



Editores del Puerto

Leyendo la presente obra y sobre todo conociendo al autor, ya sea por sus publicaciones anteriores o por la labor ético-política que siempre ha orientado su interés sobre el planeta cárcel, diría que Iñaki Rivera ha logrado la problematización más abarcadora: "La cuestión carcelaria". Cuestión, precisamente, como "problematización" y como "construcción social". La cárcel es, por lo tanto, un "problema" y no la solución a un problema; y sobre todo es el éxito de una compleja construcción social que hace que la cárcel sólo pueda ser entendida problematizándola. Así, los perfiles jurídicos del ordenamiento penitenciario sólo se entienden en relación con la dimensión filosófica de la penalidad; y esta última no puede ser entendida si no es en su dimensión histórica; y la historia de la cárcel es ininteligible si sólo se consideran sus relaciones con las dimensiones materiales de la penalidad o del control social. La mirada "total" es por tanto la única que puede recoger la cárcel en su dimensión de problema. Partiendo de aquí: la cuestión penitenciaria. Desde aquí la necesidad de hablar de historia, de filosofía, de derecho y de política.

Del *Prólogo* de Massimo Pavarini

Debe ponerse de manifiesto, cuando se discute sobre la "cuestión penitenciaria" en Argentina, España e Italia, que la cárcel es un microcosmos donde repercuten las pulsiones exteriores; hay periodos en los cuales, como ámbito de secuestro institucional, representa y traduce el mayor tono de agresividad y violencia que se produce en la sociedad "libre". La actitud que corresponde adoptar en el terreno de toda cultura democrática, es la de alentar y sostener toda y cualquier "lucha por los derechos de los presos". Desde la fuerza que puedan demostrar los movimientos sociales que se configuren al efecto, como el empeño de juristas lúcidos, quienes pueden ser jueces de ejecución o de vigilancia penitenciaria, jueces que tengan o asuman competencia por las violaciones producidas, fiscales o abogados comprometidos, etc., hasta las denuncias que puedan formular los familiares o amigos; toda esa actividad debe hacerse, se hace, utilizando los recursos que las leyes de los Estados de Derecho ponen en vigor. Es en este terreno donde debe probarse la eficacia del Derecho, de los derechos; es aquí donde las pulsiones de los conflictos exteriores tienen que ser vencidas mediante la fuerte resistencia democrática que otorgan los derechos instituidos.

Del *Prólogo* de Roberto Berquilli



www.editoresdelpuerto.com

La cuestión carcelaria

Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria

Iñaki Rivera Beiras

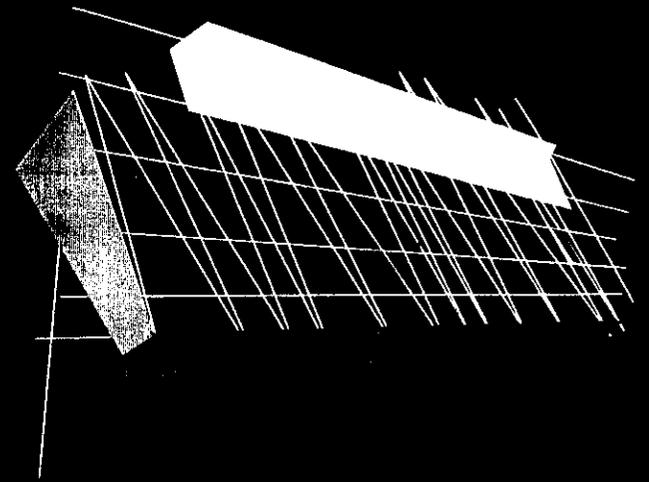
Volumen I



La cuestión carcelaria

Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria

Iñaki Rivera Beiras



2ª edición actualizada
Volumen I





© 2009 - 2ª edición - Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515, P. 10, Of. A
(1042) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Teléfono (54-11) 4372-8989/4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRUBBAUM

Impreso en marzo de 2009 en
Color Efe. Paso 192
Avellaneda, Buenos Aires

Tirada: 1.000 ejemplares

Hecho el depósito de ley 11.723

Libre de edición argentina.

Rivera Beiras, Iñaki
*La cuestión carcelaria: historia, epistemología,
derecho y política penitenciaria* / Iñaki Rivera Be-
iras ; con prólogo de Roberto Bergalli y Massimo
Pavarini. - 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos
Aires : Del Puerto, 2009.

v. 1, 592 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1397-34-1

1. Políticas Penitenciarias. 2. Rectusos. I. Bergalli,
Roberto, prolog. II. Pavarini, Massimo, prolog.
CDD 365.8

Fecha de catalogación: 03/03/2009

La cuestión carcelaria Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria

Volumen I

Iñaki Rivera Beiras

Capítulo I

El problema de los fundamentos legitimadores de la intervención penal. Las mitologías de la pena¹

1. Introducción y distinciones previas

Como señala Cattaneo (1978), en el lenguaje jurídico los términos "sanción" y "pena" están estrechamente relacionados. La pena puede ser considerada como una especie del género sanción; es decir, dentro de aquellos instrumentos mediante los cuales el aparato coercitivo del Estado reacciona contra las violaciones de normas jurídicas. Presentado en estos términos, el concepto de pena puede ser definido desde un punto de vista estrictamente formal: simplemente como la consecuencia jurídica de un tipo de ilícito representado por el delito, sin ninguna relación con problemas de contenido o de valores.²

Mas, ello no explica por qué la pena es la más relevante de las sanciones jurídicas y toca tan de cerca los problemas de la libertad, la seguridad y la dignidad de los ciudadanos. Tal vez, precisamente ello explique las razones por las cuales la pena ha sido objeto de profundos estudios en la historia de la Filosofía, de la Politología, de la teoría del Estado, de la Sociología y del Derecho, particularmente en lo relacionado con sus fundamentos de justicia, sus metas y sus funciones (Cattaneo 1978: 8).³

Todo ello ha llevado a la elaboración de diversas teorías, las cuales, partiendo de paradigmas diversos, intentaron desde antaño presentar unos discursos legitimadores de la intervención penal. Como se verá también, muchas son las críticas que unas han dirigido a otras. Pero antes de abordar

¹ La expresión "mitologías de la pena" fue acuñada por el profesor David Baigún, al referirse a que el discurso penalístico de las "teorías de la pena" nunca pudo rebasar el estadio mitológico. En efecto, como señalaba el profesor citado, los discursos, las doctrinas y teorías que en torno a dicho objeto de estudio se han construido desde el penalismo tradicional, jamás han podido obtener una verificación empírica y por eso, precisaba el autor mencionado, quedaron relegadas a un estadio mitológico.

² En un sentido similar, puede consultarse a Jakobs, cuando señala, también desde un punto de vista estrictamente formal, que "la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma" (1995: 8).

³ En sentido similar se expresa Muñoz Conde (1996) cuando separa tres problemas en torno a los estudios penológicos: su justificación, su sentido y su fin.

Penas

←

↓

teorías legitimadoras

este tema, es preciso realizar algunas distinciones previas que eviten confusiones conceptuales futuras. Se alude a la confusión existente entre la legitimación y las funciones de la pena (Ferrajoli 1995, Mir Puig 1996).

Cuando se habla del problema de la legitimación de la pena, se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es el fundamento del castigo penal?

En cambio, cuando se alude al tema de las funciones de la pena, la pregunta que surge es: ¿cuál es la finalidad del castigo penal?

En torno a la primera de las cuestiones planteadas, existen dos grandes grupos de teorías que han intentado dar respuesta al interrogante relativo al fundamento del castigo penal.

(a) Un primer grupo está constituido por las llamadas teorías absolutas de la pena, las cuales conciben a ésta como "un fin" en sí misma.

(b) Un segundo grupo se halla compuesto por las denominadas teorías relativas de la pena, las cuales consideran a ésta última sólo como "un medio" para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos (Ferrajoli 1995). Sobre ambos grupos de teorías, se hablará en los siguientes epígrafes. Ha de señalarse desde ya que este tema se inscribe en las preocupaciones de carácter filosófico-jurídicas.

Dejando ahora de lado por un momento el problema de los fundamentos de la pena, lo cual, como se ha dicho será abordado de inmediato, conviene aún realizar otras dos distinciones previas en lo relativo al problema de las funciones de la misma, en el cual también, con cierta frecuencia, se aprecian confusiones analíticas.

En efecto, tal y como señala Mir Puig (1982b, 1986 y 1996) cuando alude a las funciones que "efectivamente" cumple la pena, el análisis es claramente de carácter sociológico (aparece el mundo del ser).⁴ Por el contrario, al examinar las funciones que la pena "debe cumplir", se percibe un plano exclusivamente normativo (estamos en el mundo del deber ser).⁵

Estas breves distinciones que se han efectuado de modo muy esquemático, son útiles y necesarias para poder abordar a continuación el tema que aquí interesa: los fundamentos del castigo penal.

⁴ Como indica Pérez Manzano, el análisis de la función de la pena pretende poner de relieve los distintos efectos que la pena tiene en la sociedad, desde el momento de su amenaza hasta el de su ejecución (1986: 218).

⁵ En igual sentido, Baratta observa que las tentativas para definir el concepto de pena han sufrido a menudo la "contaminación" entre puntos de vista descriptivos y aquellos normativos. "Así, introduciendo en el concepto de pena elementos como la legalidad, la legitimidad del poder y la lesión de intereses dignos de tutela, se declaran principios normativos que forman parte de una estrategia de contención de la función punitiva dentro de los límites del Derecho penal liberal y del modelo de funcionamiento del Estado de Derecho. Un fin ciertamente digno de ser perseguido pero frente al cual este tipo de definiciones normativas no parece ser el medio más idóneo. En efecto, construyendo de esta forma el concepto de pena se dice qué cosa deberían ser las penas, pero no lo que efectivamente son" (1986: 77-78).

¿puede responder a "cuál es la función de la pena?" (Ferrajoli)

buscar responder a: ¿para qué castiga? (Pineda)

2. Las teorías "absolutas" del ius puniendi (la pena "justa") =>

Como indica Poulantzas, a propósito de analizar el modo a partir del cual se justificó el derecho a castigar en el Estado Absoluto, esta forma-Estado se caracterizó "por el hecho de que el titular del poder estatal, por lo general un monarca, concentra en sus manos un poder incontrolable por las instituciones y cuyo ejercicio no es restringido por ninguna ley limitativa, ya sea esta ley de orden positivo o de natural-divino" (1979: 204).

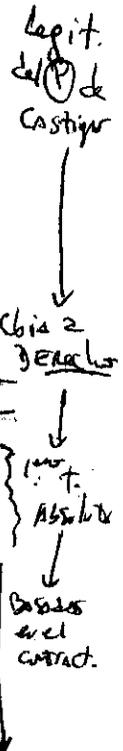
Por su parte, Baratta señala que la historia de las penas precede a la historia de los delitos "y sigue desarrollándose en buena parte independientemente de ésta" (1986: 79), lo cual, lleva a decir al autor italiano, provoca que los dos términos que dan contenido a la célebre formulación de Beccaria se debieron haber formulado en orden inverso. En efecto, la intervención del Derecho, en la historia relativa al poder de castigar, representa una importante transformación cualitativa: aquella que concierne a la idea de legitimación del poder "y se corresponde con un fenómeno más general en el desarrollo del Estado liberal moderno: el nacimiento de una nueva forma de legitimación del poder; esto es, la legitimación a través de la legalidad" (Baratta 1986: 79).⁶

De ese modo, y en un sentido similar a lo que Costa describe a propósito de la construcción del "proyecto jurídico" iluminista (1974), el 'poder de castigar' se afirmará políticamente sobre la ideología contractual y, jurídicamente, sobre el principio de legalidad del nascente Derecho penal liberal. Así, ese poder de castigar paulatinamente se transforma en derecho a castigar. A partir de ese momento,⁷ la historia del poder de castigar se convertirá también, en parte, en la historia del Derecho penal. Las primeras tentativas por dotar de legitimación plena a la intervención punitiva del Estado, se encuentran en las que han sido denominadas como "teorías absolutas" de la pena.

Desde luego, detrás de todas estas teorías se encuentra la ideología contractualista que servirá de base legitimadora a la potestad punitiva del nuevo Estado. A partir de la concepción rousseauiana de que la sociedad debe constituirse en una comunidad política en la cual todos actúen como iguales y donde la participación de los sujetos sea directa, el problema a resolver por el contrato social sería encontrar una forma de asociación que defiendan,

⁶ Este tipo de legitimación se fue conformando a medida que se consolidaba el Estado Absoluto, forma-Estado de "transición" del feudalismo al capitalismo (Poulantzas 1979: 197 y siguientes).

⁷ Conviene recordar en este punto, que este tránsito del Antiguo Régimen a la Modernidad estuvo acompañado -en el orden penal- del nacimiento de los grandes principios garantistas, reivindicados, primero, como principios de Derecho natural y, posteriormente, en una versión utilitarista y secularizada: la estricta legalidad, el carácter subsiguiente al delito de la pena, la lesividad, la exterioridad y la culpabilidad de la acción criminal, la jurisdiccionalidad y la carga de la prueba (Ferrajoli 1995: 260).



respecto de toda fuerza común, a la persona y a los bienes de los asociados y en virtud de la cual, cada uno, al unirse con todos, no obedece sino a sí mismo y sigue siendo tan libre como antes. Estas expresiones, tomadas de Rousseau (Costa 1974 y Cerroni 1979), son ilustrativas acerca de cómo la ficción representada por el contrato social devendrá en la principal fuente de legitimación del nuevo orden político-jurídico.

Característica principal de estas teorías absolutas es que la pena es entendida como un fin en sí mismo (más adelante, a propósito de analizar el llamado *idealismo alemán*, se explicará por qué ello es así). En este sentido, ya sea como "castigo" o como "corresponsabilidad", como "reacción" o como "reparación", o como simple "retribución" del delito, las teorías absolutas no buscaron en principio ninguna utilidad a la imposición de la pena. Ésta se justificaba por su intrínseco valor axiológico, como un "deber ser" metajurídico que posee en sí mismo su propio fundamento (Ferrajoli 1995, Mir 1996). Simplemente, fue entendiéndose que era "justo" pagar al mal con otro mal.

Ello proviene de la antigua *vendetta* precepto divino de la tradición hebraica, aminorada no obstante, por la norma evangélica del perdón en la tradición cristiana y católica. Dicha concepción gira alrededor de tres ideas: la "venganza", la "expiación" (o el "reequilibrio" (entre pena y delito).

Se formula así, el principio retributivo más conocido: el del *talión*, aquel de la retribución de un mal con otro igual. Jakobs ve en esta formulación una primera limitación de la pena: "el principio 'ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, etc.', limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho" (1995).

Ferrajoli indica cómo el *talión* supone la base de la primera doctrina relativa a la "calidad" de la pena: "... el principio del talión, presente con connotaciones mágico-religiosas en todos los ordenamientos arcaicos, desde el Código de Hammurabi hasta la Biblia y las XII Tablas (...), teorizada por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino (...), perdura en la Edad Moderna hasta Kant y Hegel (...), y ha sido sostenida incluso por autores ilustrados y utilitaristas quienes, en la búsqueda de criterios objetivos e igualitarios de de-

(8) Paulatinamente, la pena deja de ser entendida como expiación. Este término, conviene recordarlo, posee diversas acepciones, todas las cuales giran en torno a una misma idea central que es la que irá cambiando. En efecto, la expiación es definida como el acto de: a) "borrar culpas, purificándose de ellas por medio de algún sacrificio"; b) "tratándose de un delito o falta, sufrir el delincuente la pena impuesta por los tribunales"; c) "padecer trabajos como consecuencia de desaciertos o de malos procederes"; d) "purificar una cosa profanada, como un templo, etc." (Dralet 1956).

La razón de este cambio en los elementos religioso/mágicos de la expiación hay que entenderla en la paulatina separación de la antigua identificación de "religión-Estado" o "moral-Derecho" o "delito-pecado" aunque, como se está viendo, en un periodo de transición como el analizado, persistan aún determinados resabios de antiguas concepciones ético-religiosas junto con los nuevos postulados moderno-rationales.

terminación de la calidad de la pena, sucumben igualmente a la ilusión de una cierta correspondencia natural o sustancial de la misma con la calidad del delito" (1995: 388).

Ha de recordarse, ante todo, que las teorías absolutas de la pena siempre han intentado responder al interrogante de ¿por qué castigar? La respuesta normalmente ha sido la siguiente: porque se ha cometido un delito, punitur quia peccatum est.⁹ Así, la pena ha de imponerse por razones de justicia o bien, por imperio del derecho; ambos constituyen fines o valores absolutos. (el bien, la justicia, etc).

Una de las primeras argumentaciones de este tipo fue dada por el filósofo alemán Kant, para quien el ser humano es, ante todo, libre. De acuerdo con esta concepción, cuando el hombre hace mal uso de su libertad se "hace acreedor" -en justicia- de un mal que es representado por la pena. Se esbozan así los fundamentos de la *retribución moral*: la pena (y el Derecho penal) pasa a ser un *imperativo categórico*, una incondicionada exigencia de justicia dado que ésta ha de imperar a toda costa. El conocido ejemplo kantiano de la disolución de la sociedad es sumamente ilustrativo: si una sociedad decidiera disolverse por mutuo acuerdo, también entonces debería ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión; de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia (cfr. 1978 y 1984).

En esta visión del idealismo alemán ha de entenderse el modelo kantiano de la pena: la respuesta penal nunca puede constituir un medio para conseguir un bien (sea éste el bien del infractor o el de la sociedad). Por el contrario, la pena es un fin en sí mismo; concebir lo contrario supondría tratar al hombre como un instrumento puesto al servicio de determinados fines, menoscabándose así su dignidad humana y acercándolo a la categoría de un animal o confundiendo con los objetos de los derechos reales (Kant 1978, 1984).

Como indica Roxin, Kant siempre acentúa que no se trata en primer lugar de obtener "utilidades" de la pena para el autor (o sus conciudadanos) sino que, lo decisivo, ha de ser la proporcionalidad con el anhelo de la pura y estricta justicia. "Todo el *pathos* del idealismo alemán está en la tan citada frase: 'cuando se infringe la justicia no tiene valor que los hombres vivan sobre la tierra'" (1992: 10-11).

Por su parte, la teoría de la *retribución jurídica*, propuesta por el también filósofo alemán Hegel, ha presentado el fundamento de la pena en el interior de un *proceso dialéctico*. En efecto, la *tesis* es que el delito supone la negación del derecho y la *antítesis* supone que la pena es la negación del de-

⁹ Como se verá más adelante, el dogma propio de las teorías relativas se expresará en la frase *punitur, ne peccetur*. Ambas fórmulas son atribuidas a Protágoras primero, con una reformulación posterior de Grocio (Cattaneo 1978, Jakobs 1995, Ferrajoli 1995, entre otros).

lito. Luego, la *síntesis* (negación de la negación) indica que la pena es la afirmación del derecho.

A pesar del pretendido carácter absoluto de estas teorías de fundamentación de la pena, al no apreciarse "función" alguna en ella, se ha señalado que, en realidad, ambas perspectivas le asignan la función de "realización de la justicia" (Mir Puig 1996 y, en el mismo sentido, Roxin 1976).

Jakobs señala que el sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de derecho. En ese sentido, Jakobs acepta que la teoría absoluta hegeliana posee una configuración muy similar a la que el penalista alemán efectúa en la actualidad en torno a la prevención general positiva (tal y como se verá más adelante). En efecto, Jakobs afirma que, "en Hegel, la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada" (1995: 22-23).

Al respecto, Cattaneo objeta que la denominada "retribución jurídica" tenga suficiente autonomía científica: "... creo que, en definitiva, la llamada 'retribución jurídica' o se reconduce a la retribución moral o es una doctrina diversa de aquélla y es inoportuno atribuirle la cualidad de 'retribución'. A mi juicio, la doctrina retributiva típica es siempre una doctrina de la retribución moral" (1978: 14).

Pese a ello, este autor italiano menciona a Enrico Pessina como exponente de la retribución jurídica, al expresar que él defendía dos medios de lucha por el derecho: la prevención y la represión. "Porque la primera no siempre obtiene su finalidad, es necesaria la segunda" (Cattaneo 1978: 19). Este autor indica que Pessina define la pena como aquel "acto de la sociedad humana que en nombre del derecho violado expone al delincuente a un sufrimiento como un medio indispensable para la reafirmación del derecho" (1978: 20), palabras en las que se encuentran reminiscencias de Carrara.

Se han señalado determinadas notas comunes a estas teorías absolutas:
⊕ se ha de retribuir al autor del delito con una pena equivalente al mal que ha ocasionado;

⊖ en ningún caso la pena ha de perseguir finalidades útiles de prevención del delito;

⊖ la pena siempre ha de ser ejecutada y además, en su totalidad.

Diversos tipos de *críticas* se han vertido a las teorías absolutas de la pena (Roxin (1989a), por ejemplo, indica el carácter ficticio de la creencia en que la supresión del mal causado por el delito se logra mediante la aplicación de una pena pues, lo que acaba sucediendo, es que el mal de la pena se suma al mal del delito. Asimismo, se objeta la pretendida equivalencia entre el mal causado y la pena y además, aunque aquélla fuese posible, un mínimo sentido de humanidad no permitiría hoy una aplicación semejante.

Pero, además de ello, el citado autor alemán señala que una estricta concepción retributiva de la pena puede llevar al deplorable supuesto de que "la pena resulta exigible también cuando en el caso concreto no es en absoluto necesaria para garantizar la paz social y cuando, incluso, su imposición puede acarrear efectos socialmente dañosos" (1989a: 25). Y agrega, finalmente,

que "la teoría de la retribución no proporciona a la ejecución penitenciaria criterio alguno que sea de utilidad para hacer posible al autor una vida futura en libertad alejado del delito" (ibídem).

Cattaneo señala por su parte que la teoría de la retribución penal está íntimamente ligada a la idea de la *vendetta*, lo cual ya estaba en Séneca (1978: 35), al tiempo que se rechaza la fundación del Derecho penal sobre la teología moral, idea que llevaba a concebir la pena como expiación moral y religiosa.

Mir Puig critica también estas teorías, al señalar que la aspiración por la realización de la justicia absoluta sobre la Tierra no es propia del Estado Moderno; semejante tarea, añade este autor, no se corresponde con un Estado que, como el actual, mantiene una clara distinción entre moral, religión y derecho y, recordando a Roxin (1976), señala que las sentencias ya no se pronuncian en nombre de Dios sino en el del pueblo (1990: 54).

Por su parte, Ferrajoli, a propósito de analizar los trabajos de Kant y Hegel, indica que, pese a su autoridad, ambas concepciones son insostenibles pues parten de la errónea creencia de la existencia de un nexo necesario entre culpa y punición.

Ferrajoli señala, asimismo, que muchas veces se cae en la confusión de hablar de una misma forma sobre dos problemas completamente distintos: los de la "razón legal" y los de la "razón judicial" de la pena. O, formulado de otra manera, uno puede preguntarse: "¿por qué punir?" (lo cual lleva a un problema de *legitimación externa* de la pena), o bien: "¿cuándo punir?" (problema de la *legitimación interna*) (Ferrajoli 1995: 254 y siguientes).

Sólo esta última pregunta podría ser contestada: cuándo exista delito. Por ello, la teoría de la retribución elude el problema de la legitimación externa de la pena (Ferrajoli 1995). En efecto, indicar que la pena está justificada frente a la aparición del delito (o del pecado) sólo equivale a decir "cuándo" está justificada; pero no "por qué" lo está. Ferrajoli destaca que este equívoco -de índole filosófica- proviene de la confusión entre moral y derecho, entre "validez" y "justicia", entre "legitimación interna" y "justificación externa". Y afirma que esta confusión se ve en las dos teorías examinadas:

- en la "retribución ética", porque atribuye directamente a la pena un valor moral correlativo al desvalor moral ontológicamente asociado al delito;

- pero también está implícita en la doctrina de la pena como "retribución jurídica", la cual, asignando valor ético a la pena (y al orden jurídico que aquélla debe reparar), traduce una legitimación moral de la pena aún más apriorística e incondicionada (Ferrajoli 1995: 254 y ss.).

El autor italiano continúa señalando que a la primera se le designa con el nombre de "moralismo o sustancialismo jurídico" (según el viejo esquema iusnaturalista). A la segunda, como "legalismo o formalismo ético", de acuerdo con aquella "perversión ideológica y autoritaria del positivismo jurídico según la cual el derecho se autojustifica sólo con base en su propia forma y en sus fuentes, prescindiendo de su contenido" (Ferrajoli ibídem).

Está claro que las doctrinas retribucionistas no pueden dar una respuesta a la pregunta de "¿por qué prohibir?", ni "¿por qué punir?". Pues, tanto para la doctrina de la "retribución moral" como para la "retribución jurídica", de hecho, la prohibición penal (a la par que la respuesta punitiva) tienen un fundamento en sí mismas: en el desvalor ético o metajurídico asignado al delito y en el valor general o metalegal de obedecer a las leyes.¹⁰

Pese a que comúnmente se ha destacado que las teorías absolutas no atribuyen a la pena función alguna, Octavio de Toledo y Ubieta precisa que "a primera vista parece contradictorio formular esta cuestión respecto de unas teorías que niegan que las penas cumplan función alguna. Sin embargo, ésta no es más que la opinión de sus propios partidarios: desde una perspectiva externa a la misma, lo que se resalta es (...), precisamente, su contrasentido: por más que sus patrocinadores se rehúsen a atribuir explícitamente una función a la pena, resulta claro que en las teorías absolutas se le asigna la de realizar la Justicia" (1981: 203).

Finalmente, Bustos Ramírez indica que las teorías absolutas pretendieron legitimar la pena sobre la base de una "justicia" que fundamentaba su aplicación en la "libertad e igualdad naturales" de todos los hombres. "No hay un fin externo a la pena, por eso es una concepción ajena al principio de utilidad. Su fin es interno, se agota en el mantenimiento del propio sistema creado (es intrasistémico); esto es, la validez del derecho. Pero la fundamentación de la teoría absoluta retribucionista es falsa, ya que la libertad e igualdad naturales de todos los hombres es una mera metáfora, no tiene base alguna en la realidad. Luego, si la fundamentación es falsa, queda completamente en el vacío el planteamiento legitimador, la justicia queda sin contenido, pasa a ser una mera etiqueta impuesta desde el poder" (1986: 22).

Por su parte, Baratta señala que la percepción del carácter instrumental del derecho convierte en inadecuadas aquellas estrategias de legitimación de la pena que se engloban bajo la etiqueta de "teorías absolutas". "Justificar la pena con la pena misma en cuanto 'justa' retribución de la infracción del orden jurídico, es incompatible con el reconocimiento de la positividad y de la instrumentalidad del derecho. Por esta razón, en la búsqueda del criterio de 'justicia' de las penas, las teorías utilitaristas clásicas sustituyen la idea de la retribución por la de fin" (1986: 82).

3. Las teorías "relativas" del *ius puniendi* (la pena "útil")

Como parece claro, las teorías absolutas de la pena intentaron responder al citado interrogante de: ¿por qué punir?, lo cual significa que las mismas miraban al pasado: por aquello de retribuir el mal ya causado.

¹⁰ Concluye Ferrajoli mencionando que estas teorías resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de Derecho penal máximo "en la medida en que casan o bien con concepciones jurídico-sustancialistas del delito y de la verdad judicial, o bien con concepciones ético-formalistas del delito y del poder punitivo y prohibitivo" (1995: 257-258).

La pena como prevención delictiva

Por el contrario, las teorías relativas de la pena pretenden responder a otra pregunta: ¿para qué castigar? En esta nueva visión, la pena ya no será concebida como un fin en sí misma sino como un medio para alcanzar determinados fines: un medio para la prevención. En consecuencia, estas teorías se orientan hacia el futuro. Se trata de utilizar la pena como un instrumento que permita evitar el delito, protegiendo de este modo determinados bienes jurídicos que se estiman necesarios para la convivencia social (cabe recordar ahora, nuevamente, la fórmula latina del *punitur, ne peccetur*, ya mencionada).

Estas teorías han sido denominadas "relativas" porque la imposición de la pena sólo se justifica si la misma atiende al logro de un fin, precisamente, el de ser útil para prevenir la comisión de delitos.

El origen de estas teorías relativas se remonta al pensamiento iluminista del siglo XVIII. Como destaca Ferrajoli, el utilitarismo constituye un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal, desarrollándose como doctrina jurídica y política por obra de los pensamientos iusnaturalista y contractualista con los que se ponen las bases del Estado de Derecho y con él, del Derecho penal moderno (1995: 259). Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, al abogar por una profunda reforma penal, insistía en que el fin de la pena debía ser impedir al infractor causar nuevos delitos y, al mismo tiempo, retraer a los demás de cometerlos (1986). Posteriormente, la Escuela Sociológica de Franz von Liszt centró su atención en el sujeto que ya ha delinquido a fin de evitar su reincidencia.

Pese a estas notas comunes de las teorías relativas, las mismas se elaboraron desde puntos de vista diversos, atendiendo aquíén ha de ser el destinatario señalado por la pena: unas centrarían su atención en el sujeto infractor (las llamadas teorías de la prevención especial), otras se desarrollarían mirando a la sociedad en su conjunto (denominadas teorías de la prevención general). Todas ellas serán estudiadas a continuación.

3. 1. Las teorías de la prevención especial de la pena → mira al sujeto

Como acaba de indicarse, las teorías de la prevención especial de la pena se elaboraron mirando al sujeto que ya ha delinquido para intentar que no vuelva a hacerlo. Por ello se entiende que la prevención especial no puede operar, como sí la general, en el momento de la conminación legal sino en el de la ejecución de la pena.

Tras la inicial formulación utilitarista,¹¹ la prevención especial fue extendiéndose a partir del último tercio del siglo XIX como consecuencia del auge de las ideas positivistas. Como señala Ferrajoli, es a partir de ese momento cuando sobre la "personalidad criminal" se construirá un saber "científico".

¹¹ Recordando a Grocio, Ferrajoli señala que, en esa perspectiva, "la pena no es *tantum puniendi causa*, sino que debe perseguir utilidades futuras, como la *enmendatio* del rey y la prevención de los delitos mediante el ejemplo" (1995: 259).

t. Relat ← Prev. esp < p.e. negativo / p.e. positivo

→ p.e. Lit. única las nuevas t. de la pena p.e. p. 13 y 16

→ p.e. Lit. única las nuevas t. de la pena p.e. p. 13 y 16

→ p.e. Lit. única las nuevas t. de la pena p.e. p. 13 y 16

tífico". La pretensión por clasificar y medir el comportamiento humano, por separar los "corregibles" de los "incorregibles", los "sanos" de los "enfermos", etc., será común a las tres orientaciones preventivo-especiales que se han conocido, algunas incluso desde la antigüedad: a) "las moralistas de la enmienda", b) "las naturalistas de la defensa social", y c) "las teleológicas de la diferenciación de la pena" (1995: 265).

a) En la primera de las orientaciones mencionadas, se trata el concepto de la *poena medicinalis*, fruto de una concepción espiritualista del hombre informada por el principio del libre arbitrio en su forma más abstracta e indeterminada. Esta visión pedagógica de la pena informa en la época medieval todo el Derecho penal canónico. Directamente ligadas a estas antiguas y nunca extintas tradiciones, la idea de la pena como medicina del alma -entendida casi más como un bien que como un mal para el que la sufre- recobra vigor en el siglo pasado, inspirando, aun con diversos matices, las dos versiones de la moderna Pedagogía penal: la católica (sostenida por Karl Roeder entre otros) y la idealista (de Ugo Spirito). Así, el fin de la pena, según todos ellos, será el de la reeducación y recuperación moral del condenado, a quien se presupone sujeto inmoral a redimir (Ferrajoli 1995: 266).

b) Las doctrinas señaladas en la segunda dirección, parten de la idea que el delincuente es un ser antropológicamente inferior, desviado (degenerado) que el problema de la pena equivale por tanto al de las defensas más adecuadas de la sociedad frente al peligro que representa. Se asigna a la pena y fundamentalmente, a la medida de seguridad, el doble fin de curar al condenado (al presuponerle sujeto enfermo) y/o de segregarlo y neutralizarlo (al verlo como individuo peligroso) (Ferrajoli ibídem).¹² Señala Ferrajoli que, en el presente siglo, aunque con premisas diversas, estas teorías fueron acogidas en la ex-Unión Soviética por obra de Lenin, Evgenii Pashukanis y Petr I. Stucka.

c) Finalmente, la tercera orientación correccionalista confía la función de prevención especial de las penas a su individualización y diferenciación. En Alemania, a partir de la Escuela Sociológica de Franz von Liszt, comenzó a difundirse la idea relativa a que la finalidad preventivo-especial requería investigaciones en torno a las distintas categorías de delincuentes y ya no, como hasta entonces, de modo uniforme para cualquier infractor. En esa línea, von Liszt señalaba que el Derecho penal debía prestar atención a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas de los delincuentes.

¹² En Italia, la Escuela Positivista llegó a las últimas consecuencias de la prevención especial: la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Desde Lombroso hasta Ferreri y Garofalo, fue extendiéndose la idea en torno a un "hombre delincuente" entendido como producto natural, como realidad biológico-social. Las anteriores ideas de culpabilidad y responsabilidad del sujeto infractor fueron siendo sustituidas por las de factores psicofísicos y antropológicos.

Como indica Paul, "el progreso cognitivo articulado por la escuela moderna de von Liszt no sólo cambió radicalmente los frentes del discurso teórico penal, sino también los presupuestos y los criterios para el contenido y la extensión de la pena y de sus procesos de amenaza, sanción y ejecución. Esto significaba que el predominio de la teoría de la pena absoluta fue definitivamente roto. Comenzó irreversiblemente la época de la despedida de Kant y Hegel que había mantenido, durante muchos decenios, la doctrina 'majestuosa' de la pena retributiva con encantos líricos y legitimaciones idealistas" (1986: 64).

El famoso Programa de Política Criminal de la Universidad de Marburgo, en el cual von Liszt desarrolla "la idea del fin en el Derecho penal" (1882), estableció tres posibles efectos de la prevención especial:

- 1) la intimidación del infractor no necesitado de corrección;
- 2) la inocuización del autor no susceptible de corrección;
- 3) la corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella.¹³

Ferrajoli indica, a propósito del Programa de Marburgo propugnado por von Liszt, que "el resultado práctico de esa doctrina es sustancialmente convergente con el de las orientaciones positivistas de la defensa social, concretándose en una tendencial subjetivización de los tipos delictivos y en la propuesta, que tanta fortuna tendrá en la cultura y en la práctica penal de este siglo, de la diferenciación de la pena según la personalidad de los reos" (1995: 268).

(Jakobs) señala como característica fundamental de estas teorías la pretensión de considerar como misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros: "... la influencia sobre el autor debe realizarse de modo que se le impida por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad" (1995: 29).

Pasemos, pues, al análisis de las diversas claves en las cuales se han expresado las concepciones preventivo-especiales de la pena.

3. 1. 1. La prevención especial negativa → neutralización

Ya se ha indicado que Jakobs señala como elemento característico de este tipo de prevención especial, que la influencia que la pena ejerza sobre el infractor de la ley penal debe realizarse de modo que se le impida -por la coerción física- cometer otros hechos delictivos (1995: 29). Es decir, se trata de afirmar la función de la pena como aquella que es útil para la "neutralización" del transgresor.¹⁴

¹³ Mir Puig destaca, a propósito del programa de von Liszt, que tras el mismo "se halla una concepción del Derecho penal como instrumento de lucha contra el delito, lucha dirigida a las 'causas empíricas del delito', las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente. El objetivo a que ellos debía llevar era la protección de bienes jurídicos" (1996).

¹⁴ En tal sentido, suele mencionarse que la teoría de la prevención especial negativa de la pena tiene su origen en el Programa de Marburgo de Von Liszt (1883), en el cual, co-

3 efectos
de la
Prev. Esp.
(Prog. Crim.)

Misión
de la
pena

Neutralización

excluir
eliminar
modalidades
de neutro

Cabe también recordar, en este sentido, las palabras que al respecto mencionaba Garofalo: "... la reacción estatal (la pena) consiste en la exclusión del miembro cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente se manifiesta incompleta o imposible..."; esta separación debería consistir "en la exclusión absoluta del criminal de toda clase de relaciones sociales" para concluir, finalmente, afirmando que "el único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte" (1912: 265).¹⁵

Como se verá, puede incluir diversas modalidades: custodia en lugares separados, aislamiento, aniquilamiento físico, cierto tipo de penas corporales, ciertas intervenciones quirúrgicas, etcétera (Baratta 1986: 83).

'70

Este autor, tras indicar cómo ha operado esta teoría en el contexto de regímenes autoritarios (se refiere a las dictaduras latinoamericanas de la década de 1970), advierte que tampoco Europa se ha visto libre, en los últimos decenios, de respuestas punitivas que recuerdan la "neutralización" ya mencionada: "... el rápido desvanecimiento del mito del 'tratamiento' ha ido acompañado en Europa, en la mitad de la década de 1970, de una transformación funcional de la institución carcelaria, en parte, inducida por la lógica de la respuesta penal al terrorismo (...). Esta transformación en sentido custodialista de la cárcel, el aumento de la población carcelaria en espera de juicio y, sobre todo, el surgimiento de una cárcel de máxima seguridad con las tecnologías del aislamiento y de la aniquilación física, constituyen signos evidentes de la importancia adquirida por la teoría de la prevención especial negativa, también en Europa" (1986: 87).

Sin embargo, y pese a esa revigorización del discurso punitivo de estas últimas décadas apuntado por Baratta (revigorización que, como ha podido detectarse, es contemporánea y paralela a la aparición de la legislación y cultura de la emergencia penal, procesal y penitenciaria), como ha sido ya esbozado, la prevención especial negativa posee antecedentes lejanos. Al presentar, de modo global, las orientaciones por las cuales discurrieron las teorías de la prevención especial, se avanzó algo en torno a las denominadas "doctrinas terapéuticas" que, ahora, es necesario retomar (Ferrajoli 1995: 266 y siguientes).

En efecto, presuponer que el transgresor es un sujeto enfermo y/o peligroso puede traer como consecuencia la creencia acerca de la necesidad no

mo ya se ha visto, surge la función de inocuización de la pena como internamiento asegurativo del transgresor "incurable" (Mappelli Caffarena 1983b, Ortiz 1993, Beristain 1966).

¹⁵ Garofalo indica que esta pena (capital) constituiría el medio más adecuado para efectuar la selección artificial que la sociedad debe realizar eliminando de su seno a los individuos antisociales e inadaptados a la vida social, siendo el único medio para verificar la eliminación de esos "terribles delincuentes" pues, la cárcel, "aun la perpetua", siempre ofrece el riesgo de posibles evasiones y la posibilidad "de que una revolución abra las puertas de las cárceles" (1912: 343 y ss.).

sólo de curarlo y/o tratarlo sino de segregarlo definitivamente, neutralizarlo o eliminarlo. Ya se ha visto que aquellas orientaciones decimonónicas entendieron que el infractor de la norma penal podía ser considerado como un ser antropológicamente inferior y, además, existieron tendencias que argumentaron "científicamente" la herencia de determinadas tendencias criminales. En esta línea, las penas habrían de consistir en medidas técnicamente apropiadas para las diversas exigencias terapéuticas u ortopédicas de la defensa social: medidas higiénico-preventivas, terapéutico-represivas, médico-quirúrgico-eliminativas.

"Estas teorías son la versión penal y criminológica del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a las leyes de la necesidad natural" (Ferrajoli 1995: 266-267).

Penas de muerte, penas y medidas de reclusión a perpetuidad, cumplimiento íntegro de penas privativas de libertad (sin disfrute de beneficios de carácter penitenciario que reduzcan la permanencia en los institutos penales), determinadas modalidades "duras" de ejecución de penas privativas de libertad (aislamiento celular, planificación de cárceles de máxima seguridad, elaboración de "ficheros" de internos considerados como extremadamente peligrosos a quienes se les restringen las condiciones de vida penitenciarias, etc.), medidas de segregación por tiempo indeterminado y toda la gama de intervenciones de carácter médico-quirúrgico que incapaciten (total o parcialmente) determinadas aptitudes o "inclinaciones" del transgresor, constituyen algunos ejemplos de respuestas punitivas que se articulan en clave preventivo-especial negativa.

Ej. de
del. de b.

La neutralización, la mera contención o la eliminación física del transgresor (o también, en este último caso, de algún órgano del mismo), constituyen las "funciones" atribuidas por las doctrinas comentadas, a estas penas y/o medidas. Como destaca (Ferrajoli) estas teorías "son el resultado de una desafortunada mezcla de las ideas de Lombroso [acerca del 'delincuente nato' o 'natural' y la desigualdad natural de los hombres], y de las de Spencer [acerca de la sociedad como 'organismo social'] y las de Darwin [sobre la selección y la lucha por la existencia] que, aplicadas a semejante 'organismo', le legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y de profilaxis social" (1995: 267).

Al respecto señalaba Cuello Calón en 1940 que, en esa época, se practicaba "con finalidad puramente eugenésica, de higiene social", en numerosos países (especialmente en diversos estados de Estados Unidos), la esterilización de ciertos delincuentes y de "anormales (idiotas, imbeciles, etc.)" con el propósito de evitar una descendencia "tarada y dotada de inclinaciones antisociales y delictuosas" (ob. cit.: 642). Agrega, como novedad de aquellos años, que "recientes leyes", han comenzado a prever medidas de castración

Eugenésica
Higiene
social

a transgresores sexuales como medio de "prevenir" este género de delitos.¹⁶ Finalmente, el mismo autor recuerda que el Congreso Penitenciario Internacional de Berlín (celebrado en 1935) adoptó un voto favorable a la introducción de la esterilización y la castración como medidas preventivas (pese a oponerse un importante número de argumentos de índole religiosa, filosófica y científica).

3. 1. 2. La prevención especial positiva

Como se ha mencionado ya, las doctrinas que justifican la pena con funciones de enmienda, corrección, readaptación, resocialización, etc. (todo el catálogo de las llamadas "ideologías re", según Zaffaroni 1983), aunque se remontan a los orígenes del pensamiento filosófico-penal, recibieron un vigoroso desarrollo a partir de la cultura penal de la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX (Ferrajoli 1995).¹⁷

Paul, como ha sido mencionado, señala a von Liszt como el iniciador de las "nuevas" teorías de la pena a finales del siglo XIX. A partir de sus programas de reformas, la pena no debería consistir en una reacción retributiva "ciega" frente al delito, "sino en una acción racional de objetivos concientes de lucha anticriminal" (1986: 63). En consecuencia, la pena habría de ser entendida a partir de unos objetivos preventivos. "La teoría de la pena en su concepto preventivo fue una consecuencia directa del paradigma ilustrado de las ciencias sociales que comenzó a imponerse al final del siglo pasado en todos los ámbitos científicos" (ibídem).

En efecto, la idea antiliberal del delito como patología y de la pena como tratamiento se convertirían en el pilar de las teorías preventivo-especial positivas. Así, la pena asumiría una ejecución terapéutica diferenciada, que había de apuntar a la transformación conductual del transgresor (Pavarini 1986, 1994a, 1994b), para la cual, la Psicología, primero, y la Pedagogía después, se convertirían en sus ciencias auxiliares.

Como indica al respecto Octavio de Toledo y Ubieto, la Escuela Positivista italiana supuso un claro ejemplo de la incidencia en la materia jurídica del desarrollo de las ciencias naturales y su método experimental. "De ahí

que su arranque sea la afirmación del determinismo biológico o social del hombre y, por tanto, la negación del libre albedrío. Consiguientemente, se opone a toda consideración retribucionista de la pena, que se sustituye por medidas que consignan la no comisión de futuros delitos por el ya delincuente, bien corrigiéndolo, bien inocuizándolo" (1981: 210-211). Octavio de Toledo y Ubieto precisa que la premisa de las mismas es la peligrosidad y no la culpabilidad basada en la libre voluntad en que se asienta la pena retributiva.

Pese al inicial auge de la prevención especial positiva, a partir de la década de los años de 1960, la misma fue sometida a una amplia reformulación. El fin de la pena comenzó a definirse de un modo uniforme a través del concepto de resocialización. Paulatinamente, el causalismo antropológico y biológico fue siendo abandonado debido a su imposibilidad de verificación científica.

La corresponsabilidad de la sociedad en el delito y la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento, entre otras cuestiones, fueron difundiendo la adopción de diversas instituciones (conocidas unas y novedosas otras) que comenzaron a ejercer la posibilidad de dejar de ejecutar total o parcialmente la pena en determinados casos, cuando las condiciones del infractor así lo permitiesen. Es el caso de, por ejemplo, la condena condicional, la libertad condicional, los beneficios penitenciarios o la suspensión de la ejecución de la pena (Mir Puig 1990: 44).

Jakobs indica que uno de los principales casos en los que se aplica este tipo de prevención especial es en el tratamiento preventivo de aquellos en que resulta verosímil tanto la educabilidad como un déficit de educación, concretamente: "el tratamiento de jóvenes y adolescentes" (1995: 30). Por ello, señala el autor alemán, el Derecho penal juvenil "es el reino de la prevención especial" (ibídem) agregando a continuación que su sustitución por medidas no punitivas es una consecuencia preventiva especialmente conveniente, "pero sólo si el déficit educativo se pone de manifiesto claramente y cabe solucionarlo en la práctica, pues de lo contrario también el Derecho penal juvenil se suma al modelo de la prevención general positiva" (ibídem).

Numerosas son las objeciones que se han señalado a propósito de la prevención especial. Así, por ejemplo, se ha dicho que si el único fin de la pena fuese el de impedir la reincidencia del sujeto, el recurso a la pena debería vincularse con la tendencia del autor a la reincidencia. Ello, que puede ser impredecible, choca además con el obstáculo de dejar delitos impunes muchas veces (Mir Puig 1990: 62). Por otra parte, si la prevención especial fuese el único fundamento de la pena, en determinadas ocasiones se permitiría la aplicación de penas muy graves por hechos menores, como sería el caso de multirreincidencia en delitos contra la propiedad.

En otro orden de críticas, se ha objetado el ahora sí verificable fracaso de la principal finalidad de la prevención especial, cual es la de evitar la reincidencia: son muchos los que vuelven a delinquir tras haber cumplido una

¹⁶ Ley danesa de 1 de junio de 1929, leyes alemanas de 24 de noviembre de 1933 y 26 de junio de 1935 (de castración forzosa o voluntaria), ley finlandesa de 13 de junio de 1935, ley irlandesa de 13 de enero de 1938 (ello, sin contar la extendida aplicación en Estados Unidos de la esterilización o castración con carácter de pena para delitos sexuales).

¹⁷ "Doctrinas y legislaciones penales de tipo genuinamente correccional sólo se desarrollan en la segunda mitad del siglo XIX, paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, sano o enfermo, acerca del cual son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del Poder. Es entonces cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario del 'castigar menos' se convierte en el disciplinario y tecnológico del 'castigar mejor'" (Ferrajoli 1995: 264).

condena, lo cual puede demostrar tanto el fracaso del tratamiento penitenciario orientado a la resocialización,¹⁸ como la falacia representada por intentar enseñar a alguien a vivir en libertad privándole de la misma al propio tiempo (Bergalli 1980 y 1992).

En el mismo sentido, Mir Puig recuerda cómo, desde 1950 en adelante, ha decaído la confianza en la implementación de programas terapéutico-penitenciarios individualizados: "... es cuestionable la eficacia del tratamiento en condiciones de privación de libertad, como lo prueban los altos índices de reincidencia; pero también se advierten los peligros que supondría para las garantías individuales una ideología del tratamiento llevada al extremo" (1986: 50).¹⁹

Asimismo, la resocialización es cuestionada por quienes subrayan la inadmisibilidad –en un Estado de Derecho– de la pretensión de modificar la conducta de los infractores imponiéndoles, contra su voluntad, determinados tratamientos que suelen basarse en una lógica de carácter premial/punitiva (García-Borés Espí 1993a).

Al respecto, Bergalli formula la siguiente observación: "... en virtud de qué principio se legitima un cuadro de intervenciones destinado a obtener una mera adhesión de conducta por la vía de un sistema de 'premios' a la fidelidad de la autoridad o de quien la representa. Esos premios, que se otorgan sobre una base legal (...), responden sin embargo a unas técnicas psicológicas de puros reflejos provocados que, obviamente, poseen un efecto limitado en el tiempo y se orientan a obtener un resultado inmediato, condicionado a una meta prefijada" (1992: 18-19). Este autor añade que la crítica que en general ha sido atribuida al conductismo –o comportamentismo o behaviourismo– en aquellas versiones que provienen de la reflexología de

¹⁸ Al respecto, por ejemplo, Paul advierte sobre las expectativas –defraudadas– que el concepto resocializador generó en Alemania. "En base a experiencias tenidas especialmente en Alemania, donde la reforma del Derecho penal y penitenciario orientada hacia la prevención no sólo se magnifica, sino que además se pretende llevar a cabo, se puede manifestar y comprobar empíricamente el esplendor y la miseria de la teoría de la pena preventiva en el ámbito práctico. Numerosas investigaciones sociológicas han demostrado que el sistema penitenciario no está en condiciones de realizar su misión resocializadora. A falta de un concepto consistente y efectivo que pudiera en la práctica transformar las metas de la ley general penitenciaria, se iba imponiendo prácticamente un concepto de tratamiento puramente tecnocrático –instrumental– inspirado en los principios de 'orden y seguridad'. Las consecuencias se pueden comprobar con posterioridad en las altas cifras de reincidencia" (1986: 65).

¹⁹ Por su parte, Baratta, cuando critica estas teorías y, en particular, el concepto de tratamiento, indica que éste ha experimentado una fuerte crisis en las áreas del capitalismo central. "Las razones estructurales de esta crisis, fundamentalmente la *decadencia del Welfare State*, en Estados Unidos y en Europa, son ciertamente más importantes que las debidas a la pérdida de credibilidad científica que la teoría ha sufrido dentro del propio aparato penal y de su saber oficial" (1986: 85).

Pavlov, continuando en los enfoques de Watson, Skinner o Jones, se agudiza aún más cuando se analizan las consecuencias de las terapias comportamentistas aplicadas en ámbitos cerrados.

En ese sentido, Ferrajoli señala que "la pena que asume la forma de tratamiento y que apunta a la transformación de la personalidad del condenado –no importa si es con el auxilio del sacerdote o del psiquiatra– mediante su reeducación hacia los valores dominantes, se resuelve, en la medida en que el tratamiento no es compartido por el condenado, en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad" (1995: 270-271).

Por otra parte, es necesario destacar que la configuración de la pena (privativa de libertad) como tratamiento, ha ido provocando paulatinamente que los derechos fundamentales de los reclusos condenados se conviertan en meros "beneficios penitenciarios" que se concederán –o se denegarán– en función de una constante evaluación de la conducta y la personalidad de aquéllos. Así, las posibilidades de disfrutar de salidas temporales o de ver anticipada incluso su libertad, se reducirán en función de aquellos criterios óptimos; eso sí, para lograr el gobierno disciplinario de la cárcel. La "devaluación" de los derechos fundamentales de los presos, con la consiguiente configuración de un "ciudadano de segunda categoría", se va perfilando claramente con esta tecnología punitivo-premial (Rivera Beiras 1996 y 1997).

La "vulneración del principio del hecho", en la cual incurriría la teoría preventivo especial, ha sido denunciada por Jakobs (1995: 31 y ss.). Este autor parte de admitir que, al menos nominalmente, en la prevención general puede limitarse la responsabilidad a la medida en la cual el autor haya perjudicado la validez de la norma (prevención general positiva), o a la experiencia fáctica de que se obedezca la norma (prevención general negativa).

"Por el contrario, en la prevención especial es desde el principio imposible –a excepción de los autores ocasionales– desalentar al autor, con la sola punición, de que cometa delitos como los que ha ejecutado, pero dejarlo por lo demás sin tratamiento. No hay ningún método que enseñe cómo disuadir al autor de cometer hurtos o estafas de mediana importancia, es decir, sólo de aquellos hechos del mismo tipo que él ha cometido. Aún cuando no se siguiera un principio como 'todo o nada', sino que se aceptase que una persona se halla más o menos adaptada socialmente, resulta ajena a la experiencia, al menos en la mayoría de los casos, la idea de poder adaptar a una persona no adaptada exclusivamente según la clase y la medida del hecho cometido. Por ello, la teoría de la prevención especial debe despedirse del principio del hecho: el hecho no es sino motivo para el tratamiento" (1995: 31).

Esta discordancia de la vinculación del Derecho penal con un hecho considerado como socialmente dañoso fue percibida por von Liszt. Jakobs destaca cómo, en virtud de su solución, el Derecho penal debe representar el

Crítica
Importante
Golpe
= los
DD

límite infranqueable de la Política criminal, lo que significa que la imposición de una pena debe decidirse recurriendo al Derecho penal, donde rige el principio de hecho, "pero para la clase y medida de la pena debe recurrirse a la "Política criminal" (ibídem).²⁰

Paul, por su parte, destaca que la piedra de toque de estas teorías es su "verificación práctica" (1986: 65); es decir, que su justificación ha de ser analizada a la luz de la "praxis de la ejecución penal y del sistema penitenciario" (ibídem).

Por ello, concluye este autor, ha de abogarse por un nuevo "realismo epistemológico" el cual tendría como inmediato objeto de conocimiento, la realidad de la praxis, la relación de las teorías con los datos empíricos que aquélla suministra: "... la cuestión por los nuevos horizontes de los esfuerzos teóricos (...) para futuras reformas penales, pasa por los presupuestos de la praxis".²¹

3. 2. Las teorías de la prevención general de la pena

Baratta (1986) destaca que estas teorías, que tienen por destinatario de la pena al conjunto social, pueden presentar (como se verá a continuación), dos contenidos diversos: (uno) que puede denominarse "disuasivo" (prevención general negativa), se dirige a crear contra-motivaciones en los transgresores potenciales; y (otro), que podría ser calificado como "expresivo" (prevención general positiva), estaría orientado a declarar y reafirmar valores y reglas sociales, contribuyendo así a la integración del grupo social en torno a aquéllos.

Bustos Ramírez indica que estas teorías, como todas las "preventivas", pretenden legitimarse desde la "utilidad", cumpliendo consecuencias externas beneficiosas para la sociedad; "... para ello fundamentan la aplicación de la pena en la racionalidad puramente psicológica del hombre o en su racionalidad económica -lo cual tiene a su vez como condición la racionalidad del Estado-" (1986: 22). Este autor agrega que, al partirse de una irracionalidad "generalizada", cualquier persona podría quedar aprehendida por una

²⁰ A propósito de esta cita de von Liszt, cabe recordar aquí, con Paul, la "desilusión" que aquél sentía al analizar las cifras oficiales de las estadísticas criminales del Reich entre 1882 y 1897. En efecto, así relata Paul los sentimientos de von Liszt: "... la probabilidad de que alguien cometa un crimen, es mayor si fue condenado anteriormente que si no lo fue; la probabilidad de que alguien cometa un crimen crece con el número de los antecedentes penales sufridos; la probabilidad de que un excarcelado cometa de inmediato un nuevo crimen crece con la duración de las penas cumplidas; si un joven o ya adulto delincuente comete un delito y le dejamos en libertad, hay menos probabilidades de que vuelva a delinquir que si le castigamos" (1986: 63).

²¹ "El hecho de que el control jurídico-penal en la realidad empírica no funcione, radica en que la concepción teórica de un Derecho penal orientado hacia fines parte de una ilusión, o sea de presupuestos idealistas" (Paul 1986: 69).

legislación de emergencia. "Lo útil es la seguridad del Estado. La prevención general se convierte también en un planteamiento ideologizante (encubridor de la realidad) y de carácter simbólico (ajeno a la utilidad para los hombres): sólo manifestación del poder del Estado, a través del control formalizado que es el Derecho penal" (ibídem).

Como ya fue esbozado, estas teorías de fundamentación de la pena se orientan hacia el conjunto de la sociedad en las dos claves anunciadas: la denominada *prevención general negativa* (o intimidatoria) y la llamada *prevención general positiva* (o integradora). Se pasará ahora al análisis de ambas.

3. 2. 1. La prevención general negativa

Ferrajoli señala que esta teoría es la única que tiene el mérito de no confundir programáticamente el derecho con la moral o la naturaleza, "o por lo menos de ser en sus propósitos ideológicamente neutral. Ello depende del hecho de que no fijan su vista en los delincuentes, ni como individuos ni como categorías tipológicas, sino en la generalidad de los asociados, no atribuyendo sin embargo valor de un modo apriorístico -como hacen las doctrinas de la prevención positiva- a la obediencia política de éstos a las leyes" (1995: 276).

El autor italiano añade que su utilitarismo se conecta directamente con la tradición ilustrada que teorizó, con gran firmeza, la separación entre el derecho y la moral. Ferrajoli distingue dos subgrupos: (a) las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del "ejemplo" ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo con la "condena"; (b) las de la intimidación dirigida también a la generalidad, pero por medio de la "amenaza" de la pena contenida en la "ley" (ibídem).²³

Se ha dicho que esta teoría de justificación de la pena dirige su atención a la sociedad como "conjunto de delincuentes en potencia" (Jaén Vallejo 1993: 30), intentando evitar que sus miembros delincan. Bajo esta perspectiva, la pena es contemplada como una amenaza dirigida al ciudadano para que éste se inhiba de cometer delitos.

Al respecto destaca Jakobs lo siguiente: "... también se encuentra en la prevención general la idea de que la misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de

²² En esta línea estarían los trabajos de Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Beccaria, Bentham, Filangieri y, en general, los pensadores iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII (Ferrajoli 1995: 276).

²³ Ferrajoli señala aquí las concepciones de la pena elaboradas por Feuerbach, Romagnosi, Pagano, Schopenhauer y Carrara, entre otros (1995: 277).

la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor" (1995: 26).

En el Antiguo Régimen, dicha función era desempeñada por el *momento de ejecución de las penas*, el cual normalmente tenía un carácter público y un contenido altamente afflictivo. Posteriormente, a partir de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, aquella función intimidatoria se trasladó al *momento de la conminación legal* (Mir Puig 1996).

En efecto, esta versión de la prevención general consiste en conminar o amenazar con la futura imposición de una pena, la realización de acciones consideradas delictivas. Es decir, se trata de inhibir los posibles impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados. Para Feuerbach, la pena actuaría como "coacción psicológica" en el abstracto *momento de la conminación legal*; por su parte, *la ejecución penal*, confirmaría la seriedad de la amenaza legal.

Jakobs, cuando examina la teoría de la "coacción psicológica" de Feuerbach, destaca que éste partía de que todas las contravenciones de la ley parten de la "sensualidad", del "apetito" del hombre, que se ve impulsado a la comisión por el placer en (o procedente de) la acción. Y, al no poderse impedir a los sujetos a través de la coerción física la ejecución de los hechos, "no le queda al Estado otro medio que intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad (...) y neutralizar el estímulo sensorial mediante otro estímulo sensorial (...). Se neutralizan los impulsos hacia la acción cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la infracción seguirá un mal mayor (...). Esta conciencia se le transmite al ciudadano al amenazar una ley con el 'mal mayor', la pena" (Feuerbach citado por Jakobs 1995: 26).

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que para Feuerbach (como buen kantiano); la "efectividad" de la pena es algo secundario (de no serlo así, y ha de recordarse aquí lo dicho a propósito del idealismo alemán, se abusaría del reo como simple medio para el provecho de otros). En efecto, al constituir la utilidad un efecto secundario de la pena, ésta acaba fundándose absolutamente: "la pena es la consecuencia jurídicamente necesaria del delito" (Feuerbach citado por Jakobs 1995: 26-27). Así, concluye Jakobs, debe permitirse vincular lo útil con lo necesario en términos absolutos y configurar de un modo más impresionante la realización de la conminación penal (ibídem).

Pese a ello, el propio Jakobs abre el capítulo de las críticas a esta visión. En primer lugar, señala que en la teoría de Feuerbach, "el doble valor de la punición no está nada claro" (1995: 27). Argumenta que, como muestra de que la conminación legal va en serio, la punición debe actuar conforme a fines, mientras que si la pena va dirigida al autor debe ser ajena a fin alguno.

Sin embargo, Jakobs admite que el modelo de Feuerbach "ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un 'objeto de los derechos reales' (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones ('coacción psicológica' de la

conminación penal) y se vincula estrechamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del comportamiento con anterioridad al hecho)" (1995: 27). De todos modos, pese a estos reconocimientos, el mismo autor concluye manifestando que el modelo tiene defectos que lo hacen inservible, al no basarse los hechos en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia "jurídicamente" necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta la probabilidad "efectiva" de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo cual podría dar lugar a una diferencia importante (ibídem).

Asimismo Jakobs señala que, desde la base, la teoría de la prevención general negativa parte de un equívoco: "... mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio del hecho; pero éste es independiente del daño social que el hecho produce" (1995: 28).

También se han señalado otras objeciones a esta teoría. Por una parte, la misma permitiría elevar las penas de modo indefinido para lograr así su mayor efecto intimidatorio (Roxin ob. cit.: 18). Para evitar que ello suceda, la prevención general necesitaría un correctivo que no puede extraerse de su propia lógica (ejemplo: la culpabilidad por el hecho).

Por otra parte, se ha observado que desde un punto de vista empírico es científicamente indemostrable el pretendido carácter intimidatorio de la prevención general negativa. Como indica Roxin, "cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general" (ob. cit.: 18).²⁴

Finalmente, argumentos de índole éticos han sido también objetados al indicarse que difícilmente pueda ser compatible con la dignidad humana castigar a alguien por cuanto puedan hacer los demás, es decir, servir de ejemplo o instrumento para los demás. En relación con ello, resulta muy interesante la observación que Hassemmer efectúa a propósito de lo que él denomina "reinserción mediante la intimidación": se refiere a los intentos realizados, por ejemplo en Estados Unidos, para utilizar la ejecución penal no como un medio que ayude a la resocialización del transgresor, sino como instrumento de intimidación mediante un agravamiento generalizado de las condiciones de encarcelamiento (1986: 104-105). En tal visión, la intimidación se verifica "a costa de" (a pesar de) la reinserción.

En tal sentido, Octavio de Toledo y Ubieto precisamente destaca que la crítica más inmediata que despierta el planteamiento clásico de la preven-

²⁴ Por otra parte, el ejemplo de la pena de muerte puede aquí ser útil. Como es sabido, allí donde la misma ha sido implementada no se ha logrado (o al menos no ha podido demostrarse) una disminución siquiera de los delitos para los cuales está prevista.

ción general es la misma que, como ya se ha visto anteriormente, expresaran Kant y Hegel: que comporta la instrumentalización del hombre, el desprecio de su dignidad, su cosificación al entenderlo como simple medio para el logro de un fin útil (Octavio de Toledo y Ubieto 1981: 206-207).

3. 2. 2. La prevención general positiva

Hassemer (1984) ha señalado que tanto la prevención-intimidación como la coacción psicológica y, asimismo, la resocialización, no constituyen fines verdaderamente alcanzables. La función de la pena, según este autor alemán, ha de consistir en la reacción estatal frente a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social; esto es, la afirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales.

Como indica Pérez Manzano, Hassemer llega a la teoría de la prevención general positiva desde la crítica de la teoría de la pena tradicional y de la ciencia del Derecho penal (criticando la dogmática penal por su "aislamiento") y, en especial, remarca la excesiva abstracción con la que se desarrolló el debate en torno a los fines de la pena y su falta de base empírica. "Para superar estas críticas, postula la orientación del Derecho penal y la pena a sus consecuencias, su puesta en relación con la sociedad en la que se aplica" (1986: 268).

Por su parte, Jakobs indica que la tarea del Derecho penal ha de consistir en el mantenimiento de la norma como modelo orientador del contacto social: "... así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona (...). Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo" (1995: 9-10).

En esta perspectiva, el significado de la pena ha de ser el rechazo de la desautorización de la norma y se ha de llevar a cabo "a costa" del que la ha quebrantado, pues éste, con sus actos delictivos ha creado un "conflicto social en la medida en que pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación" (Jakobs 1995: 13). Por ello, "no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma" (ibídem).

En este contexto que, como se ve, afianza el valor de las normas, Jakobs continúa indicando que la protección (penal) tiene lugar reafirmando al que confía en la norma. Y vuelve a señalar que "la reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos aún se trata de

cualquier pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor" (1995: 18). De este modo, los destinatarios de la norma no son las personas que potencialmente pueden convertirse en futuros autores de delitos (finalidad que la pena sí cumpliría en la prevención-intimidación), sino "todos". Y ello porque, en esta línea, continúa señalando el autor alemán, la pena producirá tres efectos: 1) será útil "para ejercitarse en la confianza hacia la norma"; 2) será útil "para ejercitarse en la fidelidad al Derecho"; y 3) será útil "para ejercitarse en la aceptación de las consecuencias"; todo lo cual, sintetiza ahora Jakobs, puede resumirse en el ejercicio en el reconocimiento de la norma: "... dado que tal ejercicio debe tener lugar en relación con todos y cada uno, en el modelo descrito la función de la punición estatal es la de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma (la llamada prevención positiva general o colectiva -es decir, no sólo intimidatoria-)" (1995: 18).

Y para que no queden dudas en torno a la función asignada a la pena, Jakobs concluye indicando que sólo "secundariamente" esa pena puede llegar a impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Esos efectos "secundarios" son, para el autor alemán, "algo que cabe desear por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos" (1995: 19).

Como se ve, en esta visión preventivo-general positiva, la imposición de la pena ha de servir para las siguientes funciones:

- ratificar constantemente la efectiva vigencia del orden jurídico-penal;
- reforzar así la confianza general en torno a la vigencia de las normas;
- fomentar los lazos de solidaridad social frente a los posibles infractores;
- afianzar la confianza institucional en el sistema, así como la fidelidad al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, cada vez que una pena es impuesta, la norma es restablecida.

Armin Kaufmann (1977), por su parte, atribuye a la prevención general positiva tres funciones:

- una función informativa en torno a lo permitido y lo prohibido;
- una función dirigida a reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico para imponerse;
- una función de crear y de fortalecer en los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho (y no una actitud moral).

Ahora bien, llegado este punto, y para comprender acabadamente las formulaciones de las teorías de la prevención general positiva (como una de las últimas legitimaciones de la pena), es preciso situarlas en el contexto en el cual éstas han sido formuladas.

Cuando las corrientes sociológicas penetraron en el análisis del delito y de la pena, hizo su aparición la "teoría de los sistemas", como variante del funcionalismo (Pérez Manzano 1986). La teoría de los sistemas introduce un

lenguaje y un método de análisis de los fenómenos sociales que es complejo y ha de ser explicado para comprender cómo, posteriormente, se construyó la formulación de Jakobs sobre la teoría de la prevención-integración.

La teoría de los sistemas se originó en los años de la década de 1940 como un intento de superación de la contraposición entre un paradigma mecanicista de explicación de la realidad y del paradigma holístico. Como indica la citada autora, una de las definiciones más usadas sobre el concepto de "sistema", señala que éste es un "conjunto de objetos más las relaciones entre los objetos y entre sus atributos" (1986: 45), siendo los objetos las partes del sistema, los atributos sus propiedades y las relaciones las que posibilitan la noción de sistema en la medida en que mantienen las partes unidas en el mismo. Pero el concepto de sistema se articula sobre la base de otros elementos auxiliares: *estructura*, como organización interna de sus elementos, y *función*, como la conducta e interrelaciones del mismo con el exterior.

En esa perspectiva global, Luhmann (1983a y 1983b) se ocupó de investigar el Derecho a través del campo sistémico. Este autor señala que, en el interior de un sistema social, la convivencia está organizada en procesos interactivos entre sus miembros que se denominan "expectativas": cada individuo esperaría así que los demás se comporten conforme a las reglas sociales (expectativas de conducta) y viceversa (expectativas de expectativas). De ese modo, cuando la expectativa es incumplida o violentada se produciría una frustración en el sujeto expectante que se transforma en un "conflicto social". Al producirse la frustración señalada, dicho sujeto tiene, según esta teoría, dos posibilidades: a) adaptar sus expectativas a la frustrante realidad (para no volver a frustrarse en el futuro), o b) mantener sus expectativas inmodificadas. Aquellas expectativas en las que el conflicto surgido por su frustración se resuelven a costa del sujeto expectante, son denominadas por Luhmann como "cognitivas". En cambio, las expectativas cuya frustración no produce un cambio de las mismas, son por éste denominadas "normativas" (Pérez Manzano 1986: 46).

El Derecho, en esta visión, implica la institucionalización de un sistema de expectativas, regulando la convivencia social al disminuir el riesgo de conflicto que se originaría de no poder preverse las actuaciones de los otros y sus reacciones frente a las propias, "surgiendo un equilibrio consensual independiente del contenido valorativo de las expectativas" (Pérez Manzano *ibídem*). En tal sentido, se dice que *el Derecho contribuye a la creación y mantenimiento de consenso*. La solución del conflicto social producido por la frustración de las expectativas normativas, pasaría a ser canalizada mediante el mecanismo de imposición de sanciones, las cuales supondrían, en consecuencia, la declaración expresa de la frustración de la expectativa, partiendo de que el conflicto se resolverá "a costa del sujeto" frustratorio.

A partir de esta teoría sistémica, muy brevemente apuntada aquí, Jakobs efectúa toda una reformulación global de la teoría jurídica del delito y de la pena, mediante una fundamentación preventivo-general positiva del Dere-

cho penal. Como ya se ha apuntado, a partir de la concepción luhmanniana de Derecho como el conjunto de normas que crean expectativas de conducta, Jakobs concluirá con su afirmación de que la pena, como sanción jurídico-penal, contribuye a la estabilización de las expectativas (de los "contactos sociales", según su propia terminología).²⁵

Pese al pretendido carácter novedoso de la teoría de Jakobs, Baratta (1986) y Ferrajoli (1995) recuerdan que, en realidad, los antecedentes de la misma se encuentran en las posiciones durkheimianas, aunque desde hace algunos años han sido reelaboradas en un marco conceptual parcialmente nuevo que utiliza la teoría sociológica de los sistemas. "Dentro de esta dirección, representa un punto de llegada -hoy atentamente discutido- del desarrollo de la ciencia penal alemana de los últimos decenios (teoría de la 'integración-prevención')" (Baratta 1986: 83).

En efecto, es interesante observar que Durkheim ya había señalado hace más de un siglo, en su famosa obra *La división del trabajo social* (que data de 1893), funciones de la pena muy similares a algunas de las mencionadas. Al analizar lo que él denomina el "derecho represivo", señala en un párrafo lo siguiente: "... [la pena] no deja de desempeñar un papel útil. Sólo que ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se le ve. No sirve, o sirve muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común" (117-118).²⁶

Las *objeciones* que se han formulado a la teoría de la prevención general positiva provienen de distintos frentes. Por una parte se critica que suponga una vuelta al retribucionismo, puesto que al criticar a la resocialización no se responde al problema del fin que tiene la ejecución de las penas. Baratta señala que la crítica a la resocialización no va acompañada de la creación de instrumentos alternativos a los del Derecho penal (1984).

Pero, además de ello, el autor italiano advierte que la crítica a estas teorías no puede consistir en su contestación desde el punto de vista de su adecuación a la realidad que efectivamente reflejan, "sino que debe fundamen-

²⁵ Para una crítica a los planteamientos del "neutralismo funcionalista o sistémico", ver Octavio de Toledo y Ubieto (1990).

²⁶ Al respecto, Ferrajoli recuerda que Durkheim nunca pretendió justificar la pena sino tan sólo ofrecer una explicación en torno a la misma. Por otra parte, el autor italiano indica que tampoco estas doctrinas son nuevas: "... sus antecedentes pueden verse en las teorías 'expresivas' o 'denunciatorias' de la pena de Stephen y de Lord Devlin y, fundamentalmente, en la doctrina 'realista' de Gabriel Tarde, que a finales del siglo pasado fundamentó el utilitarismo penal precisamente en el valor que socialmente se atribuye a los factores irracionales de la indignación y del odio provocados por el delito y satisfechos por la pena" (1995: 275).

tarse en la elaboración de un discurso crítico sobre la propia realidad, esto es, sobre los mecanismos generados por el sistema punitivo y sobre la 'normalidad' que ella representa y garantiza" (1986: 85). Al hablar de "normalidad", Baratta tiene en cuenta tanto la que se deriva de una moralidad dominante, como la que surge de las relaciones sociales y de poder existentes en una sociedad.²⁷ En similar sentido, Ferrajoli objeta que a estas doctrinas acompañan generalmente modelos de "Derecho penal máximo" e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona.

También Bustos Ramírez presenta sus objeciones a la aspiración funcionalista de producir consenso. Señala este autor que "estamos ante una sociedad en la que si bien cada vez con mayor nitidez se ha desplazado la dependencia personal, en cambio cada vez más se acentúa la dependencia de las cosas: mantenimiento de la sociedad de consumo, de la relación capital-trabajo. Ahora bien, el consenso a obtener es respecto de esta dependencia; ella es elevada a razón de Estado, este último tiene por función lograr su mantenimiento. Desde tal punto de vista, el individuo aparece de partida sometido a tal consenso y producto de él" (1982: 129).

En esa dirección, Hegglin añade que "Jakobs no escucha las críticas. Por el contrario, insiste en concebir al Derecho penal como una forma de estabilizar normas, sin tener en cuenta el contenido de esas normas. En consecuencia, justifica al Derecho penal y, por consiguiente, a la pena, aun cuando con su ejecución se esté llevando adelante una política irracional y totalitaria" (1997: 140).

Por otra parte, Mir Puig destaca que "ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma" (1986: 50; 1996: 50-52).

Pero también se señala que la prevención general positiva no impide "aunque no exija" un desarrollo adecuado en fase de ejecución penal, del tratamiento dirigido a la reeducación y a la reinserción social. En relación con ello, Bacigalupo opina que la teoría de la prevención general positiva posee el mérito de no generar falsos optimismos en relación con las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y de este modo, origina una discusión sobre las alternativas reales a esta pena (1990: 24-25).

Como se ve, la prevención general positiva posee diversas interpretaciones, favorables unas y críticas otras. Mir Puig destaca que estas diferencias interpretativas responden a la existencia de distintas orientaciones y formu-

laciones de la teoría (1986: 51). Así, este autor señala cómo esta teoría ha sido defendida por algunos como legitimante de una ampliación de la intervención del Derecho penal,²⁸ y cómo puede ser útil para todo lo contrario; esto es, para poner freno a la prevención general intimidatoria y/o prevención especial (1986: 51; 1996: 50-52).

En esta segunda dirección, Mir puig señala, entre otros, los trabajos de Hassemer y Roxin (ob. cit.: 53). Para el primero, partiendo de la idea que el Derecho penal es tan sólo uno de los instrumentos del control social -eso sí, el más "formalizado"-, su intervención ha de ser siempre muy respetuosa de los derechos del individuo objeto del control. "La función de la pena es la prevención general positiva" (1982a: 137 y ss.) y, sin operar mediante la intimidación, ha de perseguir la protección efectiva de la conciencia social de la norma.²⁹

Por su parte, Roxin también utiliza esta teoría para intentar "limitar" la intervención punitiva. Como indica Mir Puig, el autor alemán entiende que "la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena del Código alemán, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa (...). Roxin llama a la prevención general positiva 'prevención general compensadora' o 'integradora socialmente' y es aquella que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el derecho, lo cual se consigue respetando el límite de la culpabilidad" (1986: 55).

Pérez Manzano señala que, para Roxin, el verdadero efecto que puede provocar la prevención de integración es el que se corresponde con una función de "pacificación del sentimiento jurídico", la restauración de la paz jurídica perturbada por el delito y el aspecto que le ha permitido mantener la

²⁸ Indica Mir Puig al respecto: "... la primera tendencia enlaza con una tradición que confiere al Derecho penal la misión de conformación de valores morales en la colectividad. Pero el antecedente más inmediato se encuentra en Welzel y en su concepción de la función ético-social del Derecho penal (...). Según esto, el Derecho penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético social del ciudadano, en su actitud interna frente al derecho. Ello supone una misión que amplía el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el Derecho penal" (1986: 51-52).

²⁹ Hassemer desarrolla esta idea señalando que "ya que el Derecho penal no actúa aisladamente, sino más bien dentro de un sistema total de control social (cuyo ámbito parcial formalizado es el Derecho penal), una teoría jurídico penal de la prevención general tiene que considerar los efectos recíprocos entre Derecho penal y otras instancias de control (familia, ambiente profesional, escuela, etc.). Efectos saludables mediante el Derecho penal no son, pues, sólo la intimidación (de autores de cálculo racional), sino la influencia positiva a largo plazo de normas sociales; esta influencia se puede lograr, antes que con política de intimidación que tiende a la agravación, con una política del Derecho penal y procedimiento penal humana, de Estado de Derecho, que considere los derechos de los participantes" (1986: 105).

²⁷ Al respecto, destaca Baratta que la función de castigar sirve aquí, en realidad, como el "chivo expiatorio" mediante cuyo sacrificio se lleva a cabo la representación del orden existente y el restablecimiento de la seguridad de todos los asociados bajo una "normalidad" en la cual el sujeto humano -y no solamente en el papel del condenado- es un elemento funcional y no el fin (1986: 89).

prevención general dentro de los límites de la pena adecuada a la culpabilidad" (1986: 19). Así, la prevención integradora puede cumplir la función limitadora de las necesidades preventivas; es decir, se concibe como límite a la prevención de intimidación y a la prevención especial.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en Roxin, quien entiende que la pena adecuada a las necesidades de prevención de integración se corresponde con la pena todavía adecuada a la culpabilidad: "... para las necesidades de prevención general socialmente integradora basta ya totalmente con la más benigna pena compensadora de la culpabilidad, y una prevención de intimidación que va más allá no está prevista por la ley y es además rechazable por razones político-criminales" (Pérez Manzano 1986: 22). Así, la necesidad de estabilizar la confianza en el ordenamiento perturbado por el delito, se convierte en contenido de la culpabilidad y en criterio de su medición.

De acuerdo con este planteamiento, puede otorgarse a la prevención de integración una *función co-fundamentadora de los supuestos de exclusión de la responsabilidad individual* (prevención general positiva en la fundamentación, también, de la imputación subjetiva).

Para Roxin, los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que se denomina *culpabilidad* y que él prefiere llamar *responsabilidad*, pues, "para determinar si se ha de imponer una sanción a un autor concreto no basta con sólo determinar su culpabilidad —en los términos en que se entiende tradicionalmente, es decir, si el autor pudo obrar de otra forma—, sino que hay que determinar si además, político-criminalmente, es necesario el castigo. La prevención de integración será el criterio que sirva a la integración sin antinomias entre culpabilidad y prevención" (Pérez Manzano 1986: 23).

El tema relativo a las relaciones *culpabilidad-prevención* no es nuevo. Por una parte, se ha defendido la *funcionalidad preventiva de la pena retributiva* (esto es, pena adecuada a la culpabilidad), y por otra parte, se ha argumentado que *el criterio para determinar si hay culpabilidad* (y por tanto, si se ha de imponer la pena), *es la propia necesidad preventiva*.

Así, Pérez Manzano (citando los trabajos de Noll) señala que "la relación con la culpabilidad se establece en tanto ésta se concibe como *decisión contra la norma jurídico-penal a pesar de la capacidad de reaccionar a favor de las exigencias normativas*" (1986: 31).

Como es sabido, desde un punto de vista histórico, el principio "no hay pena sin culpabilidad" fue enunciado en el siglo XVIII, dentro del pensamiento liberal como derivado del principio de legalidad. Este principio supone la puesta en relación de la consecuencia jurídica —la pena— con un presupuesto —la culpabilidad—, de modo tal que para poder imponer aquella ha de existir ésta.³⁰ Consecuencia de ello es la exclusión de la responsabilidad objetiva (Bacigalupo 1973, 1990).

³⁰ En este sentido, conviene recordar el contenido de la sentencia dictada en 1952 por el BGH que cita Pérez Manzano: "... pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es re-

Sistematizando las funciones atribuidas por Roxin al principio de culpabilidad, pueden distinguirse:

- a) una función de subjetivación histórica de la responsabilidad, identificada con la primitiva exigencia de exclusión de la responsabilidad objetiva;
- b) una función de fundamentación dogmática de la pena (fundamentación diferenciada de la pena respecto de la medida de seguridad, de imputación a su autor como culpable del hecho y de exclusión de la pena);
- c) una función de límite del poder punitivo estatal como reguladora de la medición de la pena (Pérez Manzano 1986: 56 y ss.).³¹

4. Las denominadas teorías "mixtas"

Este tercer grupo de teorías fundamentadoras de la pena está integrado por las llamadas *teorías de la unión* que intentan combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Ahora bien, Jakobs indica que, con el término "combinación", no se quiere aludir a una simple "acumulación" de varias teorías ya que "la acumulación, en el ámbito de fines divergentes de los modelos combinados, conduce a la indeterminabilidad de la pena" (1995: 35).

Estas teorías surgieron a principios del siglo XX en Alemania como resultado de las enconadas discusiones entre partidarios de las teorías absolu-

prochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor que se ha decidido por el injusto a pesar de que podía haber actuado conforme a derecho, de que podría haberse decidido por el derecho. El fundamento interno del reproche de culpabilidad reside en que el hombre reviste autodeterminación moral, libre y responsable y por ello está capacitado para decidirse a favor del derecho (...). Al principio de que toda pena (...) presupone culpabilidad, le corresponde rango constitucional. Está fundado en el principio del Estado de Derecho (...). Al carácter de Estado de Derecho pertenece no sólo la seguridad jurídica, sino también la justicia material. La idea de justicia exige que el tipo y la consecuencia jurídica mantengan una relación de justicia material. La pena, se reconoce por contraposición a una medida puramente preventiva, en que persigue represión y retribución de una conducta prohibida jurídicamente. Con la pena se muestra al autor una infracción jurídica y se le reprocha. Tal reproche jurídico-penal presupone culpabilidad jurídico-penal" (1986: 86-87).

³¹ La autora citada distingue de la idea de culpabilidad dos aspectos: como fundamento de la pena y como su medida. En el primer nivel la culpabilidad tiene la función bien de justificar, bien de excluir la pena. En el segundo nivel, se trata de la síntesis de los momentos significativos para la magnitud de la pena en el caso concreto. De todo ello, la autora infiere que: a) no se es culpable por la personalidad o por un modo de ser, sino por lo que se hace; en consecuencia, la culpabilidad lo ha de ser por el hecho aislado; b) no es posible mantener un sistema punitivo basado en criterios exclusivamente preventivos sin violar la dignidad humana, al instrumentalizar al individuo; c) es necesario vincular la imposición de una pena a la participación interna del sujeto en el resultado antijurídico; d) para imponer una pena es necesario que el hecho antijurídico pueda serle imputado subjetivamente a su autor (1986: 69-70).

tas y las relativas. Precisamente, esa "lucha de escuelas" (Mir Puig 1986: 49; 1996: 56 y ss.) motivó que de las discusiones entre los partidarios de la pena retributiva y quienes abogaban por orientaciones utilitaristas, surgiera un "compromiso por las teorías eclécticas, que combinaron con distintos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial" (ibídem).³²

Octavio de Toledo y Ubieta precisa que con la denominación de "teorías de la unión" se designan las soluciones eclécticas que intentan acoger los que han sido considerados como aspectos válidos de las teorías absolutas y relativas. Citando a Jescheck, Octavio de Toledo y Ubieta señala que "tal unificación se intenta no como una elemental superposición de principios, en tantos puntos enfrentados y de tan diversa genealogía, sino a partir de la reflexión práctica de que la pena desempeña una pluralidad de funciones, no cabe duda de que en las teorías mixtas puede detectarse fácilmente la presencia de una tensión interna entre sus componentes" (1981: 217).

Se parte de entender que, tanto la retribución como la prevención general y también la especial, suponen en realidad aspectos diversos del complejo problema representado por la pena. Ahora bien, Mir Puig expresa que, semejante planteamiento entraña la admisión de una relación de tensión entre principios que se acepta pueden resultar contradictorios. "Se reconoce la posibilidad de las llamadas 'antinomias de los fines de la pena'. Según ello, lo que puede resultar aconsejable para la prevención general puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad y ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial" (ob. cit.: 50).

Así, en esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad (idea de pena "justa") pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito (idea de pena "útil"). En consecuencia, la única pena legítima sería aquella que, al mismo tiempo, reúna ambas características: ser a la vez, pena justa y pena útil. Pese a esto, en realidad, dentro de este grupo de teorías existen dos direcciones.

La primera subraya la idea de "justicia" por encima de la de "prevención o utilidad". Ella fue la que inspiró el proyecto gubernamental alemán del nuevo Código Penal de 1962 (Roxin 1992: 12-13). En efecto, se parte aquí de la idea de que la función de protección de bienes jurídicos, correspondiente al Derecho penal, debe basarse en una retribución justa concediendo a los fines de prevención, en la determinación de la pena, un papel complementario que queda encuadrado en la idea retributiva.³³

La segunda dirección de este grupo de teorías se orienta preferentemente a la utilidad (a la prevención). Bajo esta perspectiva, a la retribución sólo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias preventivas impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida. Pero, además, esta línea permitiría disminuir e, incluso, prescindir de la pena, por debajo de lo que exigiría la retribución: en síntesis, de lo que se trata es de encontrar soluciones útiles que no sean injustas. Esta perspectiva alimentó el Proyecto Alternativo alemán de Código Penal que, en 1966, fue opuesto por un grupo de profesores como alternativa al proyecto gubernamental de 1962.

En esta posición, la cual viene a rechazar la retribución como fundamento de la pena, se resalta el aspecto de protección de la sociedad y de los bienes jurídicos, así como la reincorporación del sujeto a aquélla. Indicaba el parágrafo 7 del Proyecto Alternativo que "el fin de la ejecución de la pena es fomentar la reinserción del condenado en la comunidad" (Jaén Vallejo ob. cit.). Por otra parte, el comentado proyecto suprimía totalmente las penas privativas de libertad de corta duración y, pese a mantener el sistema dualista, introducía el "principio vicarial" (el cual indica que las medidas privativas de libertad deben siempre cumplirse antes de la pena, computándose sobre ésta).

Como indica Jaén Vallejo, dentro de esta segunda dirección de las teorías mixtas "se procura una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, pero con el menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual" (ob. cit.: 39).

Pese a ello, Zugaldía Espinar objeta que al tratar de compaginar lo incompatibles, atraen hacia sí los inconvenientes de las teorías absolutas y de las relativas, debido a que la pena justa puede ser normalmente inútil y la pena útil puede ser injusta (1990: 67).

Octavio de Toledo y Ubieta agrega que, sobre la premisa de las denominadas "teorías de la unión", se construyeron las llamadas "teorías mixtas", "cuyas versiones más elaboradas son las que en Alemania han recibido el nombre de *teorías del 'espacio de juego'* o *teorías 'del marco'*". Tal 'espacio' es el acogido por una pena que siendo proporcionada a la culpabilidad permita el que se lleven a cabo las funciones preventivas" (1981: 217). Recordando a Baumann, Octavio de Toledo y Ubieta precisa que las funciones preventivas pueden aconsejar la imposición de una pena hasta el límite que supone la proporción con la culpabilidad, nunca por encima de él, pero sí por debajo del mismo: tal sería el "marco" de pena en que ha de desenvolverse la medición de la misma. "En ese sentido, la retribución se constituye en el límite máximo de la prevención: límite que no puede rebasarse por razones preven-

bilidad del autor, sino también en la afirmación del orden jurídico. Además, sirve a determinados fines político-criminales, en especial al fin de prevenir futuros delitos" (1996).

tivas, pero que no opera sobre aquellas de esta índole que fundamenten la imposición de una pena menor, o incluso el que se acuda a un sustitutivo penal" (Octavio de Toledo y Ubieto 1981: 218).

Por su parte, Roxin elaboró la denominada *teoría dialéctica de la unión*, la cual pretende alcanzar una síntesis de los diversos puntos de vista. El modo en el cual se alcanzaría dicha síntesis consiste en atribuir a la pena diversas funciones según el momento de que se trate: 1) el momento de la conminación legal; 2) el momento de la determinación judicial; y 3) el momento de la ejecución (1973, 1976, 1981).

En el primer momento de la conminación legal (*fase de individualización legislativa*), la pena ha de tener la función de proteger bienes jurídicos, lo cual sólo puede realizarse a través de la prevención general intimidatoria. El legislador, al establecer la pena abstracta, no puede considerar circunstancias relativas al autor concreto de los futuros delitos.³⁴

En el segundo momento de la determinación judicial de la pena (*fase de individualización judicial*), ésta ha de ser útil para complementar la prevención general; es decir, al imponer el juez la pena, reafirma la seriedad de la amenaza legal anterior. Mir Puig indica que pese a ello, "en la medición de la pena, el juez debe someterse a una limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor" (1996: 60), bajo riesgo de acabar utilizando al autor como medio para lograr fines sobre otros. En el mismo sentido, Roxin señala que ello puede evitarse cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone sólo según la medida de su persona (1976: 27).

Por otra parte, esta aplicación judicial de la pena serviría también a la prevención especial al tratar de determinar individualizadamente la pena concreta que se impondrá al autor del delito ya cometido. Pese a ello, evidentemente, la propia existencia de este segundo momento —de determinación judicial de la pena— constituye un ejemplo del fracaso del momento anterior pues, pese a la conminación legal, el sujeto ha delinquido.

Finalmente, en el momento de su ejecución (*fase de ejecución de la pena*), ésta ha de servir a los anteriores fines, pero orientada a la resocialización del infractor, en clave preventivo-especial.

Parece aquí importante destacar la posible combinación que Jakobs apunta entre la teoría de la prevención general positiva con ciertos elementos de la prevención especial. Este autor indica, a propósito de la primera de las teorías mencionadas, que ésta "no se extiende a cada sector del proceso punitivo en su totalidad, sino que deja algunos huecos para configurar, que

³⁴ "Al ser la ley anterior al delito, no podría ser medio de retribución del mismo, ni de prevención especial del delincuente. La ley penal sólo puede, pues, dirigirse a la colectividad intentando la prevención general, pero no como finalidad vacía, sino sólo como instrumento al servicio de la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales" (Mir Puig 1996).

pueden ser colmados con otras teorías, pero a un nivel inferior, viniendo en consideración como teoría subsidiaria sólo la prevención especial, pues las teorías de la retribución y la de la prevención general negativa han de desecharse. Como principal consecuencia, la ejecución de la pena, globalmente, a la que la teoría de la prevención general positiva no aporta nada, ha de configurarse lo más eficazmente posible desde el punto de vista preventivo especial" (1995: 35).

Reconoce Jakobs que la prevención general positiva nada aporta al cálculo del *quantum* de la pena a determinar, pues esa teoría sólo indica un "marco" formado por la reacción y ese "marco", agrega el autor, puede completarse desde la prevención especial mientras sean posibles medidas eficaces. De este modo, concluye, "no se debe traspasar la medida mínima de la reacción que ya puede tomarse en serio. Los detalles constituyen el objeto de la teoría de la determinación de la pena" (1995: 36).

Por otra parte, dentro de estas teorías mixtas, Bustos Ramírez señala los trabajos de Callies como "más innovadores aún" que las propuestas de Roxin, pues aquél no parte de la pena misma sino del *sistema penal* como tal, para averiguar las funciones de la pena. "La pena, en cuanto es parte de un sistema dialogal, entre el yo, el *alter* y un tercero, tiene entonces como función regular esta interacción. Al hacer esto lo que en el fondo protege es la posibilidad de la participación, la confianza en el sistema, a pesar de la infracción, y al mismo tiempo crea posibilidades de participación, que sería el sentido de la resocialización" (1982: 177). De todos modos, objeta Bustos Ramírez, el planteamiento de Callies, por su propia base teórica (el interaccionismo simbólico), resulta demasiado formal y es más una aspiración que un claro sistema de garantías (ibídem).

Finalmente, y dentro de las teorías que se están examinando, cabría hacer mención de la *teoría diferenciadora* de Schmidhäuser. Como Octavio de Toledo y Ubieto indica a propósito de ella, en esta visión el sentido de la pena se diversifica cuando se examina desde la óptica de las personas e instituciones en cada uno de los momentos por los que atraviesa: "... para el legislador, aunque atiende a la Justicia para fijar la pena, ésta significa ante todo un medio de defensa de la colectividad, amenazada por la ejecución de hechos intolerables para su convivencia; quienes están encargados de perseguir el delito han de averiguar los hechos y someter a sus autores a los tribunales operando con un criterio de igualdad; el juez penal impondrá la pena conforme a la Justicia, pero en el marco de la pena 'justa' atenderá a los fines preventivo-especiales; para los que ejecutan la pena, ésta tiene en la actualidad el sentido menos aflictivo y más resocializador posible; finalmente, para el penado, si acepta o asume la pena, ésta puede tener un sentido doble: liberarle de su culpa y reconciliarle con la sociedad; incluso para la sociedad tiene la pena el sentido de reconciliación con el delincuente" (Octavio de Toledo y Ubieto 1981: 221).

c) porque, finalmente, el hombre mismo ha dejado de ser considerado como un ente genérico o abstracto para ser analizado según sus diversas formas de estar y desenvolverse en la sociedad: como niño, como anciano, como enfermo, etc. Y para ello, se han utilizado diversas variables tales como el sexo, la edad, las condiciones físicas, etc., que revelan diferencias específicas y por tanto, resaltan la necesidad de no consentir iguales tratamiento y protección.

Evidentemente, este planteamiento se halla muy distante de aquellos que consideraban a los hombres como entes abstractos o alejados de su espacio y de su tiempo histórico. Se trata ahora, de reconocer más bienes, más sujetos y más "estatus" de un único sujeto (Bobbio, *ibidem*). Es a partir de aquí, como señala Ferrari, de la constatación que los derechos humanos tienen una auténtica raíz social, cuando puede entonces avanzarse en la hipótesis de una "construcción social de los derechos del hombre" (1989: 172 y ss.).

En efecto, no se puede pensar que la autoridad política reconozca derechos que la sociedad –o ciertos movimientos sociales– no hayan previamente aceptado como tales y hayan luchado por el reconocimiento de los mismos: he ahí el verdadero origen de los derechos humanos.

Sobre este particular se volverá en repetidas ocasiones a lo largo del desarrollo de esta obra, en especial, en cuanto se refiere a la relación existente entre las luchas protagonizadas por los movimientos sociales –en este caso, de reclusos– y la aparición de nuevas cuotas de derechos fundamentales para éstos.

Capítulo V

Los derechos fundamentales de los reclusos en el ámbito internacional. I) La Organización de las Naciones Unidas

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Como afirma Morenilla Rodríguez,

"la internacionalización de la protección de los derechos humanos es un hecho histórico reciente que suele situarse generalmente en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, como efecto de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo antes y durante la guerra. Resultó entonces manifiesta la estrecha relación entre el Estado democrático de Derecho y el respeto a los derechos del individuo, entre el reconocimiento y protección de esos derechos y la estabilidad interna de un país, así como que la protección de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno –como desde el siglo XIX se venía creyendo–, sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y, a la postre, a la paz mundial" (1988: 15-16).

En este contexto, las potencias aliadas se reunieron en la Conferencia de San Francisco en 1945 –cuando se vislumbraba el final de la Segunda Guerra Mundial– y elaboraron la Carta de las Naciones Unidas (que se firmó el 26 de junio de 1945), estableciéndose la Organización de las Naciones Unidas para asegurar la paz internacional. En desarrollo de esta finalidad, el 10 de diciembre de 1948 fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que, tal y como dijo el presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas ese mismo día, "millones de hombres, mujeres y niños de todo el mundo, a muchos kilómetros de París y de Nueva York, puedan recurrir a este documento en busca de ayuda, guía e inspiración" (Amnistía Internacional 1988).

A pesar de tan esperanzadoras palabras, la tutela efectiva de los derechos reconocidos en la Declaración encontró varios obstáculos que se derivaban de diversos aspectos. En primer lugar, la Declaración carecía de fuerza obligatoria para los Estados. En segundo lugar, tampoco contaba con un sistema de protección internacional que pudiese garantizar su cumplimiento ante la fuerte resistencia de los Estados a renunciar a sus concepciones nacionalistas y, en consecuencia, a aceptar una forma de control supranacional de sus asuntos internos.¹⁶³ Además, el progresivo empeoramiento de las

NA CI II
Decl.
D.D.
HH.
↓
obstáculos

¹⁶³ Para un análisis detallado en torno al contexto histórico en el cual se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puede consultarse, por todos, la obra *Derechos fundamentales*, de Peces Barba (1980).

relaciones entre los antiguos aliados y la división del mundo en bloques, junto con las profundas desigualdades sociales, económicas y culturales, hacían muy difícil o ilusoria la idea del *Preámbulo* de la Declaración de 1948 orientada a que

"tanto los individuos como las instituciones (...), promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren (...) su reconocimiento y aplicación universales".

Pese a todo ello, la Declaración supuso la plasmación de toda una serie de derechos fundamentales y de garantías que, posteriormente y a través de distintos procesos, se han ido incorporando en textos normativos tanto internacionales como nacionales.¹⁶⁴ En el caso de España, por ejemplo, la Constitución de 1978 hace un expreso reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando estipula que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce habrán de interpretarse de conformidad con la Declaración (junto a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España).¹⁶⁵ Y, por aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1 y 2, ello vincula con los poderes públicos pudiendo cualquier ciudadano, en consecuencia, recabar la tutela de los derechos contenidos en la Declaración.¹⁶⁶

La Declaración de 1948 contiene un extenso catálogo de derechos fundamentales de la persona y, asimismo, establece una serie de garantías que tienden a la protección de aquéllos. Ahora bien, es importante señalar una limitación de tales derechos que, por lo que respecta a la privación de libertad, ya se observa en las disposiciones de la Declaración y que, posteriormente, será recogida por otras normas e interpretada por los organismos jurisdiccionales. Se trata de la posible restricción de los derechos fundamentales en aras de "satisfacer las justas exigencias del orden público" que se contempla en el art. 29.2. Si bien es cierto que dicha restricción encuentra a su vez un límite cuando se establece que "estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas" (art. 29.2 *in fine*), no deja de constituir un importante precedente que, posteriormente, será desarrollado en otras disposiciones normativas –y en decisiones jurisdiccionales– que vendrán a configurar una "devaluación" de toda una serie de derechos fundamentales para quienes se encuentran privados de su libertad. Quede, pues, apuntada esta restricción como primer antecedente (que ya se observa en la Declara-

¹⁶⁴ En este sentido, supone más una declaración "programática" que un conjunto de disposiciones de aplicación directa y obligatoria (Bobbio ob. cit.).

¹⁶⁵ Véase el art. 10.2 de la Constitución española de 1978.

¹⁶⁶ Ello se deduce de las disposiciones contenidas en el art. 53.1 y 2 de la Constitución española.

ción de 1948, tras el final de la Segunda Guerra Mundial) de las limitaciones que posteriormente se verificarán en orden a una tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Aclarada la limitación apuntada, es necesario efectuar una enumeración que, aunque señalada aquí de forma escueta, mencione los principales derechos fundamentales que la Declaración Universal consagra para el tema que aquí interesa:

- igualdad de todos los hombres (arts. 1 y 7);
- prohibición de discriminación por razón de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política, origen nacional y social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición (art. 2);
- derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona (art. 3);
- prohibición de la esclavitud (art. 4);
- prohibición de torturas y penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes (art. 5);
- derecho a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia contra las vulneraciones de derechos fundamentales (arts. 8 y 10);
- prohibición de detenciones y/o destierros arbitrarios (art. 9);
- derecho a la presunción de inocencia (art. 11.1);
- derecho a una defensa con plenas garantías (art. 11.1);
- principio de legalidad (art. 11.2);
- prohibición de injerencias arbitrarias en la correspondencia (art. 12);
- derecho de asilo en caso de persecución (art. 14.1);
- derecho a la libertad de expresión y de opinión (art. 19);
- derecho a recibir información y a difundirla (art. 19);
- derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20);
- derecho de sufragio (art. 21.3);
- derecho a la seguridad social (art. 22);
- derecho al trabajo (art. 23.1);
- derecho a igual salario por igual trabajo (art. 23.2 y 3);
- derecho al descanso, tiempo libre y vacaciones periódicas pagadas (art. 24);
- derecho a la salud y al bienestar (art. 25);
- derecho a la educación gratuita (art. 26);
- derecho a las artes y a la cultura (art. 27.1 y 2).

Quedan sin exponer otros derechos fundamentales que se encuentran en la Declaración Universal de 1948. Se han mencionado aquí, tan sólo aquellos que atañen más o menos directamente a la situación de la privación punitiva de la libertad. Posteriormente, se analizará la configuración jurisprudencial –europea y española– que los mismos han recibido cuando, en el estricto ámbito penitenciario, han sido negados o han entrado en litigio con las necesidades del régimen y el tratamiento penitenciarios. Las decisiones que al respecto han adoptado los diversos organismos jurisdiccionales –interpretando el reconocimiento de tales derechos, junto a las limitaciones que

Vincula-
los
Privac
Punitiva
de la
L.3

de los mismos ya se han señalado-, reflejan la implementación de una determinada cultura jurídica que, en lo que respecta al ámbito penitenciario, ha consolidado una "devaluación" de los derechos fundamentales de aquellas personas que están privadas de su libertad.

2. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955-1957)

2. 1. Análisis preliminar. Los antecedentes de la normativa penitenciaria internacional

Tal y como señala Bueno Arús,

"la idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de libertad, en el contexto de las corrientes reformistas del siglo pasado y principios del actual, procede de 1925, cuando Maurice Walles, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional (luego, Comisión Internacional Penal y Penitenciaria)" (1987: 11).

En 1929, esta comisión aprobó la primera versión de un Conjunto de Reglas para el Tratamiento de los Reclusos que, a su vez, desarrollaba criterios establecidos en los congresos penitenciarios internacionales. ⁽¹⁶⁷⁾ Estas Reglas, que tendían a

⁽¹⁶⁷⁾ Los congresos penitenciarios internacionales comenzaron a celebrarse, en Europa, en 1846 (en Frankfurt, Alemania). Posteriormente, la idea se extendió en América: en Estados Unidos se reunieron los de Baltimore, San Luis, Nueva York, New Port, Cincinnati (que fue el primero de los internacionales celebrado en América). Un año después de haberse celebrado el Congreso Europeo de Frankfurt, se reunió el de Bruselas y, posteriormente, con una periodicidad de cinco años aproximadamente, se fueron celebrando los de Londres, Estocolmo (donde en 1878 se constituyó la Comisión Penitenciaria Europea), Roma, San Petersburgo, París, Bruselas, Budapest, Berlín. En tales congresos se comenzó a debatir, a través de las ponencias que se iban presentando, la idea de fijar criterios internacionales para el tratamiento de los reclusos (en el contexto del positivismo correccionalista que iba emergiendo), entre otras cuestiones que se debatían en sus sesiones (legislación penal, arquitectura penitenciaria, delincuencia juvenil, etcétera).

Por lo que a España se refiere, puede apuntarse que, además de su progresiva participación en estos congresos internacionales, se reunió por primera vez en 1909 el Congreso Nacional de Valencia (posteriormente, los de La Coruña, en 1914, y Barcelona, en 1920). También en estas reuniones nacionales se debatió la necesidad de trabajar en aras de una uniformidad de criterios en materia de tratamiento de reclusos (por ejemplo: las ponencias sobre trabajo penitenciario del Congreso de Valencia; o aquellas que se refieren a la potestad disciplinaria de la Administración, en el Congreso de La Coruña; o las que aludían a la arquitectura penitenciaria, en el de Barcelona). Para un conocimiento más acabado en torno al material presentado y debatido en los mismos, puede consultarse la obra de Fernando Cadalso (1922: 831 y siguientes).

"indicar las condiciones mínimas que desde el punto de vista humanitario y social debe reunir el tratamiento de los reclusos" (Bueno Arús, ibídem),

fueron reelaboradas en 1933 y aprobadas por la XV Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el 26 de septiembre de 1934. Aquí ya se establecieron recomendaciones a los Estados miembros con el fin que adaptasen su legislación y prácticas al contenidos de estas Reglas.

Tras el final de la Segunda Guerra Mundial, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, por un lado, y las Naciones Unidas, por otro, coincidieron en la necesidad de proceder a una revisión de las Reglas, tras veinte años de haberse aprobado las primeras.¹⁶⁸ El 6 de julio de 1951, la Comisión finalizó la redacción del Proyecto de Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

A partir de aquí, se inició una fase de estudio de las mismas que concluyó con la resolución del Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 30 de agosto de 1955), en la que se pidió que las Reglas Mínimas -que anteriormente había aprobado- se transmitiesen a los gobiernos para que éstos las adoptasen. Finalmente, por Resolución 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957, el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó las Reglas Mínimas.

Desde entonces, tanto los Congresos quinquenales de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente como los distintos grupos regionales, han abordado la oportunidad y necesidad de revisar periódicamente estas Reglas con el fin de adaptarlas a la evolución de los tiempos.

2. 2. El análisis de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Las Reglas consisten en un conjunto de 94 recomendaciones detalladas en materia de locales, alimentación, servicios médicos, disciplina y sanciones, contacto con el mundo exterior, etc.⁽¹⁶⁹⁾ El objeto de las mismas se define en el apartado 1 de las Observaciones Preliminares de su texto:

¹⁶⁸ En este sentido, García Valdés apunta que "el movimiento europeo de reforma penitenciaria se vio favorecido por el enfrentamiento y la crítica de posguerra a los sistemas totalitarios del nazismo y el fascismo, por el resurgir del humanitarismo presente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y por el ambiente de cooperación internacional propiciado por la actuación de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa" (1989: 44).

⁽¹⁶⁹⁾ A propósito de las cuales Amnistía Internacional ha manifestado que "las normas intentan establecer lo que se acepta generalmente como buenos principios y prácticas en el tratamiento de los reclusos, pudiendo ser invocadas en todos los casos de detención o encarcelamiento" (1983: 90).

"... el objeto (...) no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos".

Por su parte, el punto 2 de estas Observaciones Preliminares establece que las disposiciones constituyen, en su conjunto, las condiciones "mínimas" que son admitidas por las Naciones Unidas para la organización de los centros penitenciarios y el tratamiento de los reclusos. Asimismo, la Regla 5, incisos 1 y 2 -de las Observaciones Preliminares-, hace referencia a los "reclusos juveniles" manifestándose que, si bien

"estas Reglas no están destinadas a determinar la organización de los establecimientos para delincuentes juveniles (...) de un modo general, cabe considerar que la primera parte de las Reglas Mínimas es aplicable también a esos establecimientos".

Se recomienda también que, "por lo general, no debería condenarse a los delincuentes juveniles a penas de prisión".¹⁷⁰

2. 2. 1. Las Reglas de aplicación general

En cuanto a estas normas (Primera Parte de las Reglas Mínimas), la primera estipulación que se observa es el principio de no discriminación por razón de "raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera" (R. 6.1). Se establece, además, el respeto por "las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo a que pertenezca el recluso".

A continuación, se desarrollan una serie de disposiciones que pueden ser agrupadas del modo siguiente:

La organización de los centros de reclusión

En primer lugar, se dispone la obligación de que en cada establecimiento se constituya un registro en el cual se consigne la identidad del interno, los motivos de su detención, la autoridad que dispuso el ingreso y el día y la hora en que se efectuó el mismo (y el de su egreso del centro). A continuación, se establece una estricta separación entre reclusos de diversas "categorías". Así, han de vivir separados los hombres de las mujeres ("... hasta donde fuere po-

¹⁷⁰ Para un estudio en torno a la estructura de las Reglas Mínimas de la ONU, puede consultarse el trabajo de García Basalo (1977: 519-591). En dicho trabajo el autor presenta, en columnas paralelas, el texto completo aprobado por las Naciones Unidas en 1955 y el adoptado por el Consejo de Europa en 1973.

sible"), los presos preventivos de los penados, los que estén presos por deudas de los detenidos por infracción penal, y los jóvenes de los adultos (R. 8).

Por lo que se refiere a las condiciones mínimas que han de observar las celdas, se dispone lo siguiente:

- las que se destinen al aislamiento nocturno "no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso" (R. 9.1) aunque "por razones especiales" puede haber hasta dos internos por celda;

- si se recurre a "dormitorios", éstos serán ocupados por reclusos "cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones" (R. 9.2);

- las celdas y dormitorios deben tener: suficiente "aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación" (R. 10); ventanas "para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural" (R. 11.a); la luz artificial no podrá ocasionar "perjuicio de su vista" (R. 11.b); las instalaciones sanitarias deben permitir que el interno satisfaga "sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente" (R. 12).

También se establecen estipulaciones referidas a la ropa y los objetos de los reclusos (R. 17, 18, 19 y 43), su aseo personal (R. 15 y 16), alimentación -"de buena calidad"- (R. 20.1), y educación física -especialmente para los internos más jóvenes- (R. 21).

En cuanto a los servicios médicos con que deben contar los centros penitenciarios, las Reglas Mínimas establecen que han de organizarse en íntima vinculación con los servicios sanitarios de la comunidad o de la Nación (R. 22.1). Se estipula la obligación de contar con especialistas en psiquiatría (R. 22.1) y odontología (R. 22.3). Especial cuidado se pone en la asistencia sanitaria de reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes (R. 23.1), recomendándose también la organización de guarderías infantiles para que las internas conserven a sus hijos (R. 23.2). En general, se dispone la obligación de la administración penitenciaria de velar por la salud física y mental de los reclusos (R. 25.1), estableciéndose una serie de mandatos para los médicos en las R. 25, 26, 32.1 y 52.1 y 2.

- El régimen disciplinario

En primer lugar, se consagra el principio de legalidad en la determinación de las conductas que constituyen infracciones disciplinarias; en el carácter y duración de las sanciones; y también, en cuanto a la autoridad competente para pronunciarse sobre las mismas (R. 29.a, b y c). A continuación, se consignan una serie de estipulaciones que, de modo resumido, pueden relacionarse de la siguiente manera:

- prohibición de la doble punición (R. 30.1), *ne bis in idem*;

- si bien se prohíben las sanciones "cruels, inhumanas o degradantes" (R. 31) - como las penas corporales o el encierro en celda oscura- se mantiene la sanción ("penas" es el término utilizado por las Reglas Mínimas) de "reducción de alimentos" que ha de ser controlada por el médico (R. 32.1);

- se establece la posibilidad de que el recluso se defienda, en un procedimiento disciplinario, por sí mismo o a través de un intérprete (R. 31.3);
- se prohíbe la utilización de esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza (R. 33) como sanciones (se permite su utilización como medios coercitivos, en ciertos casos que se especifican en la R. 34.a, b y c).

- Los derechos de los reclusos

El primero de los que se consignan es el derecho a una

"información escrita¹⁷¹ sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se les haya incluido, sobre las reglas disciplinarias del establecimiento y los medios autorizados para informarse y formular quejas; y cualquier otra información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones que les permitan su adaptación a la vida del establecimiento" (R. 35.1).

En ese sentido, se hace referencia al derecho de presentar peticiones o quejas "al director del establecimiento o funcionario autorizado para representarle" (R. 36.1); al inspector de prisiones (R. 36.2); a la administración penitenciaria central (R. 36.3) y a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente (R. 36.3).

El derecho a comunicación -"tanto por correspondencia como mediante visitas"- con su familia y con "amigos de buena reputación", se establece en la Regla 37. Por su parte, la Regla 38 consagra el mismo derecho para los reclusos extranjeros con las representaciones diplomáticas en el país.

En relación con la asistencia religiosa, las Reglas Mínimas parten del principio de "absoluto" respeto por la "actitud" que el recluso observe en este tema (R. 41.3). En este sentido, se ha de permitir siempre la comunicación del interno con el "representante autorizado de una religión" y, a la inversa, el recluso no puede ser obligado a entrevistarse con aquél si no lo desea.

- El personal penitenciario

Nueve Reglas se dedican a la selección, capacitación y LAS funciones del personal penitenciario, evidenciándose claramente la importancia que al mismo se le atribuye en la "función social" que ha de desempeñar (R. 46.1 y 2; y R. 50.2). Para ello se recomienda que tengan la condición de empleados públicos, que trabajen profesionalmente y con dedicación exclusiva, que posean un nivel intelectual "suficiente" y que realicen cursos de capacitación (R. 46.3; 47.1, 2 y 3). Se recomienda, asimismo,

"añadir al personal un número suficiente de especialistas, tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos" (R. 49.1).¹⁷²

¹⁷¹ La Regla 35.2 dispone que "si el recluso es analfabeto, se le proporcionará dicha información verbalmente".

¹⁷² La introducción de estos "técnicos" en las cárceles es una consecuencia del triunfo de la "ideología del tratamiento penitenciario" (Bergalli 1980). Desde la celebra-

- La inspección de los centros y servicios penitenciarios

Los inspectores han de ser designados por la autoridad competente, y deben acudir "regularmente" a los establecimientos penitenciarios (R. 55). En particular, se les encomienda la tarea de velar "por que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales".¹⁷³

2. 2. Las Reglas aplicables a categorías específicas de reclusos

Por lo que se refiere a estas disposiciones especiales (Segunda Parte de la Regla Mínimas), cabría destacar las siguientes:

- Los condenados

En primer lugar, merece ser destacada la definición que, acerca de las penas privativas de libertad, se encuentra en la Regla 57, la cual las caracteriza como

"medidas afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad".

A continuación, en lo que se refiere a la finalidad de estas penas, las Reglas Mínimas se pronuncian por la "protección de la sociedad contra el crimen". Y para ello, se ha de "aprovechar" el tiempo de duración de la reclusión: ésta ha de servir entonces, además, para "que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo". Ello ha de lograrse, según dispone la Regla 59, mediante un tratamiento individual de los reclusos condenados que ha de servirse de todos los medios curativos, educativos, morales, espi-

ción de los congresos penitenciarios internacionales de la segunda mitad del siglo XIX, en pleno apogeo del positivismo criminológico, y especialmente, desde principios del siglo XX, el "nuevo" paradigma de la "cárcel rehabilitadora" se impuso a la "cárcel como castigo, ante el fracaso de ésta" (Miralles 1983: 103). A partir de la década de los años mil novecientos cincuenta se implementa en Estados Unidos la terapia carcelaria de corte psiquiátrico y psicoanalítico. En el caso español, "casi treinta años después de su instauración, la terapia psicológica entra en la cárcel como panacea de los problemas individuales y sociales del recluso" (Miralles 1983: 107).

¹⁷³ Esta "inspección" de los centros y servicios penitenciarios aún está lejos, como se verá posteriormente, de la función de control jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de libertad que aparecerá en el texto de las Reglas Mínimas elaborado en 1973 por el Consejo de Europa. Precisamente, el texto de 1973 añadió un párrafo (el 2) al art. 56 donde estableció el "control" (y no sólo una "inspección") ejercido por "una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos que no pertenezca a la administración penitenciaria".

rituales y de otra naturaleza y de todas las formas de asistencia de que pueda disponerse.¹⁷⁴

Por lo que respecta al régimen penitenciario de los "penados", la Regla 60.2 establece el denominado "sistema progresivo"¹⁷⁵ al recomendar que

"antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad".

El sistema de clasificación, que se abordaría posteriormente, permitiría crear "un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada". El "progreso" del interno, que se traduciría en una mejor clasificación, le permitiría su "liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz".

A continuación, se sientan las bases de lo que ha de ser el tratamiento penitenciario. En este sentido, se afirma que el mismo será "individualizado" de modo tal que pueda lograrse la "readaptación social" de los reclusos (R. 63.1). La finalidad del tratamiento, según dispone la Regla 65, ha de ser la de "inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo". Esta finalidad necesitará recurrir a la asistencia religiosa ("... en los países en que esto sea posible"), a la instrucción, a la orientación y formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación de carácter moral (R. 66.1). Todo ello ha de efectuarse mediante un sistema de clasificación de los internos condenados que tiene como finalidad "separar a los reclusos que, por su pa-

¹⁷⁴ Se encuentran, en estos enunciados, varias de las teorías justificadoras de las penas privativas de libertad. En efecto, el carácter "aflictivo" de la pena entronca con resabios "retributivos" muy anteriores a la época en la cual se promulgaron las Reglas Mínimas de la ONU. La "protección de la sociedad" (además de recordar los postulados de la Teoría de la Defensa Social), junto a la reforma de los reclusos, traducen las ideas de las teorías preventivas (general y especial) de las penas privativas de libertad (Baratta 1986a: 77-92).

¹⁷⁵ Dos "sistemas penitenciarios" se conocieron entre los siglos XVIII y principios del XIX: el *sistema celular o de Filadelfia* que, basado en la idea del aislamiento diurno y nocturno del recluso, inspiró la arquitectura de la Cárcel Modelo de Madrid, que se mandó construir por orden de Alfonso XII, según la Ley de 8 de junio de 1876. El otro sistema, denominado "mixto" o "de Auburn" fue el elegido por la Ley de Bases para la Reforma Penitenciaria de 1869, y consistía en la separación y el aislamiento de los penados durante la noche, y en el trabajo común durante el día. El llamado "sistema progresivo" ("irlandés" o "de Crofton"), propio del siglo XX, aunque reconoce sus orígenes en el siglo XIX, consiste en la posibilidad que tiene el recluso de mejorar su propia situación penitenciaria a medida que avanza en el tiempo de cumplimiento de la pena. Véase Rivera Beiras (1991: 505-522).

sado criminal o su nula disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención" (R. 67.a).

El "programa de tratamiento individual" ha de establecerse desde que un recluso condenado ingrese en un centro penitenciario, tras un "estudio de su personalidad" (R. 69). Y además, se recomienda la instauración de un "sistema de privilegios" para "alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe a su tratamiento" (R. 70).

Las Reglas Mínimas contienen varias disposiciones relativas al trabajo penitenciario, el cual "no deberá tener carácter aflictivo". Pese a ello, la Regla 71.2 establece la obligatoriedad del trabajo penitenciario. Éste ha de ser "productivo" y complementado por una "formación profesional en algún oficio útil", especialmente para los reclusos jóvenes (R. 71.5). También se estipula que la

"organización y los métodos del trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento" (R. 72.1).

Pese a esta declaración, el apartado 2 de la Regla 72 advierte que el interés de los reclusos no debe quedar subordinado "al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria". Por lo que respecta a la remuneración del trabajo penitenciario, la Regla 76.1 recomienda que la misma sea "equitativa".¹⁷⁶ El salario de los internos puede destinarse -por parte de ellos mismos- para la adquisición de objetos personales y para sus familiares. Y debe consignarse una porción del salario -por parte de la Administración- a la constitución de un fondo que se entregará al recluso al ser puesto en libertad (R. 76.2 y 3).

En cuanto a la educación de las personas privadas de su libertad -elemento que se considera esencial en el tratamiento penitenciario-, se consagra su carácter obligatorio para los reclusos analfabetos y jóvenes (R. 77.1). Asimismo,

"deberá coordinarse (...) con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puestos en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación" (R. 77.2).

Finalmente, las Reglas 79 y 80 instan a velar por el mantenimiento de contactos con el exterior: familiares de los internos y "personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia así como su

¹⁷⁶ Para el caso que "los reclusos se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la Administración", la Regla 73.2 dispone que "las personas para las cuales se efectúe pagarán a la Administración el salario normal exigible por dicho trabajo teniendo en cuenta el rendimiento del recluso".

propia readaptación social". Y en cuanto a la asistencia postpenitenciaria, estos organismos –"oficiales o no"–, han de tener acceso a las cárceles, entrevistas con los internos y, "en la medida de lo posible", proporcionarán a los liberados documentos de identidad, alojamiento, trabajo, ropa y medios que les permitan subsistir durante el tiempo "que siga inmediatamente a su liberación" (R. 81.1 y 2).

– Los alienados y los enfermos mentales

Como norma general, la Regla 82.1 dispone que "los alienados no deberán ser reclusos en prisiones" debiendo en consecuencia, ser trasladados a establecimientos para enfermos mentales. Los reclusos que padezcan "otras enfermedades mentales" habrán de ser conducidos y tratados "en instituciones especializadas dirigidas por médicos" (R. 82.2). Asimismo, y mientras estén en una prisión, han de estar "bajo la vigilancia especial de un médico" (R. 82.3). Se recomienda, también, la continuación del tratamiento psiquiátrico –"después de la liberación"– a través de la asistencia social postpenitenciaria, en caso de ser necesario.

– Los presos "preventivos"

La Regla 84.1 efectúa una precisión de tipo terminológico cuando establece que, es "acusado toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada". A continuación, y tras consagrarse el derecho a la presunción de inocencia, se dispone que estos reclusos "deberán ser tratados en consecuencia".¹⁷⁷ Así, se estipulan una serie de derechos de estos reclusos que se derivan de su situación de "preventivos". Éstos pueden ser resumidos del siguiente modo:

- los "acusados" han de estar separados de los reclusos condenados (R. 85.1);
- han de dormir en celdas individuales (R. 86);
- si lo desean, y "dentro de los límites compatibles con el buen orden del establecimiento", pueden alimentarse por su propia cuenta "procurándose alimentos del exterior por conducto de la Administración, de su familia o de sus amigos" (R. 87);
- pueden usar su propia ropa, y si llevan el uniforme de la cárcel, "éste ha de ser diferente del uniforme de los condenados" (R. 88.2);
- se le ha de ofrecer trabajo, "pero no se le requerirá para ello". Y si trabaja, habrá de ser remunerado (R. 89);
- se permite que los "acusados" sean atendidos por su propio médico o dentista si pueden pagarlo (R. 91);

¹⁷⁷ Ello se refiere a la prohibición –desde el punto de vista estrictamente penitenciario– de que a los reclusos "preventivos" se les aplique un tratamiento.

– también se permite que puedan informar a su familia, inmediatamente después su detención (R. 92).

Por último, la Regla 92 hace referencia al derecho de asistencia letrada de los presos "preventivos". En este sentido, se establece la posibilidad de que soliciten la designación de un "defensor de oficio" y mantengan entrevistas con éste (que pueden ser vigiladas visualmente por un funcionario pero nunca escuchadas, según dispone la Regla 93).¹⁷⁸

– Los sentenciados a prisión civil por deudas

La última Regla hace referencia a estos casos para "los países cuya legislación dispone la prisión por deudas u otras formas de prisión dispuestas por decisión judicial como consecuencia de un procedimiento no penal". En principio, se recomienda que estos reclusos no sean tratados con más severidad que la estrictamente necesaria para garantizar el orden del establecimiento. En general, se los asimila a la situación jurídico-penitenciaria de los "acusados", a reserva "sin embargo, de la obligación eventual de trabajar" (R. 94).

3. El surgimiento de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos

3.1 El marco general

lectos
Una vez proclamada la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y al carecer la misma de fuerza obligatoria para los Estados –además de no contar, como ya se mencionó, con un sistema de protección internacional que asegurase su cumplimiento–, la Asamblea General de las Naciones Unidas intentó la adopción de diversos pactos internacionales para paliar las carencias y dificultades señaladas.¹⁷⁹

Tan sólo el 19 de diciembre de 1966 se promulgaron –no sin esfuerzo– dos pactos internacionales: el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos. Pero en realidad, tal y como Morenilla Rodríguez apunta,

¹⁷⁸ Es interesante señalar a este respecto que, así como a los presos "preventivos" se les reconoce este derecho a una asistencia letrada, nada se dispone al respecto para los presos "penados" quienes, de acuerdo con estas Reglas Mínimas, quedarían sin ser titulares del mencionado derecho.

¹⁷⁹ En este sentido, Fernández Rozas manifiesta que "en todos los supuestos en que se ha planteado una violación de los derechos humanos en relación con la paz y la seguridad internacional, ha aparecido el eterno límite de la acción de las Naciones Unidas: el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados" (*La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el ordenamiento jurídico interno, en Política y Derechos Humanos*, obra colectiva, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976).

"el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no entró en vigor hasta el 3 de enero de 1976 y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hasta el 23 de marzo de 1976, luego de conseguir ambos las treinta y cinco ratificaciones que para su entrada en vigor requerían los arts. 49 y 91, respectivamente" (1988: 17).

En cada uno de estos pactos internacionales se estableció un sistema de protección distinto, y en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se añadió un Protocolo Facultativo por el cual los Estados parte en el Pacto que lo deseen, reconocen la competencia del Comité de Derechos Humanos (único órgano de control), destinado a examinar denuncias de individuos que estimen vulnerados los derechos que el Pacto les reconoce. Como afirma Morenilla Rodríguez,

"el sistema de protección universal de los derechos 'humanos' instituido por las Naciones Unidas adolece de un grave defecto de complejidad y de inconcreción derivado de las dificultades políticas ya aludidas [se refiere aquí al progresivo empeoramiento de las relaciones entre los antiguos Aliados y a la escisión del mundo en bloques antagónicos], que exigen fórmulas laxas en la definición de derechos y, sobre todo, unos medios de control con tales requisitos que los hacen ineficaces y que son siempre 'facultativos', o sea que un Estado puede aceptar el Convenio protector sin aceptar el mecanismo de control internacional que hace posible esa difusa protección" (ibídem).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se analizará seguidamente haciendo mención de las disposiciones que directamente puedan afectar la situación de las personas privadas de su libertad.

Dentro de este marco internacional relativo a las Naciones Unidas —y al margen de los dos Pactos Internacionales ya señalados— se han ido elaborando una serie de convenios sobre aspectos concretos dentro de este Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como el Convenio sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (de 9 de diciembre de 1948), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (de 28 de julio de 1951), el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer (de 20 de diciembre de 1952), la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas de la Esclavitud (de 7 de septiembre de 1956), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (de 31 de julio de 1957), la Declaración sobre los Derechos del Niño (de 1959), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (de 21 de diciembre de 1965), la Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (de 17 de diciembre de 1979), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (de 18 de diciembre de 1979), o la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (de 10 de diciembre de 1984). A ellos habría que añadir los textos internacionales de carácter laboral y educativo, tales como los Convenios 45 (de 21 de junio de 1935), 87

(de 9 de julio de 1948), 98 (de 1 de julio de 1949), 138 (de 26 de junio de 1973), o el 151 (de 27 de junio de 1978), todos ellos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como, asimismo, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (de 14 de diciembre de 1960).

Baste, por el momento, esta mera enunciación de normas internacionales generales. Quedarían por analizar multitud de cuestiones en torno a las mismas: los procesos y las ideologías que estuvieron en la base de su elaboración, el valor jurídico de las normas internacionales, los mecanismos de protección de las mismas, etcétera.¹⁸⁰

Por último, cabe señalar que este Derecho Internacional de los Derechos Humanos tuvo posteriormente un desarrollo "regional". Así, en el caso de América, la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó varios documentos importantes en materia de Derechos Humanos: la Carta de Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y la Carta Interamericana de Garantías Sociales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978, creando dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Amnistía Internacional 1983). En el caso de África, los jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana (OUA) decidieron la redacción, en 1979, de una Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Por lo que respecta al caso europeo, esta obra se remite a lo que se expondrá posteriormente cuando se analice esta materia en profundidad.

3. 2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1977)

3. 2. 1. Los derechos fundamentales reconocidos ^{lib. exp. Am. o Pacifico}

A continuación, se expondrán someramente algunos de los aspectos más importantes del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos que atañen a la privación de libertad. En primer lugar, y por lo que respecta a la vigencia de este Pacto en España, se ha de señalar que fue publicado en el BOE nº 103, de 30 de abril de 1977, formando pues parte del ordenamiento jurídico español.

Desde el punto de vista penitenciario, interesa destacar aquí los siguientes derechos y libertades fundamentales reconocidos en este pacto internacional:

— El derecho a la vida

Se halla consagrado en el art. 6, al señalarse que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana". A continuación, se dispone que "este dere-

¹⁸⁰ Para un exhaustivo análisis en torno a las cuestiones que acaban de mencionarse, y de los derechos fundamentales reconocidos en las normas internacionales que se han enumerado, puede consultarse la obra de Peces Barba (1980).

cho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

El inciso 2 del artículo 6 establece, en referencia a aquellos países "que no hayan abolido la pena capital", que sólo podrá imponerse ésta por los delitos más graves y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse la infracción penal (en aplicación del principio de legalidad).

El párrafo 4 de este artículo reconoce el derecho de todo condenado a muerte de solicitar el indulto o la conmutación de la pena, medidas que "podrán ser concedidas en todos los casos". Se prohíbe, en todo caso, la pena capital para menores de dieciocho años y mujeres embarazadas (art. 6.5).

- La prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Esta garantía fundamental se consagra en el art. 7 del Pacto Internacional. La utilización de los términos "nadie será sometido a ...", no tiene ninguna limitación ni restricción posteriores; se reconoce, pues, para todas las personas. Y se añade, finalmente, que "en particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos", en claro recordatorio y/o advertencia a los crímenes del nazismo.

- La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados u obligatorios

El art. 8 establece estos derechos fundamentales, pero algunos de ellos contienen excepciones. El inciso 1 del citado precepto establece que "nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidos en todas sus formas". Por su parte, el párrafo 2 dispone que "nadie estará sometido a servidumbre". Como puede observarse, estas dos normas no contienen restricción ni limitación alguna, siendo por ello aplicables a todos.

No sucede lo mismo con el punto 3 del art. 8 que, tras establecer que "nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio", dispone a continuación que "los trabajos forzados que se desarrollen durante la ejecución de una pena de prisión no infringirán el precepto anterior", siempre y cuando la pena sea impuesta por un tribunal competente y la misma lleve aparejado el desarrollo de tales trabajos forzados. Asimismo, tampoco se considerarán (a los efectos de estas disposiciones), "los trabajos o servicios que (...) se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada o de una persona que habiendo sido presa, en virtud de tal decisión, se encuentra en libertad condicional".

Debido a la importancia que el derecho al trabajo reviste en la vida penitenciaria, se volverá reiteradamente sobre este punto cuando se analicen otras disposiciones normativas y decisiones jurisdiccionales.

- El derecho a la libertad

El mismo se encuentra reconocido para "todo individuo" en el art. 9.1 del Pacto Internacional. A continuación, se dispone que "nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta". Inmediatamente se consagran una serie de garantías de tipo procesal-penal. Las primeras se refieren a los derechos de la persona detenida, las cuales pueden sintetizarse del modo siguiente:

- derecho a ser informado de las razones de la detención y acusación (art. 9.2);
 - derecho a ser conducido, sin demora, a presencia judicial (art. 9.3);
 - derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad (art. 9.3);
 - derecho a recurrir a un tribunal contra la detención (art. 9.4);
 - derecho a una reparación en caso de detención ilegal (art. 9.5);
- Las demás garantías se refieren al proceso penal con independencia de que la persona esté o no en prisión. Se trata de las siguientes:
- derecho a la presunción de inocencia (art. 14.2);
 - derecho a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda (art. 14.3.a);
 - derecho de defensa (art. 14.3.b y d) que incluye la defensa de oficio gratuita;
 - derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14.3.c);
 - derecho a interrogar a testigos (art. 14.3.e);
 - derecho a contar con un intérprete ante el tribunal (art. 14.3.11);
 - derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (art. 14.3.g);
 - derecho a presentar un recurso contra la sentencia ante un tribunal superior (art. 14.5);
 - derecho a una indemnización por error judicial (art. 14.6);
 - prohibición de la doble punición (*non bis in idem*) (art. 14.7).

- La legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de libertad

El art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una serie de disposiciones específicamente referidas a la forma que ha de revestir la privación punitiva de la libertad: se trata de una garantía que, como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad (recogido en el art. 15), se traduce en este caso en la estipulación de los requisitos mínimos que han de cumplirse en el ámbito penitenciario. Es importante señalar, por otra parte, que el precepto que a continuación se analizará establece, asimismo, varias disposiciones que -por lo que estrictamente se refiere a la privación de la libertad- ya habían sido estipuladas por las Reglas Mínimas aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 31 de

julio de 1957 (por Resolución 663 C), las cuales serán objeto de un análisis exhaustivo posteriormente.

En primer lugar, el inciso 1 del art. 10 del Pacto Internacional contiene una disposición de carácter general al estipular que "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Se trata, pues, de una norma que habrá de servir como orientación para todas aquellas regulaciones, actividades administrativas, decisiones jurisdiccionales, etc., que se refieran al ámbito penitenciario.

A continuación, en el párrafo 2 del art. 10 se establece una serie de estipulaciones que, por la profunda importancia que las mismas revisten en el interior de una cárcel, conviene analizar separadamente:

1) Se establece la obligación que los reclusos "preventivos" estén separados de los "penados". En este sentido, el apartado a del art. 10.2 dispone que "los procesados estarán separados de los condenados". La utilización del término "procesados" no puede referirse más que a aquellos individuos que, estando en la cárcel, no han sido todavía juzgados. En virtud del mandato contenido en esta disposición, ellos han de estar "separados" (físicamente) de quienes ya han sido condenados por un tribunal. Esta separación ha de respetarse escrupulosamente, "salvo en circunstancias excepcionales" según dispone este apartado, introduciendo una excepción a la regla general. Por ello, se entiende que a pesar de la falta de concreción de esas "circunstancias excepcionales", ello ha de interpretarse en el sentido de no hacer habitual lo que es excepcional; es decir, no puede admitirse —a la vista de esta disposición— la convivencia prolongada entre reclusos "preventivos" y "penados", alegándose, por ejemplo, razones de masificación en un centro penitenciario.

2) También este apartado a del art. 10.2 establece que los reclusos que se encuentren en régimen de *preventivos* "serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas". Se refiere, evidentemente, al amparo otorgado por la presunción de inocencia. En este sentido, si no se ha probado judicialmente (y mediante resolución que sea firme) la responsabilidad criminal de una persona, ésta sigue siendo inocente hasta que se demuestre lo contrario. En consecuencia, no se le puede aplicar un tratamiento destinado a corregirle, reeducarle, resocializarle, etc., pues aún no se ha probado que haya delinquido. Por ello, se entiende que la redacción de este precepto no es acertada, pues al estipularse que "serán sometidos a un tratamiento distinto" parece posible que alguna modalidad terapéutica les sea aplicada cuando, en realidad, la presunción de inocencia no permite que ningún preso "preventivo" sea sometido a tratamiento alguno. En su momento se volverá sobre este importante aspecto de la privación punitiva de la libertad. Por ahora, baste señalar tan sólo la preocupación que refleja esta disposición en el sentido de distinguir claramente el diverso "estatus" jurídico que tienen las personas reclusas según lo estén en calidad de "preventivos" o de "penados".

3) El siguiente apartado se refiere a la situación de los menores de edad que se encuentran privados de su libertad. La letra b del art. 10.2 establece

que "los menores procesados estarán separados de los adultos". Hay que señalar que, en este caso, la garantía reconocida no posee excepción alguna a diferencia del supuesto anteriormente comentado. No se establece, de todos modos, qué ha de entenderse por "menores", lo cual habría sido importante de determinar por el hecho que en numerosas legislaciones nacionales la mayoría de edad penal no coincide con la civil.

4) Asimismo, y en referencia a estos "menores procesados", se dispone finalmente que "deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento". Pese a esta preocupación por limitar la duración de la prisión preventiva para los menores, no se establece la duración máxima de ésta, dejando seguramente su específica regulación a lo que dispongan las legislaciones nacionales.

En el apartado 3 del art. 10 se establece que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". La redacción de esta disposición traduce las por entonces "modernas" orientaciones acerca de la idea del tratamiento terapéutico de los condenados.¹⁸¹

Asimismo, la parte final de esta disposición estipula que "los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica". Evidentemente, esta norma se orienta sólo a los menores que ya estén condenados, excluyéndose a quienes estén en calidad de "preventivos". De lo contrario no se entendería que la finalidad de ese tratamiento fuese la "reforma y readaptación social", por aplicación de la presunción de inocencia. Parecería, pues, que el propósito fundamental de esta disposición no es otro que el de insistir en el diferente tratamiento que ha de dispensarse a menores y a adultos reclusos.

La idea que, se entiende, subyace en todas estas estipulaciones es que la ejecución de las penas privativas de libertad (y asimismo, la simple estancia en la cárcel de aquellos sujetos que aún no han sido juzgados) ha de ajustarse a la legalidad, y observar toda una serie de requisitos legalmente establecidos. Sobre esta idea central se volverá repetidamente en este trabajo cuando, posteriormente, se analicen las normas que de modo específico regulan la vida en las penitenciarías, la jurisprudencia que ha ido configurando el al-

¹⁸¹ En torno a este tema puede consultarse la obra de Bergalli (1976), especialmente cuando explica el origen del concepto de tratamiento terapéutico del condenado, "no sólo como consecuencia de un mayor progreso científico en el campo de la ejecución de las penas privativas de libertad, sino también por el desalojo del concepto -introducido como resabio de todo el desarrollo histórico referido de que el trabajo constituía el medio fundamental del tratamiento y consiguiente readaptación social" (p. 27). Acerca de la idea de readaptación social, puede recurrirse a toda la síntesis realizada por Bergalli en esta obra, contenida en el capítulo 11 (*Concepto usual de readaptación social*) así como las críticas a la misma, las cuales, y a propósito de la Ley Penitenciaria Nacional de la República Argentina, se exponen en el capítulo III de la misma obra (*Críticas a la idea de readaptación social en la Ley Penitenciaria Nacional*).

cance y límite de las disposiciones legales y la realidad que cotidianamente se constata en el interior de los centros de reclusión institucional.

- Algunos principios generales del Derecho

El Pacto Internacional se refiere, en diversos artículos, a los principios generales del Derecho. Interesa aquí destacar el claro reconocimiento de dos de ellos: el principio de igualdad y el de legalidad. El primero se encuentra establecido en los arts. 14.1 y 26. El art. 14.1 se refiere a la igualdad de todas las personas "ante los tribunales y cortes de justicia". A continuación se especifican los derechos de todo individuo "en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal...", algunos de los cuales ya se analizaron aquí anteriormente. Los que ahora se agregan, pues, son los siguientes:

a) "... derecho a ser oído públicamente y con todas las garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley". Sin embargo, ese mismo requisito de publicidad puede ser restringido para "la prensa y el público" por razones de tipo moral, de orden público o seguridad nacional, o por respeto a la vida privada de las partes, etcétera;

b) derecho a que "toda sentencia penal será pública". Esta garantía sólo puede ser limitada "en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario...".

Por su parte, el art. 26 se refiere en sentido amplio al principio de igualdad ante la ley, con su inmediata consecuencia de prohibir las discriminaciones por razones de raza, color, idioma, religión, opinión y posición económica.

Por lo que respecta al principio de legalidad, el art. 15.1 establece que

"nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el Derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

El primer aspecto de esta disposición se refiere a los actos u omisiones delictivos (que no podrán castigarse penalmente si no tenían tal carácter cuando fueron cometidos) y a las penas a imponer por los mismos (las cuales han de ser aquellas que la ley prevea en el momento de la comisión del hecho). El segundo aspecto, que en materia penal es consecuencia del principio de la ley más beneficiosa para el reo, establece la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley penal más beneficiosa, como única excepción al principio general de irretroactividad de las leyes.

El apartado 2 del art. 15 contiene una excepción genérica al principio de legalidad, al disponerse que, a pesar de lo establecido en relación con el mismo, no se violará el principio de legalidad judicial y penal si los actos u omisiones cometidos

"fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional".

Con esta amplísima excepción a un principio tan fundamental, como lo es el de legalidad, se priva al mismo de gran parte de su eficacia. Por otra parte, esta misma excepción será recogida posteriormente en tratados internacionales de ámbito más restringido, o regionales, tal y como se hará notar en su momento.

- El derecho a la libertad de expresión

Éste se encuentra reconocido en el art. 19.2 del Pacto Internacional. Su ubicación hace pensar que, en realidad, se trata de una consecuencia de la disposición contenida en el inciso 1 del mismo precepto, que establece que "nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones".

Según dispone el art. 19, el derecho a la libertad de expresión supone el ejercicio y disfrute de varias libertades individuales, como la de

"buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

A pesar de este amplio reconocimiento, en el apartado 3 del art. 19, y tras establecerse que el ejercicio de estos derechos entraña "deberes y responsabilidades especiales", se consignan ciertas limitaciones al mismo:

a) "... para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás";

b) "... para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

Estas posibles limitaciones al derecho a la libertad de expresión han de estar "sin embargo, fijadas por la ley".

- La prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia

Esta garantía halla su reconocimiento en el art. 17.1 y 2 del Pacto Internacional. A la protección del secreto de la correspondencia se añaden las protecciones a la vida privada, la familia, el domicilio, la honra y la reputación de las personas.

Aquí se ha destacado, especialmente, el respeto al secreto de la correspondencia, no porque los otros no merezcan igual importancia, sino por el hecho de la profunda importancia que la correspondencia posee en el interior de una institución de reclusión. Por ello, este tema será objeto de un análisis específico en su momento. Por ahora baste señalar su reconocimiento en este Pacto Internacional; reconocimiento que se expresa para todas las personas, sin exclusión de ninguna. El apartado 2 de este precepto añade,

además, que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques".

- El derecho de reunión pacífica y de asociación

El primero de los mencionados derechos se encuentra reconocido por el art. 21, exigiéndose como único requisito para el ejercicio del mismo, su carácter "pacífico", con exclusión, en consecuencia, de las reuniones "violentas". El mismo precepto señala que este derecho puede ser restringido legalmente en interés de:

- a) la seguridad nacional;
- b) la seguridad o el orden públicos;
- c) la protección de la salud o la moral públicas;
- d) las libertades de los demás.

El derecho de asociación se recoge en el art. 22 del Pacto Internacional, cuando en su apartado 1 se establece la posibilidad de "asociarse libremente con los demás". Asimismo, a continuación se completa con el "derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses". También, en su momento, y por lo que al ámbito penitenciario se refiere, se analizará el posible ejercicio de estos derechos fundamentales por la población reclusa, las disposiciones normativas en torno a los mismos y especialmente, las discusiones parlamentarias y las enmiendas presentadas a los proyectos de leyes penitenciarias en lo que a este tema se refiere.

Las restricciones que posee el ejercicio de este derecho fundamental, se establecen en el inciso 2 del art. 22 del Pacto Internacional, y son de naturaleza prácticamente idéntica a las señaladas a propósito del derecho de reunión pacífica. Tan sólo cabe señalar, pues, que el apartado 3 de este precepto afirma expresamente que los Estados parte en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 -relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación- no podrán adoptar medidas legislativas que supongan un menoscabo a tales derechos fundamentales.

- El derecho al sufragio

Se encuentra reconocido en el art. 25 del Pacto Internacional, para "todos los ciudadanos (...) y sin restricciones indebidas". En un sentido amplio, habría que hacer referencia no sólo al derecho a votar, sino también a ser elegido y a participar en la dirección de los asuntos públicos.

3. 2. 2. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales

El art. 28 del mismo pacto crea el Comité de Derechos Humanos (en adelante, Comité). Éste ha de estar compuesto por dieciocho miembros, los cuales, una vez elegidos, ejercerán sus funciones a título personal. Este Comité tendrá facultades para estudiar los informes presentados por los Estados parte en el Pacto Internacional. Ahora bien, a menos que un Estado par-

te haya hecho una declaración específica reconociendo la competencia del Comité sobre las quejas formuladas en contra suya por otro Estado parte, el Comité no admitirá dichas quejas (Amnistía Internacional, ob. cit.: 89-90).

Respecto al sistema de protección de los derechos fundamentales creado en este Pacto Internacional, puede afirmarse con Fernández Rozas que

"es limitado pues (...) solamente se establece una técnica de demandas individuales ante un Comité de Derechos Humanos (establecido en la parte IV del Pacto), pero conduce, en última instancia, a la técnica del informe y no a una decisión obligatoria para el Estado contra el cual se ha formulado" y así "llegamos a la conclusión de que en el marco de las Naciones Unidas la protección de los derechos del hombre ha progresado muy poco" (1976: 117).

A pesar de ello, y tal y como señala la organización de defensa de los derechos humanos, Amnistía Internacional, la entrada en vigor del Pacto Internacional -con sus mecanismos de protección-

"inició una era en el campo de los derechos humanos. Más de un tercio de las naciones del mundo están obligadas, por primera vez en la historia, a informar públicamente a una organización internacional directamente responsable de supervisar su actuación, acerca de las medidas que están adoptando para asegurar a sus ciudadanos los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" (ob. cit.: 90).

3. 3. La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (1984)

3. 3. 1. Los antecedentes

La tortura fue, en el pasado, una práctica judicial lícita¹⁸² y legalmente admitida de modo muy amplio hasta la época de la Ilustración (De La Cuesta Arzamendi 1990: 1). Su actual consideración como "crimen contra la humanidad" es relativamente reciente. Tal y como señala Cherif Bassiouni, a lo largo de la Edad Media se practicó activamente, incluso en los procesos eclesiásticos:

"... la Inquisición española aparece en la historia como un ejemplo de tortura sistemática practicada en nombre del cristianismo, que la prohibía" (1990: XI).

Desde el siglo XVII se empezaron a escuchar cada vez más voces en contra de esta aberrante práctica que, como señalaba Beccaria -ya en pleno siglo XVIII- era "una crueldad consagrada entre la mayor parte de las nacio-

¹⁸² En torno al delito de tortura, véase la obra de De La Cuesta Arzamendi (1990), *El delito de tortura*, con Prólogo de Bassiouni.

nes" (1986: 52). De todos modos, y a pesar de las razones filosóficas, humanísticas y pragmáticas que se adujeron en contra de estos tormentos, Cherif Bassiouni advierte que

"no fue la influencia de la religión o del Derecho ordinario de los países lo que puso en marcha a nivel legislativo el proceso de prohibición de la tortura, sino el Derecho consuetudinario de los conflictos armados" (1990: XII).

En efecto, el citado autor —que fue precisamente co-presidente del Comité de Expertos que redactó la Convención de las Naciones Unidas de 1984— cita como antecedentes internacionales relativos a la prohibición de la tortura, el II Convenio de La Haya sobre el Derecho Consuetudinario de los Conflictos Armados y el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (que la declaró "infracción grave").

De todos modos, recién el 10 de diciembre de 1984 (día de los Derechos del Hombre), las Naciones Unidas adoptaron la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, prohibiéndose su práctica en todo momento y lugar. Como precedentes inmediatos a la Convención, pueden señalarse con De La Cuesta Arzamendi los siguientes: el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de 10 de diciembre de 1948); los textos internacionales enmarcados en el llamado Derecho bélico (que ya se han sido citados); el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 19 de diciembre de 1966); el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (de 4 de noviembre de 1950), que será analizado con posterioridad; y el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de 22 de noviembre de 1969); el art. 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (de 27 de junio de 1981) (1990: 10).

En cuanto a la privación punitiva de la libertad se refiere, la prohibición de torturas y demás tratos inhumanos o degradantes está contenida en la Regla 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, tanto de Ginebra (ONU 1955) como las de Estrasburgo (Consejo de Europa 1973) y, asimismo, la Regla 37 de las Penitenciarias Europeas (Recomendación R (87) 3). A todas estas disposiciones se hará especial referencia en su momento.

Por lo que a España se refiere, se ha de señalar que una vez que las Cortes Generales concedieron la autorización prevista en el art. 94.1 de la Constitución española, el Estado aprobó y ratificó la Convención de la ONU que fue publicada en el BOE 268, de 9 de noviembre de 1987. A partir de ese momento, ésta pasó a formar parte del ordenamiento jurídico interno.

3. 3. 2. La definición internacional de la tortura

El art. 1.1 define qué ha de entenderse —"... a los efectos de la presente Convención"— por el término "tortura". En ese sentido, pueden señalarse separadamente los distintos supuestos que pueden dar lugar a este deli-

to: "... 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". Y este enunciado, de carácter general, se concreta luego al exigirse una intencionalidad específica que puede ser:

- a) "... con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión";
- b) "... de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido";
- c) "... de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras";
- d) "... por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación".

Es requisito indispensable para poder tipificar tales actos como constitutivos del delito de tortura, cierta cualidad específica que se exige del autor. En efecto —y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá a propósito del sujeto activo—, éste ha de ser:

- a) "un funcionario público"; u
- b) "otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia".

A continuación se anuncia que "no se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas"; precisión que, sin duda, se refiere a las penas privativas de la libertad (y a los efectos o consecuencias que de ellas se derivan).¹⁸³

Por todo lo dicho, De La Cuesta Arzamendi señala como rasgos característicos de esta tipificación internacional del delito de tortura, los siguientes:

a) Delito pluriofensivo: pues, "desde la perspectiva del bien jurídico protegido, la tortura se presenta, en primer lugar, como un delito pluriofensivo, en cuanto ataque a una pluralidad de bienes dignos de tutela penal" (ob. cit.: 25). Bienes jurídicos que, para De la Cuesta Arzamendi, son la "integridad personal física y mental"; la "vida"; la "dignidad humana"; el "honor" (ob. cit.: 25-26). Este autor también analiza la tortura de "abuso de poder" (ob. cit.: 29) por parte del Estado señalando que es este concepto el que ayuda a una completa caracterización del delito por lo cual "sólo cabe hablar propiamente de tortura respecto de detenidos o privados de libertad", sea ésta legítima o no (ob. cit.: 31).

b) Delito especial: el autor citado extrae esta característica de la cualidad que ha de concurrir en el sujeto activo de la conducta. En efecto, De La Cuesta Arzamendi afirma que "para la Convención contra la Tortura, ésta no puede cometerse por cualquiera, sino, en principio, sólo por un círculo re-

¹⁸³ En este sentido, se ha de señalar que la Convención, a diferencia de la Declaración contra la Tortura —aprobada por la Asamblea General en 1975— no contiene la limitación que se estipulaba en ésta. En efecto, en 1975 se establecía su necesaria "consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", limitación que, como puede observarse, no existe en la Convención de 1984.

ducido y delimitado de posibles autores: los funcionarios y demás personas que ejercen funciones públicas" (ob. cit.: 33). Esta limitación de los posibles autores ha sido objeto de diversas críticas que, fundamentalmente, se lamentan de la restricción que supone la apuntada delimitación internacional. Estas críticas señalan que la tortura ha sido practicada por otras personas (distintas a las señaladas por la Convención de la ONU), tales como médicos, militares, escuadrones secretos, fuerzas parapoliciales, etcétera (Del Toro 1980: 265 y ss.).

Frente a estas críticas, De La Cuesta Arzamendi señala que "no son de recibo" en el caso de la tortura, pues la condición de funcionario público, en sentido amplio, "es inherente a la historia semántica de la tortura" (ob. cit.: 34). Para este autor, las torturas que puedan infligir miembros de bandas paramilitares se hayan igualmente contempladas en la Convención de la ONU. Esta conclusión la extrae de las obligaciones que se imponen a los Estados parte, en el sentido de intervenir también en estos supuestos (tipificando penalmente estas conductas) pues, de lo contrario, se incurriría en "tolerancia" (ob. cit.: 35). Señala este autor que para tales conductas "basta o debería bastar el ordenamiento jurídico interno, sin que se dé, en consecuencia, laguna legal alguna" (ob. cit.: 35). Pese a ello, afirma por último, las torturas que se produzcan en el marco de "situaciones revolucionarias o golpes de Estado" no están contempladas en la Convención de la ONU, y de ello se derivaría "su imposible calificación internacional como tortura" (ob. cit.: 35).

c) Delito de resultado: éste consiste en infligir a una persona "dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales". Se critica que los dolores o sufrimientos hayan de ser "graves". Este término, que es el que serviría para distinguir la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, es difuso y puede prestarse a arbitrariedades (De La Cuesta Arzamendi ob. cit.: 39). Además, la Convención de la ONU no establece claramente la distinción entre esas conductas, lo cual es criticado por el autor aquí citado (ob. cit.: 45).¹⁸⁴

d) Delito doloso: ello se deriva de "la exigencia de que los graves sufrimientos físicos o mentales se causen intencionadamente" (ob. cit.: 58), lo cual excluye su comisión por imprudencia. Para De La Cuesta Arzamendi, a pesar que la referencia a la "intención" comprendería cualquier tipo de dolo, "dudosa es la aceptación de dolo eventual" (ob. cit.: 59).

¹⁸⁴ Tras expresar estas críticas, el autor analiza la doctrina elaborada por los organismos internacionales encargados de la tutela de los derechos fundamentales. Principalmente, se estudia el trabajo llevado a cabo por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (al que posteriormente se hará referencia) y la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Respecto a esta última, se analizará más adelante en profundidad, cuando se estudien aquellas resoluciones que afecten a derechos fundamentales y garantías en la privación punitiva de la libertad.

e) Delito de tendencia: se refiere al hecho de que la Convención de la ONU, además de las notas que anteriormente se han señalado, estipula que la tortura, para ser tal, ha de perseguir una "serie de fines o metas a alcanzar a través de la causación de los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales" (ob. cit.: 59-60). Se refiere, pues, a lo que Bustos Ramírez define como "intención trascendente" (1986). Estos "fines" serían:

1) obtener una información o una confesión del torturado o de un tercero;

2) castigarle por un acto que —él u otra persona— haya cometido, o se sospeche que ha cometido;

3) intimidarle a él o a otras personas.

La delimitación de estos "fines" específicos para la tortura ha sido criticada por ser perjudicial (e innecesaria), pues por ejemplo, puede dejar fuera del concepto de tortura al más puro sadismo (Villán Durán 1985: 377 y ss.). Esta crítica no es aceptada por De La Cuesta Arzamendi "pues llevaría a una confusión de conductas que no son dignas del mismo desvalor" (ob. cit.: 62). Se ha de señalar que, además de los tres "fines" específicos que se han indicado, la Convención agrega "por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación".

f) Comisión por omisión: De La Cuesta Arzamendi extrae esta posibilidad porque, por una parte, nada impide en la definición que esta forma de comisión no pueda constituir tortura. Por otra parte, es el propio texto del art. 1 el que contempla la causación de torturas con el "consentimiento o aquiescencia" del funcionario (ob. cit.: 66).

g) Tentativa: también se contempla en el art. 4, obligando a los Estados a que castiguen penalmente "toda tentativa de cometer tortura".

h) Complicidad o participación: la obligación a los Estados, señalada en el punto anterior, también comprende a la "complicidad o participación" (art. 4). Tal y como señala De La Cuesta Arzamendi, la Convención no contempla el encubrimiento aunque, para este autor, de los trabajos preparatorios se desprende la voluntad de su inclusión (ob. cit.: 67).

i) Obediencia debida: el art. 2.3 establece que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".

j) Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: se discute, por la doctrina, si ciertas circunstancias tales como la alevosía o el ensañamiento son inherentes a la tortura, o por el contrario, la agravan. Con muchos matices, De La Cuesta Arzamendi se inclina por entender que tales circunstancias son inherentes al delito. Ello lo deduce de la distinción entre tratos crueles y tortura (ob. cit.: 70).

3. 3. 3. Las obligaciones impuestas a los Estados parte

El art. 2, en los apartados 1 y 2, contiene disposiciones de carácter obligatorio para los Estados parte en la Convención. En este sentido, y como

obligaciones de carácter interno, se ordena que los mismos han de adoptar "medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción". Y además, se agrega que tales medidas no podrán suspenderse jamás, ni por "circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública". Por último, el apartado 3 del art. 2 consagra la inadmisión de la obediencia debida como causa de justificación de la tortura, tal y como ya se señaló anteriormente.

Y, continuando con los mandatos que la Convención establece para los Estados parte, se disponen a continuación una serie de estipulaciones que pueden resumirse del modo siguiente:

a) prohibición de expulsión, devolución o extradición de una persona a un Estado, cuando se sospeche que aquélla pueda ser sometida a tortura (art. 3);

b) obligación de tipificar en las legislaciones nacionales, tanto el delito de tortura como, asimismo, las diversas formas de participación (complicidad) o ejecución (tentativa) (art. 4);

c) obligación de instituir la jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en aeronaves o buques matriculados en algún Estado parte en la Convención (art. 5.1.a); cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado (art. 5.1.b); o cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado (art. 5.1.c);

d) obligación de detener a los responsables de este delito, o de tomar "otras medidas para asegurar su presencia" con el fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición (art. 6.1), con todas las garantías penales y procesales a que tiene derecho el presunto responsable;

e) obligación de examinar y revisar, periódicamente, las normas, las instrucciones y los métodos de interrogatorio y las disposiciones relativas a la custodia y el tratamiento de personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión (art. 11);

f) obligación de garantizar los derechos de queja y el recurso de quienes se considere víctimas de torturas (art. 13), con las garantías suficientes de que no sean maltratados o intimidados (lo cual se hace extensivo a los testigos);

g) obligación de reconocer el derecho a una reparación e indemnización a las víctimas de torturas.

Por lo que se refiere a las obligaciones de carácter internacional que el Convenio impone a los Estados parte pueden citarse, como más relevantes, las siguientes:

a) obligación de no conceder la extradición, expulsión o devolución de personas cuando existan fundadas razones de que puedan ser sometidas a tortura (art. 3);

b) obligación de que el Estado se declare competente para el enjuiciamiento de actos de tortura si estos se cometen en su territorio por sus pro-

prios nacionales o contra éstos (en este último caso, sólo si lo consideran oportuno) o cuando el presunto culpable sea hallado en el propio territorio (art. 5). En este supuesto el Estado está obligado a perseguirlo y conceder la extradición (art. 7) y, asimismo, debe proceder a su detención, investigación y, también, ha de comunicar los hechos para su enjuiciamiento a los Estados competentes (art. 6);

c) obligación, entre los Estados, de prestarse mutuo auxilio (art. 9) para agilizar los procedimientos de extradición (art. 8).

3. 3. 4. *Los mecanismos de protección y aplicación*

La Convención ha creado un Comité contra la Tortura, constituido por diez miembros que ejercerán sus funciones a título personal durante cuatro años. El Comité se reunió por primera vez en abril de 1988 en Ginebra. Los Estados deben presentar informes ante el Comité (en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Convención y cada cuatro años o siempre que el Comité los solicite), acerca de las medidas adoptadas por los Estados parte. Estos informes son analizados por el Comité, el cual puede efectuar comentarios sobre su contenido, los que a su vez pueden ser contestados por el Estado. También es misión del Comité investigar los datos fiables acerca de la práctica sistemática de la tortura en el territorio de un Estado parte. Los resultados de la investigación pueden ser publicados en el informe anual que el Comité presenta a los Estados parte y a la Asamblea General de la ONU, previa consulta al Estado interesado.

En cuanto a las vías de acceso al Comité por parte de los Estados y los particulares, aquél pone a disposición —en el primer caso— sus "buenos oficios" para alcanzar una "solución amistosa" creando incluso una "comisión especial de conciliación". Si las reclamaciones provienen de particulares es necesario que ningún otro procedimiento de investigación esté pendiente y se produzca el agotamiento previo de todas las vías internas (salvo que éstas se prolonguen "injustificadamente"). En ambos casos, el proceso finalizará con la emisión del parecer del Comité al Estado y al particular interesado.

Se han formulado diversas críticas a este mecanismo de aplicación. Principalmente, se cuestiona la timidez del sistema instaurado (la sola emisión de informes y, como mucho, su publicación en el informe anual). De La Cuesta Arzamendi afirma que

"mucho más eficaz y adecuado parece, en este sentido, el sistema propuesto por el Proyecto de Protocolo Alternativo de origen suizo presentado por Costa Rica, a través del cual se dotaría al Comité antitortura de la capacidad de realización de visitas periódicas, sin previo aviso, a los establecimientos y lugares de detención de los países miembros, con pleno derecho a entrevistarse con todos los detenidos y sus familiares, amigos y abogados..." (ob. cit.: 21).

Si bien es cierto que el art. 20.3 de la Convención menciona la posibilidad de efectuar "una visita a su territorio", ésta habrá de hacerse "de acuer-

do con ese Estado parte" y sólo en caso de "práctica sistemática" de la tortura. Las diferencias entre ambos textos son notorias.¹⁸⁵

3. 4. El conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Por Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó este Conjunto de Principios. Esta iniciativa se remonta al año 1980 cuando, por Resolución 35/177 de 15 de diciembre, la Asamblea General remitió a la Sexta Comisión la tarea de elaborar un Proyecto de Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. En palabras de Amnistía Internacional:

"... este texto es la primera compilación sistemática de normas internacionales destinadas a impedir la detención y la prisión arbitrarias, e incluye asimismo algunas normas destinadas a impedir los malos tratos a personas privadas de libertad" (*Informe* 1989: 344).¹⁸⁶

Este documento, tras realizar algunas precisiones terminológicas,¹⁸⁷ establece primeramente una serie de principios generales referidos a las personas privadas de su libertad. A continuación, señala las condiciones mínimas que ha de observar la reclusión penal. Posteriormente, se establecen una serie de garantías procesales y derechos fundamentales de los "detenidos" (en espera de ser juzgados) y de los "presos" (condenados por sentencia firme).

Para un correcto análisis de estas disposiciones es conveniente, pues, deslindar tales ámbitos del modo siguiente.

3. 4. 1. Los principios generales

En primer lugar se hace referencia al "respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" que ha de ser observado en el trato que se dé a toda

¹⁸⁵ La Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Castigos o Tratos Inhumanos o Degradantes (Estrasburgo, 26 de junio de 1987), ha constituido un Comité Europeo (en la misma Estrasburgo) el 13 de noviembre de 1989, con facultades para realizar visitas a personas privadas de su libertad "con miras a reforzar, cuando proceda, su protección contra la tortura y los castigos o tratos inhumanos o degradantes".

¹⁸⁶ Esta preocupación fundamental por impedir prácticas de tortura y/o detenciones arbitrarias —como finalidad primordial del Conjunto de Principios— puede ser una de las razones que expliquen la ausencia de disposiciones en otros aspectos importantísimos de la privación de libertad (como, por ejemplo, toda la problemática del trabajo penitenciario, a la cual no se hace ninguna referencia en el texto comentado).

¹⁸⁷ Referidas al uso de los términos "arresto", "persona detenida", "persona presa", "detención", "prisión" y "un juez u otra autoridad".

persona privada de su libertad (Principio 1). Ello se completa con la disposición contenida en el Principio 3, en el sentido de prohibir las restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos "so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado".

Tanto el "arresto" (como acto de "aprehender a una persona"), como la "detención" (condición en la que se encuentran los reclusos en espera de ser juzgados) y asimismo, la "prisión" (situación de las personas ya condenadas) han de llevarse a cabo "en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin" (Principio 2). Ello supone la consagración del principio de legalidad.

El Principio 4 hace referencia a la intervención de "un juez u otra autoridad" en dos situaciones distintas: la primera es la que atañe a las personas "detenidas" (que sólo pueden estarlo por orden judicial u orden de otra autoridad "establecida por la ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia"). La segunda circunstancia hace referencia a la función de "fiscalización efectiva" sobre la forma que adopte la "prisión" (esto es, la situación de las personas ya condenadas por sentencia firme), control que ha de ser ejercido por un juez u otra autoridad.

La prohibición de discriminación respecto a la aplicación de estos Principios (por razón de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento "o cualquier otra condición"), se establece en el Principio 5, incisos 1 y 2, con especial hincapié en el caso de las "mujeres embarazadas y las madres lactantes".

El Principio 6 prohíbe el sometimiento de una persona privada de libertad a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en ningún tipo de situación ni bajo ninguna circunstancia. Ello se complementa, a su vez, con lo dispuesto en el Principio 21, apartados 1 y 2, que establecen nuevamente esta prohibición —"abusar" es la palabra ahora empleada— para lograr una confesión en un interrogatorio.

3. 4. 2. Las condiciones mínimas que ha de observar la privación de libertad

Los apartados 1, 2 y 3 del Principio 7 de este Conjunto se refieren a los actos que vulneren las estipulaciones contenidas en este documento. El apartado 1 contiene un mandato a los Estados en orden a "prohibir por ley", "someter a las sanciones procedentes" y "realizar investigaciones imparciales" respecto de todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en el documento. A continuación, el apartado 2 estipula la obligación de los funcionarios de poner en conocimiento ("comunicarán" es la palabra utilizada) de sus superiores, o de otras autoridades, cualquier infracción de estos Principios. Lo mismo se establece en el apartado 3 para "cualquier per-

sona", aunque en este caso la comunicación tiene el carácter de derecho y no de obligación.

El Principio 8 está dedicado a la situación de las "personas detenidas", las cuales "recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas". Además, estarán separadas de los "presos (...) siempre que sea posible".¹⁸⁸

3. 4. 3. Las garantías procesales y los derechos fundamentales

Es necesario aquí, distinguir entre las personas "detenidas" y los "presos".

- Para los "detenidos"

Los derechos fundamentales y las garantías procesales de los individuos "detenidos" (en espera de ser juzgados), pueden resumirse del modo siguiente:

- derecho a ser informado de los motivos del arresto (P. 10);
- derecho a ser oído, sin demora, por un juez u otra autoridad (P. 11.1);
- derecho de defensa, por sí mismo, o por un abogado (P. 11.1);
- El derecho a la asistencia letrada se estipula, específicamente, en el P. 17.1 y 2;
- derecho a que se hagan constar debidamente las razones y hora del "arresto", la identidad de los funcionarios que lo practiquen y el lugar de custodia del detenido (P. 12);
- derecho a ser informado de los derechos del detenido y forma de ejercerlos (P. 13);
- derecho a contar con un intérprete, gratuitamente, si el individuo no comprende el idioma empleado por las autoridades (P. 14);
- derecho a no sufrir incomunicación "por más de algunos días" (P. 15);
- derecho a que se notifique a su familia, o a quien el detenido designe, el lugar donde se encuentra (P. 16.1);
- derecho a que se informe a las autoridades diplomáticas de la detención de una persona extranjera (P. 16.2);
- derecho a comunicarse con su abogado (P. 18.1). Este derecho (que incluye el carácter "confidencial" de la comunicación), sólo puede ser restringido "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" (P. 18.3). Por otra parte, este derecho exige que nadie escuche el contenido de la entrevista entre el detenido y su abogado (P. 18.4). Asimismo, estas comunicaciones no

¹⁸⁸ Tal y como se verá posteriormente, estos derechos referidos a quienes estando presos aún no han sido juzgados, se completan con la consagración de unas garantías penales y procesales tales como la presunción de inocencia (Principio 36), el derecho de defensa (Principios 11, 17 y 18), el derecho a contar con un intérprete (Principio 14), etcétera.

pueden ser utilizadas como prueba en contra del detenido, a menos que se relacionen "con un delito continuo o que se proyecte cometer" (P. 18.5);

- derecho a la visita y a mantener correspondencia con sus familiares (P. 19). Este derecho puede ser restringido por ley o por reglamento dictados conforme a Derecho;
- derecho a estar detenido en un lugar que esté a una distancia razonable de su residencia habitual (P. 20);
- derecho a no sufrir "violencia, amenazas o cualquier otro método" en los interrogatorios (P. 21);
- derecho a no ser sometido a experimentos médicos o científicos (P. 22);
- derecho a que se hagan constar, debidamente, la identidad de los funcionarios que practiquen un interrogatorio y la duración e intervalos del mismo (P. 23). También se establece el derecho del detenido, o de su abogado, a tener acceso a esa información;
- derecho a recibir tratamiento y exámenes médicos gratuitamente (P. 24). Puede solicitarse, asimismo, un segundo examen u opinión médica (P. 25). Por otra parte, se establece la obligación de hacer constar, en un registro, el examen médico y la identidad del facultativo que lo practicó (P. 26). Y además, la inobservancia de todo ello ha de tenerse en cuenta para determinar la admisibilidad de tales pruebas contra el detenido (P. 27);
- derecho "a obtener unas cantidades razonables de materiales educativos, culturales y de información" (P. 28);
- principio de legalidad en materia de sanciones y régimen disciplinario en los establecimientos de reclusión (P. 30.1);
- derecho a ser oído y a recurrir, en materia disciplinaria (P. 30.2);
- derecho a que las autoridades competentes asistan a los familiares de los detenidos y, especialmente, a los que sean menores (P. 31);
- derecho a interponer una acción, en cualquier momento, con el fin de impugnar la detención (P. 32);
- derecho a presentar una petición o un recurso por el trato que haya sufrido el detenido, especialmente, en caso de tortura, u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (P. 33.1). También, ello puede ser ejercido por un familiar (P. 33.2), y, si se solicita, la petición o el recurso serán confidenciales (P. 33.3). Estas acciones han de resolverse sin demora injustificada (P. 33.4). Por otra parte, si el detenido muere o desaparece durante su detención, el juez (u otra autoridad) habrá de investigar lo sucedido (P. 34);
- derecho a obtener una indemnización por los daños causados al detenido por actos u omisiones causados por un funcionario público que sean contrarios a los derechos previstos en este documento (P. 35);
- derecho a la presunción de inocencia (P. 36).

- Para los "presos"

En cuanto a los derechos fundamentales y las garantías de los "presos" (personas ya condenadas por sentencia firme), éstos pueden relacionarse como a continuación se expone:

- derecho a que se le suministre información sobre su situación y derechos, así como la forma de ejercerlos (P. 13);
- derecho a que esa información le sea comunicada gratuitamente por un intérprete, si no comprende el idioma en el cual se le suministra (P. 14);
- derecho a no permanecer incomunicado "por más de algunos días" (P. 15);
- derecho a que se le notifique a la familia del "preso" el lugar donde este se encuentra cumpliendo la condena (P. 16.1);
- derecho a comunicarse con la autoridad diplomática si es extranjero (P. 16.2);
- derecho a comunicarse con y consultar a su abogado (P. 18.1 y 2);¹⁸⁹
- derecho a ser visitado y a mantener correspondencia con el mundo exterior, y, especialmente, con su familia (P. 19);
- derecho a cumplir la condena en una cárcel "situada a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual" (P. 20);¹⁹⁰
- derecho a no sufrir "violencia o amenazas" en cualquier interrogatorio (P. 21);
- derecho a no ser sometido, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos (P. 22);
- derecho a que se consignen en un registro, la identidad de los funcionarios que practiquen un interrogatorio, y la duración y los intervalos del mismo (P. 23);
- derecho a que se le ofrezca un examen y tratamiento médicos apropiado en el momento de su ingreso en una prisión y durante el cumplimiento de la condena (P. 24);
- derecho a obtener unas cantidades razonables de materiales educativos, culturales y de información (P. 28);

¹⁸⁹ Obsérvese que, en este caso, a diferencia de los reclusos "preventivos", no se consagra el derecho a la asistencia letrada para los "penados" (pues el Principio 17.1 sólo la establece para los detenidos), sino un derecho genérico a "comunicarse" con y "consultar" a su abogado. A pesar de esta importante distinción —que afecta al derecho de defensa de la población reclusa condenada— el Conjunto de Principios de las Naciones Unidas obliga a las autoridades nacionales a que suministren "tiempo y medios adecuados" para esa comunicación y consulta entre el abogado y el "penado". Varios interrogantes pueden, entonces, formularse en esta situación: ¿qué ocurriría en el caso que el "penado" no tuviese medios económicos para contar con un abogado durante el cumplimiento de su condena?; ¿se le "debe" designar un abogado "de oficio"? El Conjunto de Principios, al menos de modo explícito, no proporciona respuestas a tales interrogantes. Sin embargo, una interpretación que sea acorde con el principio de no discriminación "por razón de posición económica" (que también se consagra para los "penados" en el Principio 5.1), obliga a contestar afirmativamente a la segunda de las preguntas planteadas.

¹⁹⁰ La consagración de este derecho fundamental entraría en abierta contradicción con la denominada "política de dispersión" penitenciaria que practican algunos Estados (a pesar de ser miembros de las Naciones Unidas), normalmente por razones de seguridad y orden público motivadas por fenómenos de violencia política.

- principio de legalidad en materia de sanciones y régimen disciplinario en los establecimientos de reclusión (P. 30.1);
- derecho a ser oído, y a recurrir, en materia disciplinaria (P. 30.2);
- derecho a que las autoridades competentes asistan a sus familiares y, especialmente, a quienes sean menores (P. 31);
- derecho a formular peticiones y presentar recursos por el trato que el "preso" haya sufrido, especialmente en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (P. 33.1).

3. 5. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura (2002)

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 18 de diciembre de 2002, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El objetivo de este instrumento es prevenir la tortura y los malos tratos mediante un sistema de visitas regulares a los lugares de detención, las cuales son llevadas a cabo por órganos independientes de carácter internacional y nacional.

Como se observa, el Protocolo establece un sistema de visitas regulares a lugares de detención efectuadas por mecanismos de expertos independientes a nivel nacional e internacional que actuarán de manera complementaria. Al ratificar o adherir al Protocolo, los Estados parte aceptan que estos entes efectúen, sin previo aviso, visitas a cualquier lugar de detención. Las novedades más importantes residen en el establecimiento de dos mecanismos diversos:

- *Un Subcomité internacional.* En efecto, se crea por esta vía un nuevo órgano internacional: el Subcomité del Comité contra la Tortura. Este organismo, constituido inicialmente por un equipo multidisciplinario de diez expertos independientes, deberá realizar visitas regulares a lugares de detención en todos los Estados parte.

- *Mecanismos nacionales de prevención.* Una vez entrado en vigor el Protocolo, y al año de haber ratificado o adherido al mismo, los Estados parte deberán crear o designar uno o varios mecanismos nacionales facultados para realizar visitas a lugares de detención. El texto no especifica el tipo de mecanismo por el cual las comisiones de derechos humanos, asociaciones u organismos no gubernamentales, podrán ser designados para cumplir con esta función. Eso sí, los Estados parte deben asegurar que estos entes nacionales funcionen sin interferencia alguna de las autoridades estatales.

Es evidente la profunda importancia de estos nuevos instrumentos de lucha contra la tortura. Tanto el organismo internacional como los nacionales deberán llevar a cabo visitas regulares a cualquier lugar de privación de libertad y podrán entrevistarse en privado con cualquier persona allí detenida. Como recientemente ha señalado la Asociación para la Prevención de la Tortura,

"La experiencia ha demostrado que las visitas a lugares de detención son uno de los medios más efectivos para prevenir la tortura (...). Por un lado, las visitas tienen carácter disuasivo y, por otro, permiten a expertos independientes examinar en forma directa el trato brindado a las personas privadas de libertad" (2005).¹⁹¹

¹⁹¹ El gobierno español firmó el 13 de abril de 2005, en la sede de Naciones Unidas en Nueva York, el texto del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Tortura. Recientemente, se ha constituido la Coordinadora para la Prevención de la Tortura del Estado español, en la que participan algo más de una treintena de asociaciones de apoyo a presos, servicios de orientación jurídico-penitenciaria de diversos colegios de abogados del Estado y centros de investigación de universidades españolas. Esta Coordinadora presentó, en mayo de 2005, al Parlamento español el *dossier* titulado *La tortura en el Estado español*, y otro documento titulado *Muertes bajo custodia en el Estado español*. Estos organismos solicitan de las autoridades públicas, la urgente ratificación del Protocolo Facultativo para su inmediata implementación en el ámbito estatal.

Capítulo VI

Los derechos fundamentales de los reclusos en el ámbito internacional. II) El Consejo de Europa

1. Introducción

La protección internacional de los derechos humanos adquirió, en el ámbito de Europa occidental, algunos rasgos distintos a los expuestos anteriormente, por la homogeneidad de ciertas situaciones sociopolíticas y económicas de los Estados que la integran. Por otra parte, Europa fue la región que sufrió con más dureza los efectos de los totalitarismos que llevaron a la Segunda Guerra Mundial. Ello motivó, quizás con más deseo y necesidad que en otras áreas geográficas, que la defensa de los derechos y las libertades fundamentales fueran reconocidas como un elemento esencial de la reconstrucción regional. Además, históricamente, Europa había conocido las tradiciones liberales de la Ilustración y, como refiere Morenilla Rodríguez,

"la Revolución Francesa supo enunciar y divulgar las viejas libertades inglesas propugnando un orden jurídico-político para el control de la acción del Estado mediante la división del poder y el reconocimiento de unos derechos que garantizaban la libertad del individuo frente a los abusos de las autoridades del Estado. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución francesa de 1791 formularon las bases de un sistema —ya puesto en práctica unos años antes por los revolucionarios americanos— consistente en enunciar unos derechos fundamentales y seguidamente establecer un marco político del Estado cuyos poderes se controlan recíprocamente para asegurar la libertad del individuo" (1988: 18).

Si bien tales afirmaciones podrían ser matizadas en varios aspectos, interesa por ahora resaltar solamente la recepción europea —en pleno siglo XX— de esa tradición liberal surgida dos siglos antes.

Precisamente esa tradición liberal, unida al desastre de la Segunda Guerra Mundial y, junto a ellas, la necesidad imperiosa que tenía el Viejo Continente de efectuar una reconstrucción acelerada (con el auxilio de la primera potencia mundial) en aras de la participación en la economía de mercado, trazaron las pautas que darían inicio a la idea de la construcción de una "unidad europea". Éste es el marco en el cual hay que entender la tarea iniciada por Europa occidental tras la Segunda Guerra Mundial. Es en esta época cuando comenzará a transitarse el camino hacia un movimiento unificador que, limitado a la región que se analiza, se enmarcará en el ámbito de la ONU, cuya Carta —en su art. 52.1— permitió, precisamente, la acción regional