados en las muñecas, tal como había visto en la historia del cómic.

En 1983, es decir, cinco años después, después de haber realizado pruebas con la pulsera durante tres semanas, el Juez Jack Love determinó el monitoramiento de cinco delincuentes en la ciudad de Albuquerque, la ciudad más grande del Estado de Nuevo México. Nació, también, en es momento, según nos aclara E. Oliveira, la *National Incarceration Monitor and Control Services*, la primera empresa en producir dispositivos electrónicos destinados al control de los seres humanos.⁴²⁵

En la actualidad, existen cuatro opciones de técnicas de monitoramiento electrónico, que se pueden adaptar a la persona en forma de: a) pulsera; b) tobillo; c) cinturón; y d) *microchip* (implantado en el cuerpo humano).

En los cuatro casos que acabamos de mencionar, la utilización se puede producir de manera discreta, permitiendo que el condenado cumpla su pena sin sufrir las influencias nefastas de la cárcel.

No se puede permitir el monitoramiento electrónico en todas las infracciones penales sino tan sólo en aquellas en la que sea factible la permanencia del condenado fuera de la cárcel.

Existen casos graves que, por ahora, requieren una respuesta más severa por parte del Estado. No se puede, por ejemplo, permitir que jefes de organizaciones criminales, miembros de células terroristas, traficantes de drogas etc. permanezcan monitorizados en su propia residencia, ya que, con certeza casi absoluta, seguirían cometiendo sus delitos, ahora con el aval del propio Estado.

Sin embargo, en determinadas infracciones penales, que no posean gravedad extrema, sus autores pueden ser limitados espacialmente a un lugar predeterminado por la Justicia Penal, sin imponerles la privación de libertad dentro del sistema penitenciario. Del mismo modo, el monitoramiento electrónico

⁴²⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro* - a prisão virtual, p. 28.

se podrá utilizar también en ciertos casos como sustitución de la detención cautelar.

El sistema de monitoramiento o seguimiento, permite que los responsables del control del cumplimiento de la pena del condenado monitorizado, sepan, con precisión, todos los movimientos del condenado y si el área delimitada está siendo respetada. En caso de desobediencia, la solución será el confinamiento del condenado en el interior del sistema penitenciario.

El juez, para adoptar su decisión, tomará en consideración los antecedentes penales, la conducta social, la personalidad del agente infractor, la gravedad de la infracción, etc., deberán tenerse en cuenta para la concesión de la posibilidad de cumplimiento de pena *extra muros*, mediante monitoramiento electrónico.

La tendencia es que el monitoramiento electrónico pueda ser cada vez más imperceptible por otras personas, ajenas a quien lo utiliza. ¿Quién no recuerda el tamaño inicial de los teléfonos móviles? Hoy en día son multifuncionales y mucho más pequeños. Asimismo, en un futuro muy próximo, en lugar de pulseras, tobilleras o cinturones, el monitoramiento podrá ser llevado a cabo a través de un aparato contenido en un reloj de pulsera.

El *microchip* subcutáneo ya es una realidad, e impide cualquier tipo de visualización por parte de terceros, pudiendo, incluso, contener todas las informaciones necesarias relativas al cumplimiento de la pena del condenado que lo utiliza.

En definitiva, llegamos a la era tecnológica, y tenemos que utilizarla en beneficio del hombre que, en un futuro próximo, verá saltar los muros de las cárceles que durante siglos lo aprisionaron. Ese “nuevo hombre” del futuro mirará hacia atrás y no creará que sus semejantes, hace pocos siglos, eran enjaulados como animales feroces, tratados de forma indigna y cruel.

Aunque el sistema de monitoramiento electrónico permita el cumplimiento de los objetivos atribuidos a las penas, es decir, prevenir e impedir la práctica de infracciones penales, una parte de la doctrina inició un movimiento contra su

utilización. Según nos explica Luzón Peña,⁴²⁶ se argumentaba que, en primer lugar, esta modalidad de cumplimiento de pena resultaba demasiado benigna para los condenados, careciendo del necesario efecto intimidatorio, característico de la teoría retributiva. Del mismo modo, continua Luzón Peña⁴²⁷, con respecto a la resocialización, afirmaban que la sanción se centra únicamente en el control del condenado, dedicando poco o ningún esfuerzo en su tratamiento de resocialización.

En segundo lugar, según afirman los opositores del monitoramiento electrónico, no existen estudios suficientemente amplios y rigurosos que puedan demostrar si, realmente, hay una eficacia preventivo-especial de la sanción de los que han sido sometidos al monitoramiento electrónico en comparación con los condenados que ya ha cumplido sus condenas dentro de sistema penitenciario. Es decir, para estos opositores, no se puede afirmar, con suficiente precisión, que permitir el cumplimiento monitorizado de una condena *extra muros* no reduzca el índice de reincidencia.

Con todo el respeto que merecen los opositores del monitoramiento electrónico, no se puede negar que los beneficios de un cumplimiento de pena monitorizado fuera de la cárcel son infinitamente superiores a los perjuicios causados al agente infractor que se ve obligado a cumplir su pena *intra muros*.

Destaca Luzón Peña⁴²⁸ que las acusaciones de que el monitoramiento electrónico es demasiado benigno para el condenado, además de carecer prácticamente de eficacia intimidatorio, se han rebatido con el correcto argumento de que se reserva sólo para las infracciones penales de poca gravedad, similar a lo que sucede con los delitos de tráfico, sustracciones patrimoniales no violentas, consumo de drogas etc. y sólo excepcionalmente para algún delito que prevea alguna forma de violencia, como puede suceder con las lesiones corporales.

⁴²⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 58.

⁴²⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 58.

⁴²⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 59.

Además, el pronóstico que se hace del condenado le es favorable, es decir, todo lleva a considerar que el cumplimiento de la pena monitorizada *extra muros* ejercerá sobre él el efecto deseado, evitando la comisión de futuros delitos.

No podemos olvidar que, incluso con cierto grado de libertad, tenemos limitada una gran parte de este nuestro derecho. A pesar de que, aparentemente, se muestre como una medida benigna para el condenado, aún así esta forma de cumplimiento de pena podrá ejercer su función preventiva (general y especial), ya que para la sociedad quedará demostrado que el Estado, a través del Derecho Penal, ha cumplido con su misión protectora de bienes jurídicos, de manera que el autor de la infracción penal fuese responsabilizado con una pena correspondiente al mal que haya cometido.

Como apuntan Miguel Ángel Iglesias Ríos y Juan Antonio Pérez Parente, en la mayoría de los países, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica no se contempla como medida única, sino que, en aras de la consecución de expectativas resocializadoras, el control telemático se inserta dentro de un amplio programa de ejecución diario en el que, junto a la permanencia obligatoria en el domicilio o en un lugar concreto, se permiten salidas predeterminadas para acudir al trabajo o participar en sesiones de terapia, se realizan visitas no anunciadas por funcionarios competentes (por la tarde, noche, fines de semana, festivos), o con un preaviso de treinta minutos; el sujeto ha de someterse a un análisis de sangre, de orina o de aire aspirado para detectar el consumo de alcohol o drogas, varias veces por semana, practicadas por personal médico especializado o conectadas al propio aparato de vigilancia (como ocurre en Suecia), cuyos resultados se reciben informatizadamente por la red telefónica a la central.⁴²⁹

5.1.1.1. Tecnologías de control de primera, segunda y tercera generación

Las tecnologías de control pueden ser divididas en primera, segunda y tercera generación.

⁴²⁹ IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 409.

La primera generación de mecanismos de control incluye el sistema activo (vigilancia electrónica activa) y el sistema pasivo (vigilancia electrónica pasiva), aún cuando se han implantado también sistemas mixtos que combinan ambos modelos.

La vigilancia electrónica activa, que es la más frecuente, básicamente, conforme apunta Juan José González Rus⁴³⁰, se compone de tres elementos, a saber: un transmisor en miniatura fijado a unas pulseras, tobilleras, etc., que se colocan al condenado de forma tal que no se puedan quitar. Este transmisor, transmite una señal que permite detectar el lugar donde se encuentra el reo; otro componente, un receptor-transmisor, instalado en el domicilio o en el lugar donde se ha determinado que el condenado deba permanecer sujeto a vigilancia, recibe la señal del transmisor, enviando, a su vez, una señal a un tercer componente del sistema, que normalmente es un ordenador central conectado por vía telefónica con un transmisor-receptor, que controla el proceso y registra todo lo que sucede con la vigilancia; es decir, si el condenado, efectivamente, está cumpliendo con lo que se había determinado en la sentencia, o si hay algún incumplimiento, tal como haber salido del lugar permitido, etc.

A través de esta vigilancia electrónica activa, se confirma la presencia del condenado en su casa, o incluso en otro lugar determinado por la Justicia, así como las horas previstas para la práctica de determinados comportamientos o, por el contrario, su ausencia en el lugar previamente determinado, lo cual dará lugar a consecuencias en su contra.

Ese control, según aclara Luzón Peña⁴³¹, en los Estados Unidos, es realizado por los funcionarios que son responsables del sistema de prueba que, en caso de incumplimiento por el condenado, proponen las medidas punitivas correspondientes o incluso la aplicación de una sanción más dura. Además, también tienen la obligación de mantener un contacto periódico con el condenado

⁴³⁰ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 72.

⁴³¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 56.

con el fin de inspeccionar los dispositivos de transmisión (pulseras, tobilleras, etc.).

Por vigilancia electrónica pasiva podemos entender la que se lleva a cabo a través de un sistema aleatorio de llamadas telefónicas hechas por un ordenador previamente programado para ello, a los lugares donde los condenados se encuentran sometidos a esta modalidad de vigilancia. Cuando las llamadas se realizan al azar, los condenados deben atender personalmente al teléfono. Según aclara Juan José González Rus⁴³², en estos casos, es común que se incorpore al aparato telefónico un identificador de voz, evitando que el sistema sea burlado por el condenado, que así podría pedir a alguien que respondiera a la llamada en su lugar. Es importante destacar que tanto las llamadas como las respuestas del condenado quedan registradas en un sistema informático, que está programado para generar una alerta en caso de producirse incidentes.

Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente apuntan que la principal ventaja del sistema pasivo con control de voz o mecanismos digitalizados es su menor estigmatización pública y, en ciertos casos, podría llegarse a prescindir de la instalación de transmisores en el domicilio del vigilado. Como desventajas se apuntan la posible perturbación que las llamadas telefónicas, especialmente en horario nocturno, causen al resto de moradores o que el sujeto no oiga la llamada por estar en la ducha, escuchando música, etc.⁴³³

La tecnología de segunda generación ha sido implantada inicialmente en los EEUU a partir del año 2000, siendo utilizada posteriormente en Canadá y Gran Bretaña, cuyo referente europeo es el denominado sistema Galileo. Galileo se ha diseñado desde el principio como un proyecto civil, a diferencia del GPS estadounidense, o el GLONASS ruso y chino que son de origen militar, teniendo varias ventajas, como una mayor precisión, una mayor seguridad y están menos sujetos a problemas.

⁴³² GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 72.

⁴³³ IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 414.

Este sistema de segunda generación tiene la capacidad no sólo de controlar la permanencia, en un lugar determinado, de la persona que es objeto de un seguimiento, sino que, milimétricamente, detecta su presencia fuera del lugar que había sido delimitado, indicando, precisamente, el lugar y la hora en la que estuvo.

Por tanto, el vigilado deberá llevar un transmisor similar al utilizado en la vigilancia electrónica activa que tiene como objetivo enviar los datos de sus movimientos a la central, de manera que se active una alarma siempre y cuando el vigilado se aleje del perímetro dentro del que había sido confinado.

Por último, conforme aclaran Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente, la *tecnología de tercera generación* se caracteriza porque al control por sistema GPS de permanencia o presencia que ofrecen los anteriores sistemas apuntados, se añade también la posibilidad de que la central de vigilancia reciba informaciones psicológicas, frecuencia de pulsaciones, ritmo respiratorio para medir el nivel de agresividad de un delincuente violento, la excitación sexual en delincuentes sexuales, cleptómanos o psicópatas. Así mismo, ante cualquier incumplimiento de las obligaciones acordadas judicialmente, algunas versiones tienen capacidad para realizar una intervención corporal directa en el vigilado por medio de descargas eléctricas programadas, que repercuten directamente en el sistema nervioso central o por medio de la apertura de una cápsula que le inyecta un tranquilizante u otra sustancia, para el caso de neuróticos agresivos, esquizofrénicos o adictos al alcohol.

Este drástico procedimiento aún no se ha implantado en el arresto domiciliario con vigilancia electrónica porque constituye un castigo físico atentatorio contra la dignidad humana; por otro lado, no toma en cuenta distintas situaciones de necesidad -urgencia médica, incendio en la casa, un accidente- en las que el vigilado se vea obligado a abandonar el lugar y a soportar injustificadamente tales descargas eléctricas.⁴³⁴

⁴³⁴ IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 415.

5.1.1.2. Monitoramiento *versus* derecho a la intimidad

La posibilidad de utilizar de tecnología en el cumplimiento de la pena ha suscitado algunos debates con respecto a su posibilidad. Como es común cuando aparece una novedad en el mundo jurídico, siempre se alzan voces a favor y en contra. En el caso del monitoramiento electrónico de los presos, han comenzado a defender la tesis de la imposibilidad de su uso, argumentando que el monitoramiento llevaría a una exposición indebida del condenado, ya que todos sabrían que estaba cumpliendo pena bajo esta nueva modalidad de vigilancia, lo que atentaría contra su dignidad.

Así, como explica Luzón Peña⁴³⁵, se ha discutido sobre el hecho de que la vigilancia electrónica implique una intromisión excesiva e intolerable en los derechos fundamentales del condenado, o incluso en detenidos provisionales, especialmente con respecto a su dignidad, aquí representada por su derecho a la intimidad.

A pesar de que todo razonamiento que intente preservar la dignidad del ser humano sea loable, no podemos olvidar que no existe un derecho absoluto, a menos que, como ya hemos apuntado anteriormente, el derecho no sea el de no ser torturado o esclavizado.

En el caso del monitoramiento, entendemos que poner el condenado en un sistema dañado, en lugar de reintegrarlo, hará que regrese traumatizado a la vida en sociedad y, por ello, es preferible su control por el Estado en algún lugar *extra muros*, previamente determinado. Ese lugar podrá ser su propia residencia, o cualquier otro que facilite la ejecución de la pena, con su perfecto control.

Todo se realizará de la forma más discreta posible, es decir, cuidando la discreción en el uso de los tobillos, de las pantorrillas, del cinturón. Incluso la implantación de un microchip se hará con el fin de no ofender la dignidad del

⁴³⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 60.

condenado, evitando su exposición innecesaria. Así, por ejemplo, sería inviable el uso de aparatos que involucran el cuello del condenado, o incluso algunos otros que podrían causar una exposición excesiva.

El derecho a la intimidad, cuya violación se atribuye a la posibilidad de monitoramiento electrónico, se encuentra en la lista de los derechos de la personalidad. La personalidad, a su vez, puede ser apuntada como una consecuencia directa del principio de dignidad humana, lo que significa, en pocas palabras, la capacidad que tiene todo ser humano de poseer derechos y de contraer obligaciones.⁴³⁶

Se trata de un derecho innato, inherente a todo ser humano. En los países modernos, resulta inconcebible afirmar que alguien no tenga personalidad. Sin embargo, esto no siempre fue así. En un pasado no muy lejano, los esclavos, por ejemplo, eran similares a las cosas. Podían ser comprados, vendidos, intercambiados, perseguidos, en última instancia, eran objeto de negociación y una herramienta de trabajo. Lo mismo aconteció, en proporciones menores, con las mujeres, que eran entendidas como una clase intermedia entre los hombres y los animales.⁴³⁷

Existen derechos que nacen con cada ser humano, independientemente de su origen, raza, sexo, color, religión, similar a lo que sucede con el derecho a la vida, la libertad sexual, la integridad física, el honor, la intimidad etc., de los cuales el hombre no puede verse privado. Sin embargo, como ya hemos mencionado, no

⁴³⁶ Pablo Stolze Gagliano y Rodolfo Pamplona Filho, disertando sobre el tema, apuntan que “los derechos de la personalidad se consideran como los que tienen por objeto los atributos físicos, psíquicos y morales de la persona en sí y en sus proyecciones sociales. La disciplina de los derechos de la personalidad se rige por la directriz de que se trata de una esfera extrapatrimonial del individuo, por la que el sujeto tiene reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico una serie indeterminada de valores que no pueden valorarse meramente en términos pecuniarios, como la vida, la integridad física, la intimidad, el honor, entre otros” (*Novo curso de direito civil – parte geral*, p. 150).

⁴³⁷ “En el lenguaje jurídico actual la expresión derechos de la personalidad tiene un significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona, ya que se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, estos derechos constituyen un mínimo para garantizar los valores fundamentales del sujeto de derecho; sin ellos, la personalidad sería incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales” (CARGO, Simón, *en* Edson Ferreira da Silva, *en Direito à intimidade*, p. 8).

existen derechos absolutos, incluso los considerados muy personales. Podemos citar, como ejemplo, el derecho que todas las personas tienen a la libertad. Sin embargo, si el agente viene a cometer un hecho susceptible de una condena, de una pena privativa de libertad, este derecho cederá en el caso concreto. Así, sólo podremos considerar como absolutos los derechos a la personalidad con el fin de ser oponibles *erga omnes*, y no con respecto a su intangibilidad.

Aunque nos hayamos posicionado en la línea de que los derechos inherentes a la personalidad sean innatos, es decir, ya nacen con todo ser humano y son antecedentes a cualquier disposición normativa, siendo, igualmente, considerados como derechos naturales, como hemos visto en el capítulo I, tal posición no es pacífica. En sentido opuesto a la escuela iusnaturalista de los derechos a la personalidad se encuentra la posición entendida como positivista, que parte del presupuesto que sólo habrá derecho cuando éste sea reconocido formalmente por el Estado, mediante su recepción en el correspondiente texto legal. Es la ley, según esta corriente, la encargada de reconocer y proteger los derechos que fueron seleccionados a través del criterio de la voluntad política, los que se van modificando a lo largo de los años. Van surgiendo nuevas situaciones, acontecen nuevos conflictos, que harán que el legislador contemple la existencia de nuevos derechos, que pueden ser considerados como muy personales, formando parte de la personalidad del ser humano.

A pesar de la fuerza del razonamiento positivista, especialmente en lo que se refiere al reconocimiento de nuevos derechos de la personalidad, que van apareciendo de acuerdo con la propia evolución de la sociedad, existen ciertos grupos de derechos a los que no se puede hacer derivar su existencia del reconocimiento formal de la ley, tales como el derecho a la vida, la integridad personal, el honor, la intimidad, etc.

Los derechos de la personalidad poseen ciertas características que les son propias y que los distinguen de los otros. Además de ser considerados como absolutos, con el fin de ser oponibles *erga omnes*, los derechos de la personalidad gozan de las características de generalidad, extrapatrimonialidad,

intransmisibilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad y vitalicidad.⁴³⁸

Por su naturaleza, así como por las características que le son peculiares, los derechos de la personalidad forman parte de la esfera de la dignidad de la persona.

Existe una controversia doctrinal sobre el uso de las expresiones derechos humanos y derechos de la personalidad. Para una primera corriente, derechos humanos serían los positivados en el texto constitucional – o incluso en algún otro texto infraconstitucional – oponibles contra el Estado mismo. Serían, así, utilizados como escudo contra la opresión y el autoritarismo del Estado. Así, se adaptarían a la categoría de derechos públicos. Por otra parte, derechos de personalidad serían los regulados por el derecho civil, que se refieren a las relaciones entre particulares.⁴³⁹

Hoy en día, ya no se puede argumentar que el derecho a la intimidad forme parte del elenco relativo a los llamados derechos de personalidad que, por tanto, se refieren a la dignidad de la persona humana.

⁴³⁸ Cleyson M. Mello y Thelma Fraga, disertando sobre las características antes mencionadas, apuntan: “Generalidad, en el sentido de que todos sus titulares están protegidos en los derechos de la personalidad. Extrapatrimonialidad, los derechos de la personalidad no son contrastados objetivamente por un criterio económico. Intransmisibilidad e irrenunciabilidad (...) para los derechos de la personalidad, significa que éstos no pueden sufrir mutación subjetiva y no pueden ser abdicados, recusados o rechazados por el titular del derecho, respectivamente. Imprescriptibilidad está vinculada a la inexistencia de plazo para su efectivo ejercicio. Inembargabilidad característica intrínseca de la indisponibilidad, significa que el derecho no puede ser afectado por el embargo. Vitalicidad, es decir, son innatos y permanentes a la persona” (*Direito civil – Introdução e Parte Geral*, p. 105).

⁴³⁹ Sin embargo, como bien observa E. F. Da Silva: “bajo el aspecto del derecho público, los llamados derechos humanos no pretenden una simple abstención por parte del Estado en cuanto a respetar y no practicar arbitrariedades contra los derechos fundamentales del hombre. Más que eso, el Estado debe garantizar a todos, por los mecanismos específicos del Derecho Constitucional y del Derecho Penal, el libre disfrute de las libertades fundamentales. Los órganos del Estado destinados a frenar la delincuencia y el crimen, a apurar las responsabilidades en el ámbito penal, tienen como función proteger a toda la colectividad en sus intereses fundamentales de seguridad y tranquilidad, ofreciendo a todos las condiciones necesarias para el cumplimiento de la natural vocación para el progreso y el desarrollo. La tutela pública es conferida en atención al cuerpo social como un todo y no a cada individuo en particular. En esto reside la diferencia entre tutela pública y tutela privada, entre derechos humanos y derechos privados de personalidad. Pero no sólo. En el ámbito de la Constitución, como sucede actualmente, los derechos fundamentales del hombre constituyen una restricción para el poder legislativo del Estado, porque las leyes infraconstitucionales no pueden restringir, suprimir o entrar en conflicto con el texto superior, bajo pena de nulidad”. (FERREIRA DA SILVA, Edson, *Direito à intimidade*, p. 21-22).

Las Constituciones modernas, como la Española y la Brasileña, no solo prevén expresamente el principio de dignidad humana, sino también los derechos que le son inherentes, como el derecho a la intimidad, de conformidad con el art. 18.1 de la CE que establece que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”. Se complementa con el apartado 4 del mismo artículo que establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.⁴⁴⁰ Es evidente, por tanto, a través de la lectura del apartado primero del art. 18 de la CE, que son tres los derechos fundamentales previstos, a saber: “el honor, la intimidad y la propia imagen, las especies de la dignidad de la persona”.

La intimidad es, por tanto, un derecho fundamental garantizado por la Constitución, debiendo el Estado protegerlo de todo y cualquier ataque.

Conceptualizar el derecho a la intimidad es una tarea extremadamente difícil, ya que, no sólo hay que conceptualizar lo que será el derecho a la intimidad sino también trazar sus contornos exactos, haciendo una distinción entre lo público y lo privado.

Son tres las principales teorías que compiten por el tratamiento del derecho a la intimidad. La primera de ellas, denominada teoría objetiva, adopta la llamada “teoría de las esferas”, del derecho alemán, donde podemos ver, en sentido figurado, varios círculos concéntricos: en el centro se encuentra lo más íntimo y reservado; alrededor, encontramos la intimidad familiar; y, por último, en su cara más externa, el área destinada a la esfera pública. Está claro que esta definición no es absoluta, sino una mera representación teórica.

⁴⁴⁰ Una disposición similar se encuentra en la Constitución brasileña, que dice: 5. X, “*son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, garantizando el derecho a la indemnización por el daño material o moral consecuente de su violación*”.

La segunda teoría, conocida como “subjetiva”, sostiene que sólo la persona, y nadie más, puede determinar lo que es o no íntimo, es decir, sólo a ella le compete determinar los límites entre lo privado y lo público.⁴⁴¹

Así pues, aunque su definición sea compleja, podemos entender como derecho a la intimidad aquella parte, inherente a nuestro derecho de personalidad, que nos compete única y exclusivamente a nosotros, y que debe, de acuerdo con nuestra voluntad, ser sustraída del conocimiento público o, conforme a las explicaciones de E. Ferreira da Silva, “el derecho a la intimidad debe comprender el poder jurídico de sustraer del conocimiento ajeno y de impedir cualquier forma de divulgación de aspectos de nuestra vida privada, que según un sentido común, detectables en cada época y lugar, interesa mantener bajo reserva”.⁴⁴²

Este derecho a la intimidad debe ceder en el caso concreto cuando estemos ante la posibilidad de un monitoramiento electrónico. De hecho, esta limitación al derecho a la intimidad se lleva a cabo en beneficio del propio condenado, ya que, sometiéndose al monitoramiento electrónico, quedará libre del ambiente pernicioso de la cárcel.

A pesar de que tenemos que proteger el derecho a la intimidad de quienes han sido condenados por la Justicia Penal, entendemos que la sumisión del autor de la infracción penal al monitoramiento electrónico debe entenderse a su favor, aun cuando pueda causar pequeñas molestias.

Por consiguiente, Rodríguez-Magariños propone la creación de un nuevo sistema penitenciario, donde la privación de libertad de las personas pase de regla general a excepción, reservando, en cambio, los centros penitenciarios sólo para

⁴⁴¹ En la actualidad, afirma L. Rebollo Delgado, ha aparecido la llamada teoría del mosaico, como una necesidad de protección de la intimidad del individuo: “frente a las amenazas, que de forma genérica, los nuevos ingenios tecnológicos y en concreto la informática, suponen. Fue formulada por Madrid Conesa que entiende que la ‘teoría de las esferas no es válida, teniendo en cuenta que hoy en día los conceptos de público y privado son relativos, ya que existen datos que a priori son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que unidos entre sí pueden servir para configurar una idea prácticamente completa de cualquier individuo, tal como sucede con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en sí no dicen nada, pero cuando se unen pueden formar conjuntos plenos de significado” (DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*, p. 38-39).

⁴⁴² Ferreira da SILVA, Edson. *Direito à intimidade*, p. 51.

los delincuentes habituales que cometan delitos graves, demostrando, con ello, desprecio por los derechos de sus conciudadanos. Como acertadamente afirma el autor, la “vigilancia electrónica ni es la varita mágica ni es la panacea, ni cubre – y menos hoy en día – todos los anhelos, pero indudablemente es el principio del fin de un sistema penitenciario basado en un axioma absurdo: encerrar, desocializar a un individuo para hacer de él el hombre apto para vivir en sociedad”.⁴⁴³

6. EL SISTEMA DE PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

Si la pena es un mal necesario en un Estado Social y Democrático de Derecho, debemos buscar la que sea suficientemente fuerte para la protección de los bienes jurídicos esenciales, sin que ello implique lesionar la dignidad humana. Las raíces iluministas del principio de proporcionalidad hacen que hoy, después de tres siglos, podamos cosechar los frutos de un derecho penal que pretende ser menos cruel y que trata de observar los derechos fundamentales del hombre.

La prisión, que en el pasado era sólo un estadio intermedio de la aplicación de la pena, por lo general de carácter aflictivo, mutilador y de muerte, hoy goza de aceptación en las legislaciones penales. En aras de la protección de los bienes indispensables para la vida en sociedad, el Derecho Penal priva de libertad aquel que cometió el delito. Por mucho que se discuta, aún no encontramos otro entorno eficaz que pueda sustituir la pena privativa de libertad aplicada en algunas infracciones penales graves. La tesis abolicionista, tan festejada por Louk Hulsman, sigue siendo una utopía.

Creemos que la propuesta de resolución de conflictos llevada a cabo por los abolicionistas aún está muy lejos o, tal vez, nunca llegará a ser una realidad. Si no hay posibilidades de que se suprima el sistema penal, debemos de encontrar soluciones que alcancen al ciudadano delincuente lo menos posible y, aún así,

⁴⁴³ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica*. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI, p. 170-171.

repetimos, no conseguiríamos encontrar otra pena que pueda sustituir la privación de libertad.

Sin embargo, hay casos en los que podemos sustituir la pena de prisión por otras alternativas, evitando así los males que entrañan el sistema penitenciario, especialmente con relación a los presos que han cometido pequeños delitos y que se encuentran mezclados con delincuentes peligrosos. En este sentido conviene destacar a M. P. Pimentel subraya que ya se ha constatado el fracaso de la prisión como agencia terapéutica para las penas de corta duración, recordando que es antigua la idea de que el entorno de la cárcel debe evitarse, siempre que sea posible, en los casos en que el breve pasaje del autor del delito no permita alguna posibilidad de resocialización. Y continúa apuntando que estas pequeñas condenas no se prestan para servir como prevención general, sumándose a la inconveniencia de separar a los condenados de la vida familiar y laboral, desorganizando, sin ninguna ventaja, su vida.⁴⁴⁴

No podemos olvidar que la condena penal supone consecuencias nefastas para el condenado, que se verá estigmatizado por la sociedad que, difícilmente, volverá a acogerlo. Sin embargo, cuando alguien, incluso con una condena penal, no cumple su pena *intra muros*, la estigmatización con respecto a su persona es infinitamente más pequeña.

Por tanto, son muchos los beneficios de las llamadas penas alternativas a la prisión⁴⁴⁵. Entre ellos, podemos enumerar:

a) Evita el fenómeno del encarcelamiento, es decir, se evita que el condenado, asimilando el estatus de delincuente, se comporte como tal, dificultando o incluso impidiendo su proceso de resocialización;

⁴⁴⁴ Pimentel, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 163.

⁴⁴⁵ Abel Téllez Aguilera destaca, con acierto, que “los términos ‘alternativas penales’ o ‘alternativas a la prisión’ son conceptos doctrinales multívocos que evocan distintos campos de comprensión según quién y dónde se utilicen. Así, baste como ejemplo, el hecho de que existen autores que incluyen como alternativas penales a la libertad condicional o al indulto, la multa, cuando no al propio régimen abierto. Soy de la opinión que todas aquellas formas que en realidad no son sino manifestaciones de la propia pena de prisión no pueden ser, por razones ontológicas obvias, alternativas a la misma, por lo que no lo son, pues, el régimen abierto ni la libertad condicional, a pesar de que hasta el propio legislador ha navegado siempre en la confusión al respecto” (*La ley 4904/2005*).

b) El condenado continúa manteniendo sus vínculos familiares y de amistad, impidiéndosele únicamente, como veremos más adelante, que realice ciertos comportamientos;

c) Por regla general, continúa manteniendo su empleo, ya que la pena alternativa no le impide trabajar, evitando una nefasta consecuencia de la condena de privación de libertad que, normalmente, se extiende a sus familiares, que comienzan a tener dificultades financieras por causa de la prisión del proveedor de la casa;

d) Facilita el proceso de resocialización ya que, como veremos más adelante, es una contradicción tratar de resocializar a alguien separándole de la vida en sociedad;

e) Permite que la víctima vea reparado el daño que sufrió, ya que, normalmente, ésta es una de las condiciones para la aplicación de la pena alternativa.

f) El índice de reincidencia es menor que cuando el agente cumple una pena de privación de libertad.⁴⁴⁶

No podemos dejar de registrar la advertencia formulada por N. Sanz Mulas, cuando sostiene que el hecho de que el esquema de sustitución se refiere, normalmente, a las llamadas penas privativas de libertad de breve duración. No podemos olvidar que, incluso las penas de privación de libertad de larga duración no están exentas de controversias.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ El Grupo Candango de Criminología, de la Facultad de Derecho de Brasilia, ha demostrado, en efecto, a través de una investigación, que los reos que han recibido penas alternativas, como la libertad condicional de la pena (*sursis*) han presentado una tasa de reincidencia del 24,2%, con respecto a los reos condenados al régimen semi-abierto, 49,6%, y al régimen cerrado, del 53,1%. El grupo ha analizado un período de 10 años, después de la apertura de los procesos, y los delitos escogidos han sido los de hurto y robo, ya que se encuentran entre las tres modalidades de infracción penal más cometidas en el país, donde el tráfico de drogas ocupa el segundo lugar, después del robo. (www.agenciabrasil.gov.br).

⁴⁴⁷ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*, p. 254.

Se trata de evitar la innecesaria segregación del ser humano cuando, en una determinada situación, en virtud de la infracción penal cometida, era posible un cumplimiento alternativo de pena no privativa de libertad.

Por consiguiente, debemos trabajar con dos principios que se refieren directamente a la aplicación de la pena por el Estado. El primero de ellos es el “principio de necesidad”, por el que el juez debe aplicar al condenado la pena que sea adecuada con el fin de prevenir la comisión de la infracción penal. Así, esta pena podrá ser incluso la privación de libertad, o una de naturaleza alternativa, cuyo papel veremos a continuación. Por otra parte, es decir, después de elegir la pena necesaria, el juez debería trabajar con el principio de suficiencia de la pena, determinando el *quantum*, es decir, el tiempo en que el condenado debe cumplir su pena.

Así, el “principio de necesidad” se refiere a la “calidad”, así como el “principio de suficiencia” se refiere a la “cantidad de la pena”. Los dos, juntos, conjugados, permitirán al juez que se haga la Justicia exigida al caso concreto, preservando la dignidad del ser humano.⁴⁴⁸

Compartimos la opinión de Abel Téllez Aguilera cuando define las alternativas a la prisión como todas las medidas contempladas en un determinado ordenamiento jurídico-penal, que, no dejando de observar los fines preventivos generales y especiales, intentan evitar que el agente que cometió un hecho típico, ilícito y culpable sea recluido en el sistema penitenciario.

6.1. Fases de aplicación de las medidas alternativas a la prisión

Cuando nos referimos a las alternativas a la prisión, no podemos olvidar que esta detención puede producirse antes o incluso después de haberse emitido la sentencia penal condenatoria. Esas alternativas, por consiguiente, deben estar disponibles para que sean aplicadas anteriormente o incluso posteriormente a la

⁴⁴⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *La ley 4904/2005*.

condena. La preocupación es la de evitar la innecesaria privación de libertad de aquél que, supuestamente, fue el autor de la infracción penal.

Inicialmente podemos hablar de alternativas a la prisión de naturaleza cautelar, cuando el reo no haya sido, aún, definitivamente condenado. Por otra parte, podemos referirnos, también, a las alternativas a la pena de privación de libertad, cuando el condenado ya haya agotado todos los recursos que estaban disponibles.

De esta forma, podemos imaginar una situación en la que un agente haya cometido una infracción penal concreta y haya sido sorprendido *in fraganti*. Tras su detención, la autoridad competente se da cuenta que, si se condena al agente al que después se le va a aplicar una pena alternativa a la privación de libertad, surge la pregunta: ¿Por qué detener cautelarmente al reo arrestado si, al final del proceso, cuando debiera ser condenado, éste se beneficiará con una pena alternativa a la privación de la libertad? Sería un contrasentido mantenerle preso durante la instrucción procesal, y soltarle después de la condena. En realidad, esto se parece más a una especie de venganza, incluso con efecto temporal.

Con este razonamiento podemos descartar, por ejemplo, todas las prisiones de naturaleza cautelar que no sean, efectivamente, necesarias. Cuando el juez vea la posibilidad de aplicar, al final de la instrucción procesal, una pena alternativa, la solicitud de prisión cautelar debe ser desestimada.

Por otra parte, debemos buscar alternativas a la prisión cuando estemos ante una sentencia condenatoria con tránsito en juzgado, evitando así el encarcelamiento innecesario del condenado. Es lo que veremos en detalle más adelante, indicando las posibles alternativas ya existentes a la prisión.

6.2. Alternativas a la pena de privación de libertad

La búsqueda de alternativas a la pena de privación de libertad ha sido una constante en numerosos ordenamientos jurídicos, como en Brasil y España. Estos

ordenamientos se diferencian poco unos de otros, cada uno con sus matices propios que, al final, tienden a converger hacia el mismo punto, es decir, prescindir del encarcelamiento innecesario de quien haya cometido una infracción penal concreta.

En Brasil, pueden ser consideradas como alternativas a la pena de privación de libertad las llamadas *penas restrictivas de derecho*, así como la *sanción pecuniaria*⁴⁴⁹, tal como sucede en España, donde hay una pequeña diferencia terminológica en cuanto a las penas restrictivas de derechos, ya que el artículo 32 del Código Penal Español las denomina *privativas de otros derechos*.⁴⁵⁰

Estas penas sólo pueden considerarse como alternativas a la cárcel cuando, efectivamente, sustituyan la aplicación de la pena privativa de libertad y no, como sucede con el ordenamiento jurídico español, cuando son aplicadas accesoriamente, es decir, junto con la pena de prisión. La finalidad, por tanto, es castigar al agente que cometió la infracción penal. Sin embargo, se evitará la segregación innecesaria de la vida en sociedad.

Puede ser que estas penas tengan una naturaleza incapacitante, inhabilitando temporal o permanentemente, al agente que haya cometido una infracción penal específica, de continuar en el ejercicio de sus actividades, implicando, como apunta G. Quintero Olivares, por ejemplo, la privación definitiva de todos los honores, empleos cargos públicos que tenga el penado o mismo el derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ El art. 32 del Código Penal Brasileño dice que las penas son: I) privativas de libertad; II) restrictivas de derechos; III) de multa. En lo que respecta, específicamente, a las penas restrictivas de los derechos, el art. 43 establece que ellas pueden ser: la prestación pecuniaria; la pérdida de bienes y de valores; la prestación de servicio a la comunidad o a las entidades públicas; la suspensión temporal de derechos; la limitación de fin de semana.

⁴⁵⁰ El artículo 39 del Código Penal español indica el papel de la privación de derechos, a saber: a) La inhabilitación absoluta; b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, y otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; c) La suspensión de empleo o cargo público; d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; e) La privación del derecho a la tenencia y porte de arma; f) La privación de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.

⁴⁵¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal* - parte general, p. 675.

Al agente, por ejemplo, que haya cometido un infracción de tráfico, considerando la gravedad del hecho que haya llevado a cabo, ¿se le puede suspender su permiso de conducir vehículos de motor durante un tiempo determinado? o, también, quien ha cometido un delito en contra de su propio hijo menor ¿perderá su potestad familiar, con impedimento, incluso, de mantener cualquier tipo de contacto con el propio hijo?

También es muy común la llamada prestación de servicios a la comunidad, donde el Estado se vale del trabajo del condenado en determinadas actividades de naturaleza pública, por un período de tiempo determinado. Ese trabajo puede ser remunerado o no, dependiendo de lo que disponga la ley penal. Tanto en Brasil como en España, por ejemplo, esta prestación de servicios por el condenado debe ser gratuita, como forma de castigo por el hecho que haya cometido, no pudiendo ser obligado a realizar, sin embargo, ningún trabajo que sea ofensivo a la dignidad de la persona humana.

Son alternativas que impiden que el agente se mezcle con el entorno penitenciario que, inevitablemente, en los países subdesarrollados y en desarrollo, afectan a su personalidad, a través del proceso de prisionización.

6.3. La pena pecuniaria

La pena de multa se remonta al *Pentateuco*, es decir, a los cinco libros escritos por Moisés, cuya letra fue inspirada por Dios. En el libro de *Éxodo*, en el Capítulo 21, versículo 22, la Palabra de Dios dice que “Si unos hombres se pelean, y uno de ellos atropella a una mujer embarazada y le provoca un aborto, sin que sobrevenga ninguna otra desgracia, el culpable deberá pagar la indemnización que le imponga el marido de la mujer, y el pago se hará por arbitraje”.

En el Imperio Romano tuvo amplia aplicación, dirigiéndose a los llamados

delitos patrimoniales, según nos explica M. Curtís Giordani.⁴⁵²

Hoy en día, la pena pecuniaria atiende a las necesidades actuales de evitar la reclusión, sancionando al autor de la infracción penal con el pago de una cuantía determinada por el juez, cuyo valor debe respetar los límites mínimo y máximo establecidos por el Código Penal.

Mucho se ha discutido acerca de la pena de multa como alternativa a la pena privativa de libertad. Existe un dicho popular que dice que “el área más sensible del cuerpo humano es el bolsillo”.

La multa, sin embargo, parece no atender el principio de responsabilidad personal, también conocido como principio de personalidad o de la intranscendencia de la pena. Como advierte Ferrajoli, la pena pecuniaria es una pena aberrante bajo varios puntos de vista. Sobretudo porque es una pena impersonal, que cualquier persona puede saldar.⁴⁵³

De todos modos, en algunos casos, no deja de ser una alternativa importante a la privación de libertad, debiendo ser utilizada cuando el juez, en el caso concreto, entienda que resulte necesaria y suficiente para la reprobación y prevención del delito.

6.4. Necesidad de criterios de conversión de las penas alternativas en pena privativa de libertad

Los ordenamientos jurídicos deben contemplar también sanciones en caso de incumplimiento. Por ejemplo, de poco serviría condenar al agente infractor al cumplimiento de una pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad, o de inhabilitación para una actividad concreta, si el mismo se resiste a la decisión del Estado, negándose a la orden judicial.

⁴⁵² Curtis GIORDANI, Mário. *Direito penal romano*, p. 70.

⁴⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 77.

Para estos casos, creemos que la pena alternativa debe sustituirse por la pena de privación de libertad. Por consiguiente, aunque exista divergencia entre los varios ordenamientos jurídicos que la contemplan, entendemos que las penas alternativas deben ser entendidas como penas sustitutivas a la privación de libertad.

De esta forma, el juez, después de la instrucción del proceso, si entendiera que el hecho cometido por el agente era típico, ilícito y culpable, lo condenaría al cumplimiento de una pena privativa de libertad prevista en el correspondiente tipo penal. Inmediatamente después sustituiría la pena de privación de libertad o por la pena restrictiva de derechos o incluso la pena de multa.

La pena de privación de libertad quedaría suspendida, por decirlo así, hasta el efectivo cumplimiento de la pena de restricción de derechos o del pago de la multa. Una vez cumplidas estas últimas, el juez declarararía la extinción de la pena. Por otra parte, en caso de incumplimiento, después de determinar una audiencia de justificación, donde el condenado podría exponer las razones por las cuales ha dejado de atenderla, el juez, si es el caso, determinará el cumplimiento de la pena de privación de libertad, con el consecuente mandado de detención.^{454 455}

Con esto, no anulamos el razonamiento sobre la importancia de las penas alternativas, ahora entendidas como sustitutivas a la privación de libertad. Sin embargo, esto no puede conducir al desprestigio de la Justicia, por causa de un incumplimiento injustificado por parte del agente infractor. La posibilidad de convertir la pena restrictiva de derechos, o incluso la pena de multa, en pena

⁴⁵⁴ Vicenta Cervelló Donderis, explicando el procedimiento adoptado por el Código Penal Español, aduce que el condenado tiene que pagar voluntariamente por vía de apremio el importe de la multa, en los términos del art. 53, ya que en caso contrario, por cada dos cuotas no pagadas se le impone un día de privación de libertad que podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad y, tratándose de faltas, mediante la localización permanente.

⁴⁵⁵ En Brasil, lamentablemente, ha sido retirado del ordenamiento jurídico-penal la posibilidad de conversión de la pena pecuniaria en pena privativa de libertad, razón por la cual, en la mayoría de los casos en que no hay pago efectivo, la Justicia Penal no tiene posibilidad de resarcimiento por parte del condenado, ya que, como sabemos, la “clientela” del Derecho Penal está compuesta, por regla general, de personas de baja renta, que no poseen patrimonio suficiente que garantice una acción de ejecución.

privativa de libertad, es una garantía que la justicia penal tiene para que se cumplan sus decisiones.

7. LA RESOCIALIZACIÓN DEL CONDENADO

Desde hace mucho tiempo se está debatiendo acerca de los problemas inherentes al proceso de resocialización del condenado. La controversia entre las teorías retribucionistas y preventivas (general y especial) ha enriquecido el debate con respecto a la socialización. Como explica A. Garcia-Pablos de Molina, el modelo clásico de respuesta al delito acentúa la pretensión punitiva del Estado, en el justo y necesario castigo del delincuente, objetivo primario cuya satisfacción, presumiblemente, produce un saludable efecto disuasorio y preventivo ante la comunidad. Por otra parte, el paradigma resocializador hace hincapié en que el objetivo específico y prioritario del sistema es la reinserción efectiva del infractor a la vida en sociedad. Con fundamentos humanitarios, el paradigma resocializador reclama una intervención positiva en el reo que facilite su regreso, de forma digna, a la comunidad, es decir, su plena reinserción social”.⁴⁵⁶

Pero más allá de ideales humanitarios, la racionalidad de la justicia criminal y la necesidad de legitimación de las distintas fases en las que actúa el sistema penal conducen a la ineludible tarea de la ejecución resocializadora. En palabras de ROXIN,⁴⁵⁷ “Como quiera que la pena exclusivamente sirve –según vimos- a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común y sin peligros, la ejecución de la pena sólo puede estar justificada si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así pues, sólo está indicada la ejecución resocializadora”.

⁴⁵⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*, p. 989.

⁴⁵⁷ “Sentido y límites de la pena estatal”. *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción LUZÓN PEÑA. Reus 1976, p. 31. Otros autores, como ZIPF, inciden también en la idea resocializadora y su necesidad de que impregne el conjunto de la actividad penitenciaria, de forma que el régimen penitenciario debe verse en su función de activar la responsabilidad social del ciudadano que ha cometido un delito. *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel IZQUIERDO MACIAS-PICAVEA. Edersa 1979, p. 150.

¿Sería posible la rehabilitación? ¿Habría interés, efectivamente, por parte del Estado en la promoción del retorno a la vida en sociedad? ¿La sociedad está preparada para recibirle? En definitiva, son cuestiones que merecen ser analizadas, ya que, la gestión para que tenga éxito la resocialización de la persona que haya cometido la infracción penal, tendrá una influencia directa sobre el sistema penitenciario. El reo resocializado, que deja de practicar nuevos delitos, se convertiría en un ciudadano útil y responsable. Lo cierto es que, además de la necesidad de justificación –al menos parcial- del sistema penal y de la privación de libertad como pena, después de la euforia de la resocialización a mediados del siglo XX y del mito de la resocialización a finales del mismo, las actuales tendencias criminológicas se esfuerzan por determinar la real eficacia de la intervención penitenciaria, arrojando algunos destellos de esperanza.⁴⁵⁸

Nos adherimos a lo expuesto por R. Mata y Martín cuando dice que, modernamente, la reintegración se asume desde la perspectiva constitucional mediante los postulados del Estado Social. Se destaca la necesidad de intervención de los poderes públicos para lograr el cambio en determinados aspectos de la vida comunitaria. La criminalidad como problema social hace que el poder público no pueda contentarse con la situación social y personal en la que se enmarca el hecho delictivo, de forma que está obligado a actuar para remover las condiciones sociales y personales que hacen posible tal hecho criminal. La pena no puede ser considerada ya como mera retribución o castigo, sino que obliga a una intervención positiva sobre el delincuente para posibilitar una vuelta a la vida en libertad sin delitos. Es lo que en ocasiones se conoce como prevención especial positiva. Idea que goza de su máximo apogeo durante el periodo de expansión del Estado del bienestar hasta la década de los setenta en la que comienza un proceso de declive.⁴⁵⁹

Parece que la sociedad no está de acuerdo, por desgracia, al menos a primera vista, con la rehabilitación del delincuente. El estigma de la condena, que tiene el reo, impide su retorno a la vida normal en la sociedad.

⁴⁵⁸ Así lo indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Los retos de la moderna criminología empírica*, p. 706 y ss.

⁴⁵⁹ MATA Y MARTÍN. Ricardo. *Presupuestos de la intervención judicial en la ejecución de la pena* – Consideraciones sobre el juez de vigilancia penitenciaria. (inédito).

Cuando aparecen los movimientos de reintegración social, cuando algunas personas se movilizan con el fin de conseguir empleo para los presos, la sociedad trabajadora se rebela, bajo el siguiente argumento: “Si ‘nosotros’, que nunca hemos sido condenados por cometer ninguna infracción penal, sufrimos por el desempleo, ¿por qué sólo quien viola las reglas sociales de mayor gravedad debe merecer una atención especial? Bajo este enfoque, es el argumento, ¿sería mejor cometer una infracción penal, ya que al final de la pena tendríamos un lugar cierto para trabajar!”

La polémica no acaba aquí. ¿Cómo el Estado quiere llevar a cabo el programa de resocialización del condenado, si es el propio Estado el que no cumple con las funciones sociales que le son atribuidas, normalmente, por las Constituciones? ¿De qué sirve enseñar un oficio al condenado durante el cumplimiento de su pena si, al ser puesto en libertad, no consigue empleo y, peor aún, a menudo vuelve al mismo ambiente que le propició la entrada en la “vida de la delincuencia”? El Estado no educa, no presta servicios de salud, no suministra viviendas para los pobres y miserables, en última instancia, es negligente en todos los aspectos fundamentales con respecto a la preservación de la dignidad humana.

La idea minimalista aliviaría el problema de la resocialización. Sabemos que cuanto mayor sea el número de condenas que llevan al cumplimiento efectivo de la pena de privación de libertad, mayores serán los problemas posteriores. Como hemos visto anteriormente, el ideal sería alejar, tanto como sea posible, al condenado de la convivencia penitenciaria, facilitando su resocialización. Como hemos dicho, con la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad, el proceso de resocialización se realizaría de forma natural, teniendo en cuenta el mantenimiento del condenado en su entorno social.

Resocializar separando el preso de su entorno social es una verdadera contradicción.

Raúl Cervini subraya que la prisión, como sanción penal de imposición generalizada no es una institución antigua y que las razones históricas para mantener a una persona reclusa fueron, en un primer momento, el deseo de que

mediante la privación de la libertad se retribuyera a la sociedad el mal causado por su conducta inadecuada; más tarde, obligarla a frenar sus empujes antisociales y, más recientemente, el propósito teórico de rehabilitarla. En la actualidad, ningún especialista entiende que las instituciones de custodia estén desarrollando las actividades de rehabilitación y corrección que la sociedad les atribuye. El fenómeno de “prisionización” o aculturación del preso, la potencialidad criminalizante del entorno penitenciario que condiciona las futuras carreras delincuentes (fenómeno de contagio), los efectos de la estigmatización, la transferencia de la pena y otras características propias de toda institución total inhiben cualquier posibilidad de tratamiento eficaz y las propias cifras de reincidencia son por sí solo elocuentes. Además, la carencia de medios, instalaciones y personal capacitado agravan este terrible panorama.⁴⁶⁰

Como acertadamente destaca G. de Carvalho Almeida, entrando en la prisión, el condenado se ‘socializa’, es decir, aprende a vivir en una nueva sociedad que tiene leyes propias, clases, y una rígida jerarquía basada en el respeto, incluso como una cuestión de supervivencia. Es el llamado fenómeno de la ‘prisionización’, que alcanza incluso a los funcionarios del sistema penitenciario que conviven con los presos. Poco a poco, sin darse cuenta, van adquiriendo su lenguaje, la jerga propia de los presidiarios, que acaban siendo utilizados incluso por los médicos, los asistentes sociales, los psicólogos y otros profesionales.⁴⁶¹

Cuando se discute acerca de la función resocializadora de la pena, además de las críticas anteriores que, en realidad, apuntan hacia una dirección

⁴⁶⁰ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*, p. 46. Por su parte, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar apuntan: que los riesgos de homicidio y suicidio en prisiones son más de diez veces superiores a los de la vida en libertad, en medio de una realidad violenta de motines, abusos sexuales, corrupción, carencias médicas, alimentares e higiénicas, además de un contagio a causa de las infecciones, algunas mortales, en casi el 80% de los presos. Así, la ‘prisionización’ se hace más allá de la condena, en forma de pena corporal y eventualmente de muerte, lo que lleva a la paradoja de la imposibilidad estructural de la teoría. Cuando una institución no cumple su función, no debería ser creada. En la realidad paradójica de América Latina, las penas no deben imponerse si se mantiene, coherentemente, la tesis de la prevención especial positiva. La circunstancia de que ni siquiera sea mencionada tal posibilidad prueba que la prevención especial no pasa de ser un elemento del discurso (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. I, p. 126).

⁴⁶¹ ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O crime nosso de cada dia*, p. 110.

completamente opuesta cuando el preso es obligado a convivir en un entorno depresivo, humillante y degradante de la cárcel. Uno de los mayores retos consiste, precisamente, en definir lo que se quiere decir con *resocialización*. Winfried Hassemer, se pregunta qué es lo que realmente se quiere alcanzar: una vida exterior conforme al Derecho, o sólo conforme al Derecho Penal (?), ¿una ‘conversión’ también interna, una ‘cura’, un consentimiento (?) con las normas sociales/jurídicas/penales (?) de nuestra sociedad? La respuesta aún está pendiente. Sin una determinación clara y vinculante, ningún programa de recuperación, en rigor, se justifica.⁴⁶² Por su parte, Ferrajoli lo complementa, diciendo que en la medida de lo posible, la finalidad de la corrección coactiva de la persona constituye, por tanto, una finalidad moralmente inaceptable como justificación externa de la pena, además de violar el primer derecho de todo hombre, que es la libertad de ser él mismo y de permanecer como es.⁴⁶³

Concordamos con Enrique Ruiz Vadillo cuando afirma que es de fundamental importancia que el proceso de reeducación y de reinserción asuman un respeto profundo e incondicionado de la dignidad del preso y su personalidad. De acuerdo con sus configuraciones específicas, el Derecho penal no puede y no debe intentar modificar a las personas que delinquen, ni modificar su estructura jerárquica de valores ni la conformación que cada uno tenga de la sociedad para el futuro. De hecho, deberíamos limitarnos a hacer que el preso entienda que el Código Penal es una ley, y a través de la prohibición o imposición de ciertos comportamientos, se hace posible la convivencia entre todos, ya que ninguna sociedad puede vivir sin el Derecho”.⁴⁶⁴

De hecho, no se puede generalizar el término *resocialización*, razón por la cual el proceso de individualización de la pena existe. Aquel condenado que nunca aprendió un oficio fuera de la cárcel, mientras gozaba de su libertad, tal vez tenga interés en aprenderlo en el sistema penitenciario. Si no tenía instrucción básica, no sabía leer o escribir, o incluso si, contando con algún nivel de

⁴⁶² HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*, p. 39.

⁴⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 220.

⁴⁶⁴ RUIZ VADILLO, Enrique. *La sociedad y el mundo penitenciario* (la protección de los derechos fundamentales en la cárcel, p. 211.

conocimiento, esto era insuficiente para entrar en el mercado del trabajo, tal vez el sistema pueda ayudarle de alguna manera.

Sin embargo, hay otros presos con un nivel superior, con una formación académica, intelectual y profesional envidiables. ¿Qué hacer con ellos? ¿Enseñarles el oficio de ebanistería? o ¿informática? Está claro que si intentemos forzarles a este tipo de trabajo manual estaríamos incurriendo en una situación ridícula.

Cada preso tiene su particularidad, su individualidad, no pudiendo ser confundido con los demás. Para algunos, la resocialización, entendida en el sentido de la educación y habilitación para la práctica de un oficio, sería un paso importante dirigido al futuro del preso. Su especialización en un área particular de trabajo haría que su mano de obra fuera competitiva, aun siendo considerada con ciertas reservas, dado que lleva la impronta de la cárcel, es decir, el efecto estigmatizante que difícilmente será olvidado, hasta que demuestre efectivamente su valor.

¿Por otra parte, qué se puede hacer con aquellos condenados altamente “sociables” que han cometido delitos relacionados con una capacidad de inteligencia elevada? Para estos, la pena no alcanzaría su efecto resocializador, porque, en realidad, han sido separados del seno de la sociedad para la cual estaban plenamente cualificados. Para este tipo de condenado, la pena no lograría este efecto resocializador, sino tan sólo el de segregación.

Por otra parte, no sólo la imposición del trabajo tiene este fin de resocialización. Lo que queremos, en realidad, ¿es despertar la conciencia del condenado con el fin de hacer que, cuando esté en libertad, no vuelva a delinquir? Así, aun cuando no aprenda ningún oficio durante el cumplimiento de su pena, deben participar en cursos con el fin de mostrar a los condenados los males del crimen, ayudándoles que valoren su libertad.

La actuación de los profesionales del área de psicología será de fundamental importancia, de manera que los condenados entiendan que la peor elección es el crimen. Aunque su vida *extra muros* sea dura, la dureza de la cárcel es mayor.

En definitiva, los problemas parecen insolubles. Sin embargo, pueden ser minimizados, evitando condenas innecesarias, por hechos de menor entidad, que tienen la facultad de aumentar tan sólo la ansiedad social.⁴⁶⁵ Por consiguiente, no tenemos otra alternativa que adoptar un Derecho Penal Mínimo, haciendo que se reduzca el número de condenas, lo que redundará, también, en una reducción del cumplimiento efectivo de la pena.

7.1. La resocialización del menor infractor

La sociedad del siglo XXI ha vivido numerosas atrocidades cometidas por menores infractores. Por eso, como hemos visto anteriormente, cada país establece en su ordenamiento jurídico el momento en que inicia la imputabilidad penal, de manera que el menor pueda responder penalmente por los delitos cometidos.

Sin embargo, independientemente de la conclusión a la que se llegue con relación a este inicio de la madurez penal, una gran parte de los menores deberán someterse a la medidas de internamiento que, igualmente, tienen una naturaleza punitiva. Es decir, aunque no se las denomine como pena, estas medidas socio-educativas, como son llamadas en Brasil o, especialmente, en los internados con régimen cerrado, semi-abierto y abierto, en España, equivalen a un cumplimiento de pena, y aunque tengan reglas propias, se diferencian de una condena a una pena de privación de libertad.

⁴⁶⁵ Participamos de la opinión de C. R. Bitencourt cuando manifiesta que el concepto de resocialización debe ser objeto necesariamente de nuevos debates y nuevas definiciones. Hay que reconocer que la pena privativa de libertad es un instrumento, quizás de los más graves, con que cuenta el Estado para preservar la vida social de un grupo determinado. Este tipo de pena, sin embargo, no ha resuelto el problema de la resocialización del delincuente: la prisión no resocializa. Los intentos de eliminar las penas privativas de libertad continúan. La pretendida resocialización precisa de una profunda revisión (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p. 132).

Como en el caso del cumplimiento de una pena privativa de libertad, los menores infractores deben ser sometidos a un proceso de resocialización, con el fin de que sean aptos para regresar a la vida en sociedad, convirtiéndose en adultos responsables.

Los menores, tal como los presos imputables, deben ser tratados observando el principio de dignidad humana. Sin embargo, como aún se encuentran en fase de formación de su personalidad, deben ser objeto de un trato especial por parte del Estado. Su internamiento debe cumplir con ciertos requisitos, siempre con el objetivo de su recuperación y su vuelta rápida a la vida en sociedad.

El Tribunal Federal Constitucional Alemán, en relación a las calidades especiales que deben orientar el “encarcelamiento” de los jóvenes, manifestó, conforme indican Freider Dünkel y Dirk Van Zyl Smit, que:

“En varios aspectos importantes, las condiciones iniciales para ser declarado penalmente responsable y las consecuencias de ello son diferentes para los menores y para los adultos. Biológicamente, psicológicamente y socialmente los menores se encuentran en una etapa de transición que suele ir acompañada de tensiones, dudas y dificultades de adaptación, y a menudo también de la interiorización de códigos de conducta. Además, los menores tienen todavía una edad en la que no sólo ellos mismos sino también otras personas son responsables de su desarrollo. El desarrollo inferior, que a menudo se manifiesta en la comisión de delitos graves por un menor, lleva aparejada una relación especialmente cercana y a menudo también muy abierta con el entorno y las circunstancias que lo conformaron. Esto pone de relieve el principio de que el castigo puede imponerse e implementarse sólo como medida de último recurso y entonces aún como un mal cuyo impacto debe minimizarse siempre que sea posible”⁴⁶⁶.

Además de concluir que la segregación del menor debe ser el último recurso utilizado por el Estado, Dunkel Freides Estado y Dirk Van Zyl Smit argumentan que si el internamiento (como sucede en Brasil y España), o el encarcelamiento de

⁴⁶⁶ DÜNKEL, Frieder; VAN ZYL SMIT, Dirk. *Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania*, p. 213.

menores (como en Alemania) son llevados a cabo, es deber del Estado reducir al máximo los efectos negativos de esta segregación. “Para el menor, la encarcelación incide en una etapa de la vida que, también en el caso del desarrollo de los no delincuentes, todavía sirve para desarrollar una personalidad plenamente autosuficiente capaz de llevar una vida honrada. Si el Estado interviene en esa etapa de la vida quitando la libertad, recae sobre sus hombros la responsabilidad del desarrollo ulterior del menor en cuestión. Para cumplir con esa mayor responsabilidad, será necesario implementar el aprendizaje social, así como el desarrollo de conocimientos y aptitudes que servirán para facilitar la integración en el mundo laboral”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ DÜNKEL, Frieder; VAN ZYL SMIT, Dirk. *Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania*, p. 213-214.

CONCLUSIONES

1. Los conceptos de Estado de Derecho, derechos humanos e *ius puniendi* están estrechamente vinculados, sin que puedan disociarse. Sin embargo, en los países subdesarrollados y en desarrollo, hemos podido apreciar una total indiferencia hacia el sistema penitenciario, afectando a la dignidad de aquéllos que, en virtud de la comisión de una determinada infracción penal, fueron condenados a prisión. Existe, por tanto, una crisis no sólo en el sistema penitenciario, sino también en lo que se refiere a la aplicación de la pena de privación de libertad que, a lo largo de los años, especialmente después del siglo XIX, comenzó a recibir el estatus de pena principal, ocupando el lugar que anteriormente era destinado a los castigos corporales.

Esta crisis pone en “jaque” el denominado Estado constitucional y democrático de Derecho, ya que sus principios fundamentales son violados constantemente, especialmente el principio de dignidad de la persona. La pena de privación de libertad ha dejado de ser una limitación, tan sólo, al derecho de ir, venir o de permanecer del condenado. Su aplicación excede, en mucho, a su naturaleza. Los presos, que son arrojados en la cárcel, pierden su dignidad. Son humillados, golpeados, tratados con desprecio, enferman, pierden el contacto con sus familiares y amigos, en fin, la privación de libertad, más que alejar el condenado de la vida en sociedad, lo separa sin piedad.

Sus derechos fundamentales, por tanto, son olvidados. La vida en la cárcel impone nuevas reglas de comportamiento. Se produce el fenómeno de la

“prisionización”, donde el condenado comienza a introyectar su condición de marginal y criminal, y, por consiguiente, comienza a tener actitudes propias del lugar, intentando aproximarse al máximo a la subcultura existente en la prisión.

Como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo de la Tesis, el principio de legalidad es constantemente violado, especialmente en lo que se refiere a su aplicación al sistema penitenciario. Aunque existan reglas mínimas, de observancia obligatoria, en la práctica, las autoridades públicas parecen preocuparse por las condiciones mínimas necesarias para el mantenimiento de cualquier ser humano privado de su libertad.

Por otra parte, la indiferencia de las autoridades encargadas de la supervisión del sistema penitenciario hace que muchos presos cumplan sus penas por un período superior aquél que había sido determinado en la sentencia condenatoria. También se detecta un arbitrario retraso en la concesión de los beneficios a que tienen derecho, una vez que ha cumplido una parte de su pena, así como los beneficios penitenciarios que le puedan corresponder por su buena conducta. Todo ello genera un clima de revuelta en el sistema penitenciario, ya que se pone en tela de juicio la validez de la justicia del tiempo como pena.

El principio de la igualdad es también constantemente vulnerado, dado la evidente selectividad realizada por la Justicia penal, tomando en consideración la actuación de la Policía, de la Fiscalía y de la magistratura. Una simple verificación de las características personales de los presos que integran el sistema penal nos lleva a concluir que, rara vez, alguien de clase media o media alta formará parte de esta lista. El sistema penitenciario no se ha diseñado para la sociedad en general sino para un grupo determinado de miserables, pertenecientes a los estratos sociales más bajos, en flagrante violación del principio de igualdad.

El principio de libertad, especialmente en su vertiente material, sufre constantes violaciones. La cruel selectividad del sistema penal recae, justamente, sobre aquéllos que no poseen esta libertad material, que significa mucho más que la libertad de movimiento. No se puede hablar de libertad si el agente infractor no tiene condiciones para que le proporcionen el mínimo existencial. No puede ser

considerado libre aquél que no tiene nada para comer, para vestir o incluso dónde vivir. Para estos “falsos libres” el sistema penal actúa con una exagerada voracidad.

Todo ello tiene repercusiones inmediatas en el principio de dignidad humana, cuya violación comenzó a formar parte de la vida cotidiana del sistema penitenciario, estimulada lamentablemente, incluso de forma subliminal, por los medios de comunicación, que han comenzado a ocupar un lugar de relieve en la reivindicación de una aplicación más severa y rápida de las medidas impuestas por la Justicia Penal.

La prensa, entendida hoy como el “cuarto poder” puede destruir y condenar a las personas, sin preocuparse de la fragilidad de las pruebas presentadas durante el proceso penal. Basta que sea esta su voluntad, su convicción, para que se dicte el veredicto: Culpable. Los medios de comunicación, por tanto, han contribuido en gran medida al movimiento de “la ley y el orden”, bajo la bandera grisácea de lo que se suele llamar “opinión pública”, que viene a encarnar la voluntad de los medios de comunicación consagrada en la población.

Aunque doctrinalmente ya se ha demostrado que la neopenalización previene la comisión de futuras infracciones penales, los Poderes competentes, empujados por el movimiento maximalista de los medios de comunicación, modifican frecuentemente la legislación penal, haciéndola cada vez más dura e insensible, sin tener en cuenta que se va aplicar a seres humanos. Se intenta, por tanto, relativizar el principio de dignidad humana con respecto a la aplicación del Derecho Penal para quien cometió un comportamiento típico, ilícito y culpable y que, por consiguiente, ha sido condenado. Los medios de comunicación se han encargado de despertar un sentimiento de ira en la población, que ya no soporta la expresión “derechos humanos” como reivindicación de mejores condiciones para los presos.

Como en la mayoría de los países, están prohibidos los castigos corporales, parece que el sufrimiento ilegal impuesto al condenado que está cumpliendo una pena privativa de libertad, es una manera de compensarse esta “pérdida”. Es decir,

aunque el Estado ya no pueda azotarle en una plaza pública, amputarle sus miembros, vaciar sus ojos, cortar su lengua, derramar aceite hirviendo en sus heridas abiertas con las tenacillas, el calabozo conseguirá, en gran parte, infligir una cantidad de dolor suficiente. Al menos eso es lo que se espera.

Centros Penitenciarios como lo de Topas, en España, son vistos con desprecio por gran parte del mundo llamado “civilizado”, al considerarlos excesivamente preocupados por los derechos de los presos, por su dignidad. La sociedad, que debería interesarse por el retorno del recluso a la vida en sociedad, se interesa más por saber qué sufrimientos se está infligiendo por el sistema penitenciario a quien cometió la infracción penal. Las plazas públicas, en las que se asistía a las ejecuciones de los condenados, han sido remplazadas por nuestros televisores que, en tiempo real, muestran escenas terribles de las celdas donde se encuentran los presos, Todo ello causa un cierto placer en la población, que se siente “vengada” por el mal que el condenado cometió.

Como ya había anunciado Foucault, estamos viviendo un momento del cual nos avergonzaremos en un futuro bien próximo. Al igual que miramos hacia el pasado y criticamos a aquéllos que practicaban todo tipo de atrocidades con el autor de la infracción penal, en un futuro muy próximo seremos también criticados cuando ya no se use, con tanta frecuencia la cárcel como lugar de cumplimiento de la pena de privación de libertad.

2. Desde el pecado original, que culminó con la primera condena del hombre y hasta la actualidad, la pena ha sido una preocupación de la humanidad. Sin embargo, no podemos afirmar que se encuentre inmersa en un proceso de constante evolución, ya que, en determinados momentos se puede constatar su retroceso.

A partir del siglo XVIII se produce un intento, aunque frustrado, de minimizar el sufrimiento que se impuso a través de las penas corporales, con la creación de varios modelos de sistema penitenciario, como el sistema auburniano,

el sistema progresivo inglés, el sistema progresivo irlandés, el sistema de Elmira, el sistema de Montesinos y el sistema de Borstal.

Sin embargo, hoy en día, la prisión se encuentra en un dilema insoluble: ¿Encarcelar para resocializar? ¿Encarcelar para inocuizar al condenado? ¿Encarcelar para retribuir el mal practicado a través de la infracción penal? ¿Encarcelar para dar ejemplo a los demás miembros de la sociedad? Lo peor es no saber exactamente su finalidad.

La tortura, los malos tratos se han convertido en una constante. Se promulgaron numerosos textos legales internacionales con el objetivo de frenar cualquier tipo de trato cruel o inhumano. Sin embargo, estas reglas universales son frecuentemente violadas, no respetadas, incluso por países supuestamente desarrollados y democráticos, como los EE.UU.

Ese tratamiento cobarde e ilegalmente aplicado por el propio Estado es, en muchos países, poco combatido, dando lugar a una revuelta institucionalizada por los que se encuentran insertos en el sistema penitenciario. Organismos internacionales, como la ONU, han promulgado normativas orientadas a frenar tales prácticas delictivas, llevadas a cabos por los propios agentes del Estado que, en muchas situaciones, no están cualificados para desempeñar el cargo que les ha sido asignado.

Reclamamos las medidas oportunas para que lo propio Estados se encargue de velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en los centros penitenciarios. En Brasil, lamentablemente, en algunos Estados de la Federación, los condenados son mantenidos presos en *containeres*, utilizados para el transporte de cargas en los barcos. Permanecen, en los días de verano, en lugares sin ninguna ventilación, donde la temperatura media gira alrededor de los 50 grados positivos; no hay camas ni espacio suficientes para que puedan descansar; debido al hacinamiento de las celdas, están obligados a establecer un sistema de turno para dormir, ya que no hay espacio material en el suelo para que todos se puedan echar.

3. Los EE.UU. han ejercido una influencia nefasta en el sistema penitenciario. Han utilizado la pena de privación de libertad sin ningún criterio. Han detenido a sus ciudadanos por hechos de escasa relevancia, lo que demuestra que su concepto de democracia es *sui generis*. La democracia -como decía Abraham Lincoln- ya no es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, sino un poder despótico, que oprime a las clases sociales más débiles y desamparadas.

El proyecto panóptico de Bentham dio lugar, por tanto, a un comercio de almas. En lugar de humanizar, el sistema penitenciario americano se perfeccionó para eliminar por completo al delincuente, midiendo fuerzas con él, haciéndole comprender que no es más que un mero infractor, que lucha contra aquéllos que, verdaderamente, detentan el poder.

Contra estas atrocidades se establecieron las normas internacionales que, al menos en teoría, debían ser observadas por todos los países. Sin embargo, lo que se detecta es un retroceso en el tratamiento de los presos. Baste el ejemplo americano, con los llamados *patriotic acts*. El terrorismo internacional, practicado especialmente en Europa y en los EE.UU., ha permitido que se aflojaran los obstáculos legales. El vale-todo ha comenzado a reinar en busca de una falsa sensación de seguridad.

Quienes se rebelan contra este pensamiento cruel e inhumano son tratados con desprecio, como si fuesen “amigos” de los criminales y enemigos de las víctimas de sus crímenes. Esta propaganda feroz y engañosa del Estado ha movilizadado al mundo civilizado, haciendo que la población en general creyera que el terror se paga con terror. Se abrió así el camino hacia las torturas oficiales, tal como se ha producido recientemente en los campos de concentración de Guantánamo, en Cuba, y en Abu Ghraib, en Irak. Escenas de estos presos aún están grabadas en nuestra retina. Todo esto ha formado parte del imaginario popular, que ha llevado a creer que: “algo habrán hecho”.

Muchos de los detenidos fueron puestos en libertad sin haber sido nunca interrogados. Perdieron su libertad, fueron torturados indebidamente, alejados

abruptamente de sus familias y, al final, simplemente fueron expulsados para sus hogares, sin ningún tipo de disculpa o incluso una indemnización por la indebida privación de sus libertades. Es el autoritarismo democrático. En busca de una supuesta democracia, se puede hacer cualquier cosa. Para esta falsa democracia, tenemos la herramienta del sistema penitenciario.

El derecho penal del enemigo fue una poderosa bandera del movimiento de “la ley y el orden”, que estimuló la imaginación popular con el fin de permitir que determinadas personas pudieran ser detenidas sin que, para ello, les fuese concedidas las mismas garantías de un “ciudadano de bien”. Bajo el falso argumento ciudadano *versus* enemigo, Günther Jakobs logró sacar a la superficie conceptos ya superados del derecho penal, por vulnerar nuestros principios fundamentales.

La prisión, como excepción a la regla general de la libertad, debe siempre ser excepcional. Sólo en algunos pocos y graves casos se puede privar alguien de su derecho de libertad, derecho este inherente a todo ser humano. El hombre, como cualquier otro animal, ha nacido para ser libre, y la limitación a este derecho se debe producir siempre en virtud de situaciones excepcionales.

Sin embargo, si alguien realiza un hecho grave que pone en riesgo los bienes e intereses más importantes y necesarios a la vida social, y conlleva la privación de su libertad, se deberán observar algunos principios, impidiendo la furia punitiva del Estado. Esos principios deberán ser obligatoriamente observados en tres fases fundamentales, es decir, en la fase de investigación, en la fase procesal y en la fase de la ejecución de la pena.

Esta privación de libertad, a fin de que se preserve el principio de isonomía, deberá ser diferente cuando estemos ante mujeres condenadas o incluso agentes infractores que aún no hayan alcanzado la edad de responsabilidad penal. Para que se preserve el principio de isonomía, tenemos que tratar igualmente a los iguales y también desigualmente a los desiguales. En el caso de las mujeres y de los jóvenes infractores, sus particulares características determinan un tratamiento penitenciario diferente.

Lamentablemente, en la actualidad, nadie sabe a ciencia cierta lo que se pretende con la aplicación de una pena privativa de libertad. La pena, como pura compensación por el mal practicado por el agente infractor, no atiende a los dictados de la dignidad del ser humano, aunque, según aboga la teoría neoretribucionista, la censura tenga como parámetro, en todos los casos, el principio de proporcionalidad.

El Estado no puede comportarse como un mero ejecutor, o como el antiguo “vengador de la sangre”, tratando simplemente de infligir dolor a aquél que cometió la infracción penal. Debe tratar de averiguar los motivos por los cuales el delincuente ha cometido una infracción penal e intentar, a toda costa, evitar que se cometan nuevos delitos, no sólo por parte del agente que está siendo castigado por el Estado, sino también para desalentar a los otros miembros de la sociedad de incumplir la ley penal.

El Estado debe invertir en investigaciones en este ámbito criminológico, a fin de encontrar la manera de evitar la comisión de futuras infracciones penales y, por tanto, para reducir el contingente penitenciario.

La privatización o incluso la tercerización del sistema penitenciario se han convertido en una necesidad. Ello es consecuencia de que el Estado, en los países subdesarrollados o emergentes, se ha mostrado totalmente negligente en lo que se refiere a la administración penitenciaria, permitiendo que los presos vivieran en condiciones infrahumanas. Aunque existan corrientes a favor y en contra de este movimiento de privatización o incluso de tercerización del sistema penitenciario, somos favorables a su aplicación si se llevan a cabo contratos rígidos en sus cláusulas, de manera que no permita un enriquecimiento ilícito por parte de los particulares que contratan con la Administración Pública. El objetivo será garantizar que la pena se cumpla de forma digna por aquél que se vio privado de su derecho de libertad. No se puede tolerar ningún “comercio de libertad”. Con la privatización no se podrá estimular el aumento de las detenciones, sino una mejor estructuración para su cumplimiento, dirigida, siempre, a la reinserción del recluso en la vida en sociedad.

4. Reclamamos una actuación compleja y coordinada de todos los poderes constituidos, adoptándose medidas de política estatal, de política criminal y de política penal, con el objetivo de evitar la comisión de infracciones penales, lo que se reflejará en el número de presos que forman parte del sistema penitenciario.

La sociedad de finales del siglo XX y principios del siglo XXI ha sido testigo del distanciamiento del Estado Social, y la asunción del Estado Penal. En los países subdesarrollados y en desarrollo, la ausencia del Estado Social hace surgir el Estado Penal, con graves repercusiones para la sociedad de una forma general. Cuando el Estado Social está ausente se aumenta, proporcionalmente, el índice de la llamada criminalidad aparente, es decir, aquella criminalidad violenta, a menudo ligada a los crímenes contra el patrimonio y el tráfico de drogas.

Si la desigualdad social crece, también crece proporcionalmente el crimen. Por tanto, los Estados deben tratar de mitigar esta situación de abismo social, desarrollando medidas dirigidas a la satisfacción general. Deben promover el bienestar colectivo, permitiendo que toda la población tenga acceso a la salud, a la educación, al ocio, a la cultura, a la vivienda, en fin, un mínimo existencial que hará que la vida de todos sea más digna.

Si el Estado Social es una realidad, el índice de esta modalidad de criminalidad caerá sin duda. Sin embargo, es posible que otro tipo de delitos se continúen produciendo, como la corrupción.

Si conseguimos alejar el razonamiento equivocado exaltado por los movimientos de la ley y el orden, que proponen soluciones irreales, valorando demasiado el Derecho Penal en detrimento de las otras Ramas del ordenamiento jurídico, también lograremos reducir el contingente penitenciario. Por lo tanto, defendemos la necesidad de adoptar las concepciones minimalistas, adecuadamente diseñadas, para no desembocar en una sensación de inseguridad social.

El derecho penal deberá actuar de forma subsidiaria y la protección de los bienes se puede realizar por las demás Ramas del ordenamiento jurídico, el

Derecho Penal deberá ser apartado, aplicándose el razonamiento correspondiente a la *ultima ratio*, y nunca a la *prima* o a *solo ratio*, como defienden los maximalistas.

El minimalismo, coherente con los principios constitucionales expresos o implícitos, que integran las Constituciones democráticas, evitará el nefasto proceso de hacinamiento en las cárceles, que ha afectado a muchos países, incluso a los considerados como del primer mundo, como los EE.UU., que han multiplicado, en las últimas décadas, el número de cárceles, actuando contra el derecho de libertad de los ciudadanos, bajo la falsa bandera de tolerancia cero.

Es importante destacar, como hemos hecho a lo largo de nuestro trabajo, que minimalismo no es lo mismo que ingenuidad. Hay casos graves, que merecen ser tratados con severidad por el Estado. Lo que no se puede tolerar es que situaciones de escaso relieve o entidad reclamen la tutela del Derecho Penal.

Defendemos que, como medidas complementarias al sistema penal, se puede recurrir a la Justicia restaurativa y a la mediación penal. La experiencia demuestra que, en muchas situaciones, lo que la víctima desea es la reparación de los daños que hayan experimentado -y no nos referimos tanto a los de carácter civil sino principalmente a los emocionales-.

La mediación penal está adquiriendo en los últimos años un protagonismo. Los buenos resultados de experiencia piloto llevadas a cabo en algunos Juzgados -Pamplona, Burgos, Valladolid, Madrid- así lo ponen de manifiesto.

Junto a ese conjunto de medidas, en la actualidad, donde la tecnología ha asumido un papel de vanguardia en prácticamente todas las áreas de nuestra vida, el sistema penal no podría dejar de acompañar esta evolución. Así, el empleo de la moderna y avanzada tecnología servirá como una herramienta más para la preservación de la dignidad del ser humano, evitando, también en determinadas situaciones, la innecesaria segregación de aquél que, supuestamente, haya cometido una infracción penal.

Este aparato tecnológico podrá ser utilizado desde la fase de investigación, hasta después de la sentencia penal condenatoria. Se pueden utilizar varios recursos, entre los que destacamos el monitoramiento electrónico, que permite al Estado controlar el efectivo cumplimiento de su decisión, sin que para ello, se separe el agente infractor de la vida social. Tales medidas evitan que el condenado, por ejemplo, sufra los efectos nefastos de la cárcel, disocializándole, además de evitar el hacinamiento carcelario.

Entre el conjunto de acciones que proponemos para evitar el encarcelamiento innecesario, podemos destacar también las llamadas penas alternativas a la prisión, que se refieren a determinadas restricciones de derechos o imposiciones de deberes, como la prestación de servicios a la comunidad, la libertad condicional, el pago de una pena pecuniaria, o cualquier otra que tenga valor pecuniario, etc.

Aunque no se pueda decir que la resocialización sea una medida alternativa a la prisión, a ciencia cierta, si los planes de resocialización son aplicados correctamente por el Estado, el número de presos reincidentes disminuirá, ejerciendo una influencia directa, por lo tanto, sobre el sistema penitenciario, que dejará de albergar a los presos que volvieron a practicar infracciones penales, debido al fracaso del plano de reintegración.

Con todo, el fin de resocializar ha despertado muchas críticas, desde su propio concepto, por ser considerado excesivamente ambiguo y carente de concreción. A pesar de la controversia, no podemos olvidar al hombre. Se trata de evitar que vuelva a delinquir. Así, aunque su concepto y su naturaleza sean nebulosos, una cosa es cierta: el hombre deberá recibir toda la atención necesaria, especialmente durante la fase de cumplimiento de su pena, para que pueda volver, en armonía, a la vida en sociedad. Para ello, sostenemos que el sistema penitenciario debe cambiar radicalmente, especialmente en los países subdesarrollados y en desarrollo, permitiendo que el preso pueda recibir, *intra muros*, lo que le fue negado por el Estado cuando se encontraba en libertad.

Podemos afirmar que, en la gran mayoría de los países, el sistema penitenciario está en colapso. La pena de privación de libertad ya no goza de la importancia y del estatus que adquirió después del siglo XVIII. Reclamamos una inmediata intervención por parte del Estado, con la adopción de las medidas necesarias para evitar las privaciones de libertad, destinando la cárcel solamente a los casos extremadamente graves, donde no exista otra alternativa.

Ninguna medida aislada es lo suficientemente eficaz para resolver el problema del sistema penitenciario, por lo que todas las medidas que hemos propuesto a lo largo de nuestra Tesis deberán aplicarse de manera conjunta. Si se opta por enfrentarse al problema de la cárcel con seriedad, considerando que el preso no ha perdido el estatus de ser humano, a pesar de que su delito haya sido grave, no se podrá olvidar que no ha perdido sus derechos con la sentencia condenatoria. Resulta imprescindible proceder a una humanización del sistema penitenciario.

El Estado, al igual que lo que hizo en un pasado no muy lejano, no puede regocijarse con el innecesario sufrimiento del preso. Si la pena aplicada fue la de privación de libertad, solamente ese derecho se podrá limitar, debiéndose preservar los demás.

Hay que intentar superar esa escena preconizada por Foucault, en la que miraríamos hacia nuestras celdas y tendríamos vergüenza de lo que estábamos haciendo con los seres humanos, tratados como animales. Esta Tesis Doctoral, intenta ser también un grito de alerta para que se tomen medidas de inmediato. No podemos esperar más, ya que, mientras estamos discutiendo académicamente estos problemas, las personas están, en este preciso momento, sufriendo los males ilegales impuestos por la cárcel. El tiempo corre en nuestra contra, o más bien, ¡contra los miserables, destituidos de toda dignidad social, que fueron seleccionados para formar parte de este espectáculo de horrores, a modo de chivos expiatorios, encubriendo la incapacidad del Estado para desempeñar sus funciones sociales! ¡Maranatha!

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Revista de Estudios de Derecho Judicial*, nº3, 2007, Madrid;

AA.VV., *Voce Magazine*, Centro Penitenciário León, junio 2009, nº 00;

ALEGRE, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001;

ALMEDA, Elisabet. *Particularidades de las cárceles de mujeres: un enfoque de género*. Universidad de Valladolid: Panóptico, núm. 2, 2º semestre 2001;

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004;

ALMEIDA TORRES, Andrea, “Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da resocialização”, en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp. 59-76;

ÁLVAREZ GARCÍA. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch 2009.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais – Da legalidade a culpabilidade*. Revista do IBCCRIM, São Paulo, V. 24, 2003;

AMBOS, Kai. *Derecho penal del enemigo* (Derecho penal del enemigo – el discurso penal de la exclusión). Buenos Aires: IBdeF, 2006, Vol. 1;

ANISTIA INTERNACIONAL - amnesty.org/es;

ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e maus-tratos no Brasil*. Desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Brasil, 2001;

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada;
RANGEL DINAMARCO, Ada. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, 17ª Ed.;

ARIEL DOTTI, René. *Casos criminais célebres*. São Paulo: RT, 2003;

AVASENOV, G. *Fundamentos de la criminología*. Moscou: Editorial Progreso, 1985;

AYUSO VIVANCOS, Alejandro. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Valencia: Nau Llibres, 2003;

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001;

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994;

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001;

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996;

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, V. I;

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999;

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, Ed. di P. Calamandrei, Florencia, 1950;

BEJERANO GUERRA, Fernando. *John Howard: inicio y bases de la reforma penitenciaria*. História de la prisión – Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia*. En: *Humana Iura. Suplemento de Derechos Humanos. Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, 5, 1995 pp.51-91;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual*. En: *Estudios Filosóficos*. Salamanca, San Esteban, vol.45, nº 128, 1996, pp.127-159;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena*. En: "Persona y Derecho. Homenaje al Prof. J. Hervada". Universidad de Navarra, nº 41, vol.II, 1999, pp.525-578;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas*, en Belloso Martín, Nuria, Coordinadora, *Estudios sobre mediación: la ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2006.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Mediación penal de menores*. En *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana algunas contradicciones*. En: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul -PUCRS-, Porto Alegre, (Brasil) HS Editora, Ano 2, nº4, julio- septiembre, 2008, pp.40-60;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo*. En *Revista Interdisciplinar de Direito. Os caminhos da constitucionalização do Direito*. Ano 1, nº1 (mayo) Faculdade de Direito de Valença (Brasil), 2008, pp.199-223;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Diálogos jurídicos Brasil-Espanha: das exclusão social aos direitos sociais. Algumas estratégias de políticas públicas*. (Coautoria con Marli Marlene Moraes da Costa. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008;

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El paradigma conflictivo de la penalidad. La respuesta restaurativa para la delincuencia*. En “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho” nº 21, 2010 (en prensa) (<http://www.uv.es/CEFD>) (<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>); También publicado, como “Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal” En: *Revista Electrónica de Direito Processual*, Vol.V, Ano 3, Rio de Janeiro, janeiro-julio 2010 (en prensa) (ISSN: 1982-7636) (www.redp.com.br);

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2000;

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal – parte general*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004;

BERGALLI, Roberto. *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*;

BERNAL Y GAIPO, Beatriz Margarita. *La pena de muerte en España*. Historia de la prisión – Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2001;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falencia da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2004;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2004;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000;

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982;

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998;

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003;

BUENO ARÚS, Francisco. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2003;

BUENO ARÚS, Francisco. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Civitas, 2005;

BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997;

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004;

CABALLERO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de direito penal*. Lisboa: Verbo, 1992;

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

CANO, F. *El crimen tampoco es cosa de niñas: cuentos y cuentas del tribunal tutelar de menores de Barcelona*. Universidad de Valladolid: Panóptico, núm. 2, 2º semestre 2001;

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, 2ª Ed.;

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Editorial Temis, 1973, v. II;

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN Editora, 2002, V. II;

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias – uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;

CATTANEO, Mario A., *Pena, Diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del Diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p.4;

CATILHO JIMÉNEZ, Cinta. *Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información*;

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*. Madrid: Tecnos, 2002, 5ª edición;

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 2ª edición;

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995;

CHAMPLIN, Russel Norman; BENTES, João Marques. *Enciclopedia de biblia, teologia e filosofia*. São Paulo: Candeia, 1997;

CIOTOLA, Marcello. *Princípios gerais de direito e princípios constitucionais – Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;

COBO Del ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – Parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999;

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001;

CÓRDOBA RUEDA, Juan. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch, 1977;

CORNEJO, Abel. *Teoría de La bagatela*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997;

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Agressões à intimidade*. São Paulo: Malheiros, 1997;

COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos*. (Manual para servidores penitenciários). Reino Unido: International Centre for Prison Studies, 2002;

CREUS, Carlos. *Esquema de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1993;

CRUZ NETO, Otávio; DESGARRA Moreira, Marcelo; MAZZEI SUCENA, Luiz Fernando. *Nem soldados, nem inocentes*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001;

CUELLO CALON, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, Casa editorial, 1958, tomo I;

CURY URZÚA, Henrique. *Derecho penal – Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, T. I;

DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997;

DAMÁSIO, Celuy Roberta Hundzinski. *Luta contra a excisão*. Revista Espaço Académico, Año I, N. 03. en www.espacoacademico.com.br ;

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995;

DESVIAT MUÑOZ, Manuel. *El internamiento psiquiátrico en España*. In <http://www.dinarte.es/salud-mental/pdfs/internam.pdf> (disponible em 12/05/2009);

Diccionario de La lengua española. Madrid: Real Academia Española, 2001;

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente al “enemigo”*. (Derecho penal del enemigo – el discurso penal de la exclusión). Buenos Aires: IBdeF, 2006, Volumen 1;

DORNELES, João Ricardo W. *Conflitos e segurança – Entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

DÜNKEL, Frieder; VAN ZYL SMIT, Dirk. *Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania*.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, Jose Luis. “Retos principales del sistema penitenciario hoy”. *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*. Universidad de Salamanca 2007.

MATA BARRANCO, Norberto. *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch 2007.

MATA BARRANCO, Norberto. “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 2007.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *La Individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*. Thomson/Aranzadi 2008.

MATA BARRANCO, Norberto. “La apuesta por un Derecho penal proporcionado”. *Nueva Doctrina Penal* n°1 (2008).

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. *El principio de legalidad*. Tirant lo Blanch 2004.

ERNST MAYER, Max. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: IBdeF, 2007;

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002;

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*. Valencia, tirant lo blanch-Universidad de Granada, 2008.

FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons, 2005;

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; PÉRES CEPEDA, Ana; SANZ MULAS, Nieves; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Manual de derecho penitenciario*. Salamanca: Editorial Colex, 2001;

FERNANDES Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, 5ª Ed.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2007, 9ª Ed.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007, 4ª Ed.

FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1928;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997;

FLETCHER, George P. *Gramática del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008;

FOLEY, Conor. *Combate a Tortura – Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público*. Reino Unido: Human Rights Centre, University of Essex, 2003;

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2.000, 23ª Ed.;

FUNES ARTEAGA, J. edtr. (1994): *Mediació i justícia juvenil*, Barcelona;

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid: Civitas, 2001, 2ª Ed.;

GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Madrid: Edisofer, 2006;

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia:

Tirant lo Blanch, 2009, 4ª edición;

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 2ª edição;

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; Gomes, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2000;

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Los retos de la moderna criminología empírica”. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* / Coordinado por Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer, María Luisa Cuerda Arnau, Vol. 1, 2009.

GARÓFALO, Raphaelae. *Criminologia*. Lisboa: Clássica, 1916;

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001;

GIMÉNEZ PERICÁS, Antonio. *Por qué castigar y cómo castigar – como reto penitenciario del próximo milenio*. San Sebastián: Eguzkilore, número extraordinario 12, 1998;

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado, Cuadernos del IV Crim.*, 10, 1996, p.207.

GIMENEZ SALINAS COLOMER, E. *La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor. En Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, en J.L. González Cussac, J.Mª. Tamarit Sumalla. y J.L. Gómez Colomer coords., Valencia, 2002, Tirant lo Blanch.;

GIMENEZ SALINAS COLOMER, E. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid, Colex, 2006.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002;

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1997;

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002;

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía – una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004;

GONZÁLEZ PARRA, Ricardo. *Jeremy Bentham. El utilitarismo y su influencia en la reforma del sistema penitenciario*. Historia de la prisión – Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*. Sevilla: VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994;

GORDILLO SANTANA, Luis F. *La Justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid, Iustel, 2007;

GRACIA MARTÍN, Luis. *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”*. (Derecho penal del enemigo – el discurso penal de la exclusión). Buenos Aires: IBdeF, 2006, Volumen 1;

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel electrónica – bases para creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007;

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministerio Público, 1993;

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant leu blanc, 2001;

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001;

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993;

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. I, T. I;

IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la “autodenuncia”. Art.305-4 CP)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos (coord. por Santiago A. Bello Paredes, Alfonso Murillo Villar), 2005, pp.395-431.

IGLESIAS RIO, Miguel Angel. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* nº6 (2005).

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997;

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – parte general*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981, volumen primero;

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Principios de derecho penal – La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958;

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz *Tratado de derecho penal*, tomo 1. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964;

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo*. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997;

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. “La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos” en *Revista de Estudios Políticos*, nº116, 2002, pp.189-218;

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. “Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº36, 2002, 151-171;

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid- Dykinson, 2003;

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La transición paradigmática de la Teoría Jurídica. El Derecho ante la globalización*. Madrid, Dykinson, 2009;

KARAN, Maria Lúcia. *Utopía transformadora e abolição do sistema penal. Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. V. 4;

KEARNEY, Niall, *Presidente del European Forum for Restorative Justice* (Carta de Presentación del I Congreso *Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal*. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010);

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*. Cádiz: Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2001;

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 2ª Ed;

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 1981;

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Intimidad, informática y derecho penal*. Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías;

LOZANO ESPINA, Francisca. *La mediación penitenciaria*. En N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191;

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991;

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*. Sevilla: VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994;

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942;

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1972, v. II;

MAGRO SERVET, Vicente; CUÉLLAR OTÓN, Pablo; y HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo, *La experiencia de la mediación penal en la Audiencia provincial de Alicante*. en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp.115-153;

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Novas funções do cárcere no Brasil contemporâneo*. Estudos de execução criminal – direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009;

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponible en: www.direitopenal.adv.br;

MARTIN DIZ, Fernando. *Mediación y violencia de género: matices y posibilidades*. (Conferencia pronunciada en el I Congreso *Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal*. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010);

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. “Decisión jurídica y argumento de autoridad” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº1, 1984, pp.149-158.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *La teoría de la justicia de John Rawls*. Madrid, CEC, 1985.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. “Razón jurídica y razón contractual (El contrato social como técnica de pensamiento). En *Revista de Estudios Políticos*, nº64, abril-junio, 1989, pp.281-298.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *La imaginación jurídica*. Madrid, Dykinson, 1999.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”. *El Cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *El principio de legalidad en el ámbito penitenciario* (inédito).

MATA Y MARTÍN. Ricardo M. *Presupuestos de la intervención judicial en la ejecución de la pena – Consideraciones sobre el juez de vigilancia penitenciaria*

(inédito).

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. “Desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal en Argentina y España”. *Revista de Derecho penal*, Rubinzal-Culzoni editores (2009-1).

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível?* – Conversações. São Paulo: IBCCRIM, 1997, V. 4.

MATTOS, Virgílio de. *O que já era ruim pode ficar ainda pior* - Estudos de execução criminal – direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009;

MAULAZ, Ralph Batista. *Os paradigmas do Estado de Direito – O Estado Liberal, o Estado Social (Socialista) e o Estado Democrático de Direito*, en www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc;

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica* – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan (Instituto Carioca de Criminologia), 2006;

MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2008;

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Reviste de Derecho Privado, 1935.

MILLER, Jacques-Alain. *O panóptico. A máquina panóptica de Jeremy Bentham*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2000;

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* – parte general. Barcelona: 1996, 4ª edición;

Mir PUIG, Santiago. *Derecho penal* – Parte general. Madrid: Reppertor, 1996;

MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009;

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006;

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA COUNTINHO, Jacinto. *Neoliberalismo e sistema punitivo*. En João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp.1-14;

MONGE GONZÁLEZ, Almudena. *La pena de muerte en Europa*. Historia de la prisión – Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – Parte general*. São Paulo: Saraiva, 1999;

MONTESQUIEU (Barão de Brède e de.). *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998, 5ª Ed.

MORENO CASTILLO, María Asunción. *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolución del aparato punitivo*. Historia de la prisión – Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 4ª edición.;

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 5ª edición;

OESTREICH, Gerhard; SOMMERMANN, Karl-Peter. *Pasado y presente de los derechos humanos*. La idea de los derechos humanos a través de la historia. Madrid: Tecnos, 1990;

NEUMAN, Elías. *Prisión abierta*. Dep. Buenos Aires, 1974;

OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro – a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

OLIVEIRA LIMA, Newton de. *O princípio da dignidade da pessoa humana: Análise de sua evolução história como abertura para a concretização no âmbito do direito civil brasileiro*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/36442/2>;

OTERO PARGA, Milagros. *Valores constitucionales – introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*. Universidade de Santiago de Compostela, 1999;

OTERO PARGA, Milagros. *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*, México, Edit. Porrúa, y Universidad Panamericana, 2006;

PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Das penas e seus criterios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002;

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PANDOLFI, Dulce Llaves. *Cidadania, justicia e violencia – Percepção dos direitos e participação social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999;

PANDOLFI, Dulce Llaves. *Cidadania, justicia e violencia – Percepção dos direitos e participação social*. Rio de Janeiro: Fundación Getúlio Vargas, 1999;

PARMA, Carlos. *Culpabilidad*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997;

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal*

mínimo. São Paulo: RT, 2003;

PECES –BARBA, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales (I), Madrid: Eudema, 1991;

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003, 2ª edición;

PECES-BARBA, Gregorio y col., Lecciones de Derechos Fundamentales, Madrid: Dykinson, 2004;

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000;

PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*. *Historia de la prisión – Teorías economicistas*. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2003;

PESSINA, Enrique. *Elementos de derecho penal*. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1913, 2ª edición;

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983;

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 1996;

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 2000;

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal – Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001;

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo

Horizonte: Del Rey, 1998;

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal*. Navarra: Arazandi, 2000, 3ª edición;

R. CARRIÓ, Genaro. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989;

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Derechos fundamentales y protección de datos*. Madrid: Dykinson, 2004;

REVISTA HISTORIA Y VIDA. Barcelona: Mundo Revistas, N. 436, 2004.

RIBEIRO LEMOS, Carlos Eduardo. *A dignidade humana e as prisões capixabas*. Vitória: 2007;

RÍOS MARTÍN, J. *La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal*. En *Estudios de Derecho Judicial. Alternativas a la Judicialización: la mediación de los conflictos*, nº3. Madrid, 2007, pp.139-164;

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso. *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*. Madrid: Colex, 2005;

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciarias*. 2ª ed., actualizada, Vol. I, y Vol.II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009;

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia. *Elementos básicos de investigación criminal*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (UNED), coordinador José Collado Medina, 2007;

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel electrónica*. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007;

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano*, en www.laleydigital.es, acceso el 23 de septiembre de 2009;

ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”. *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción LUZÓN PEÑA. Reus 1976, p. 21.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Editorial Civitas, 1997;

RUIZ VADILLO, Enrique. *La sociedad y el mundo penitenciario* (la protección de los derechos fundamentales en la cárcel);

SABADELL, Ana Lucia. *Algumas reflexões sobre as funções da prisão da atualidade e o imperativo de segurança*. Estudos de Execução Criminal – direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009;

SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Apuntes biográficos sobre Paul-Michel Foucault*. Historia de la prisión – Teorías economicistas. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá Editora, 2009;

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. *Mediación penal comunitária: desde onde y hacia ónde*. Alternativas a la Judicialización de los conflictos: La mediación. Barcelona: Icaria Editorial, 2006;

SANCHEZ CONCHEIRO, M. Teresa. *Para acabar con la prisión*. La mediación en el derecho penal. Justicia de proximidad. Alternativas a la Judicialización de los conflictos: La mediación. Barcelona: Icaria Editorial, 2006;

SÁNCHEZ MARTINEZ, Olga. *Los principios en el derecho y La dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004;

SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los valores superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*. Madrid, Dykinson-Universidad de Burgos, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos;

SANZ DELGADO, Enrique. *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid: Edisofer, 2000;

SANZ HERMIDA, Ágata M^a., *La mediación en la justicia de menores*. En N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp.155-174;

SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid: Colex, 2000;

SANZ MULAS, Nieves. *Justicia y médios de comunicación: un conflicto permanente*. Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública. Coordinadores: Ignacio Berdugo Gomez de la Torre y Nieves Sanz Mulas. Granada: Comares editorial, 2005;

SANTIN, Giovane. *Midia e criminalidade*. Sistemas punitivos e direitos humanos na Ibero-América. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SARRULE, Oscar Emílio. *Las crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo el justificación)*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998;

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergencia e alternativas a prisão*. São Paulo:

RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 2002;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001;

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocidio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999;

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, 2ª edição;

SILVA, Ivan Luiz da. *Crime organizado – Aspectos jurídicos e criminológicos*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004;

SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, 6ª edição;

STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

SUMALLA, J.M^a. , *La reparación a la víctima en el Derecho penal*, Barcelona, 1994;

TAMARIT SUMALLA, Josep-María; GARCÍA ALBERO, Ramón; RODRÍGUEZ PUERTA, María-José; SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005;

TAVARES, Juarez. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista

Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, São Paulo, 1992;

TELES AGUILERA, Abel. *La ley 4904/2005. La ley penal, nº 21, sección estudios*. Editorial La Ley, noviembre 2005,

TERCERO, ARRIBAS, Fernando. *Sistemas penitenciarios norteamericanos. Historia de la prisión – Teorías economicistas*. Crítica. Madrid: Edisofer, S. L., 1997;

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994;

TULKENS, Françoise. *Justiça negociada – processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Introducción al derecho penal*. San Vicente Del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002;

VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis Carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad*. Ciudad de la Habana: Universidad de las Tunas, Ministerio de Educacion Superior, 2007;

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005;

VON LISZT, FRANZ. *Tratado de direito penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, Tomo II;

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993;

WOLFGANG BÖKENFÖRD, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000;

WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid, Editorial Mad, 2006;

WRIGHT, Martín. *Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia* (Conferencia pronunciada en el I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010). (Experto en Justicia Restaurativa. Mediador en el Servicio de mediación de Lambeth –Londres-);

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Depalma, 1998;

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología – aproximación desde un margen*. Bogotá: editorial Temis, 1993, volumen 1;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sentido y justificación de la pena*. En *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. V. III;

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 8ª edición, 2008;

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel IZQUIERDO MACIAS-PICAVEA. Edersa 1979, p.

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*. Granada: Universidad de Granada, 1991;

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001;

Páginas Web:

www.mjusticia.es

www.economiasostenible.gob.es

www.euforumrj.org

www.observatorioviolenciadegenero.es

www.amnesty.org/es

www.cptopas.es

www.agenciabrasil.gov.br