



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

García Ramírez, Sergio

Crimen y prisión en el nuevo milenio

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVII, núm. 110, mayo - agosto, 2004, pp. 547 - 595

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711005>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

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

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

## CRIMEN Y PRISIÓN EN EL NUEVO MILENIO\*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*\*

**RESUMEN:** En el presente ensayo, el autor examina aspectos fundamentales del sistema penal y los puntos de tensión que existen entre éstos y los derechos humanos. Se trata de un análisis que busca orientar la evolución del derecho penal y penitenciario en los años por venir. En primer lugar, el autor se refiere al concepto de delito y al principio de legalidad en materia penal. En segundo lugar, examina el concepto de delincuente y la polémica entre derecho de acto o derecho de autor. En tercer lugar, se analiza el concepto de pena y sus funciones sociales posibles. Finalmente, desarrolla una reflexión sobre el proceso penal como el método para articular el delito, en un extremo, y la pena, en el otro, ambos dirigidos hacia el delincuente. En la conclusión, el autor aboga en favor de la construcción de un sistema penal democrático.

**Palabras clave:** delito, delincuente, pena, proceso penal, sistema penitenciario.

*ABSTRACT: In this article, the author examines fundamental aspects of the criminal system and the points of tension that exist between the latter and human rights. His study also seeks to give orientation to the evolution of criminal and penitentiary law in the coming years. In the first place, the author refers to the concept of crime and to the principle of legality in criminal matters. In second place, he examines the concept of criminal and the debate between criminal law as law of act or as law of author. In third place, the study analyzes the concept of criminal punishment and its possible social functions. Finally, the author develops a reflection on criminal procedure, as a method that articulates the crime, on one extreme, and the punishment, on the other extreme, both directed towards the criminal. In his conclusion, the author argues in favor of the construction of a democratic criminal system.*

**Descriptors:** *crime, criminal, punishment, criminal procedure, penitentiary system.*

\* Una versión sintética de este trabajo fue presentada en la conferencia del autor en el II Congreso Internacional sobre Prevención Criminal, Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia. “Una visión del presente y del futuro a la luz de los derechos humanos”, Fortaleza, Ceará, Brasil, 25 de marzo de 2003. Este propósito expositivo explica algunas expresiones utilizadas en el texto.

\*\* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Sistema penal y derechos humanos.* II. *El delito.* III. *El delincuente.* IV. *La pena.* V. *El proceso.* VI. *Conclusión.*

## I. SISTEMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Una vez más estamos revisamos un tema que nos atribula y otro que nos esperanza: crimen y derechos humanos. De ambos se ha dicho y escrito con abundancia. Difícilmente habría algo nuevo bajo el sol, como no sea la necesidad de afianzar ideas y compartir objetivos. El crimen tiene con nosotros todo el tiempo que ha vivido nuestra especie. Los derechos humanos son un asunto joven —de dos siglos— con antiguas raíces. Hoy habremos de examinarlos, confrontarlos, asociarlos en un esfuerzo de reflexión que debiera culminar en un trabajo de perspicacia y voluntad. Ni derrotaremos al crimen, ni aseguraremos, fuera de todo riesgo, los derechos humanos. Pero podremos avanzar unos pasos, que seguramente también caminan, en estos momentos, los millares de hombres que se reúnen —y acaso se unen— en procuración de respuesta frente al delito y de rescate de los derechos humanos.

No es fácil —y quizás tampoco indispensable— precisar cuándo se inicia la historia del crimen. Milton rehace la crónica del *Génesis* sobre la primera aventura criminal del universo: un alzamiento que produjo la defenestración de los infractores e inauguró la tradición carcelaria. Al cabo de esta osadía, el rebelde “cayó en el abismo sin fondo”, en el que permanecería “cargado de cadenas de diamante”. El y sus compañeros de infortunio sufrirían la primera cárcel o el primer destierro, “aprisionados en extrañas tinieblas”.<sup>1</sup> El Dante se ocuparía en describir las mazmorras que aco-gieron a los condenados, una vez traspuesto el pórtico donde se advierte: “perded toda esperanza”.<sup>2</sup> Estas guardan una rara similitud con las que se instalarían, millones de años después, para

<sup>1</sup> Milton, John, *El paraíso perdido*, 2a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 4.

<sup>2</sup> Alighieri, Dante, *La divina comedia (Infierno, canto tercero)*, 13a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 8.

alojar a otro género de criminales y mantener la tradición del infierno. A su manera, también Prometeo fue un cautivo de alborada, aunque no fuera un recluso: encadenado “con broncineos e indisolubles nudos a este risco apartado de toda humana huella; donde jamás llegará a tí figura ni voz de mortal alguno”.<sup>3</sup>

Del crimen depende —más o menos— la consecuencia punitiva. Haré una paráfrasis de la expresión evangélica: a los delincuentes los tendremos siempre entre nosotros, como la sombra que sigue al cuerpo. Esto, que dijo Tarde, también lo previno Ferri: ninguna operación exitosa removerá ciertas cuotas mínimas de criminalidad, oscuro testimonio irrevocable de la vida humana.<sup>4</sup> No hay forma de elevar la bandera blanca que anunciaría la abolición del crimen. Ni siquiera Tomás Moro, en su *Utopía*, se atrevió a suponer la desaparición del delito y el final de las penas; en su república perfecta hay lugar para el patíbulo.<sup>5</sup> Sin embargo, no existe sólo un diseño de los delitos y los delincuentes, ni nos limitamos a reproducir el modelo de los castigos. Idénticos aquéllos en el vértice donde nace el crimen, e iguales éstos en la intención —y tal vez en la pasión— sancionadora, se transforman como la energía.

Hemos creado un sistema penal que es el reflejo de lo que somos, y aspiramos a crear otro —sobre las ruinas de éste o desde sus cimientos— que sea la insignia de lo que pretendemos. Ese sistema es una especie de *civitas diaboli* elaborada y administrada por el hombre con la esperanza de gobernarla. Pero a veces —lo sabemos perfectamente— el sistema opera por su cuenta y el aprendiz de brujo se convierte en una de sus primeras víctimas. El sistema penal tiene un carácter extremo, como extremoso es el delito en el catálogo de las conductas humanas y extremosa es la pena en el acervo de los recursos con que el poder civil se mantiene a flote. Un hecho de esta naturaleza se halla necesariamente colocado en la frontera entre la democracia y el autoritarismo.

<sup>3</sup> Esquilo, *Prometheo encadenado*, trad. de Fernando Segundo Brieva Salvatierra, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1921, p. 10.

<sup>4</sup> Cf. Ferri, *Sociología criminal*, trad. de Antonio Soto y Hernández, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f, p. 250.

<sup>5</sup> Cf. Moro, Tomás, *Utopía*, México, Porrúa, 1977, pp. 40 y 63.

Más todavía: es la frontera misma un lindero incierto y movedizo que conviene observar todos los días, no sea que haya ganado nuevos territorios durante la noche de nuestro reposo.

Se ha dicho que el sistema penal es la región crítica de los derechos humanos, el ámbito en el que éstos quedan en mayor predicamento. La idea viene de lejos, tan evidente como la realidad que denuncia. Guía la preocupación de nuestros clásicos. Extraña, pues, que con frecuencia ignoremos este hecho o actuemos como si lo ignorásemos o, peor todavía, como si quisieramos olvidarlo. Permitanme algunas invocaciones.

El gran precursor de lo que ahora nombramos “intervención penal mínima” y “garantismo”, César Beccaria, pudo escribir hace más de dos siglos que si hubiera “una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones”.<sup>6</sup> La misma idea prevalece en el pensamiento del hispanoamericano Manuel de Lardizábal —que nació en Tlaxcala, México, pero floreció en España, autor del *Discurso sobre las penas*— veinte años después de que Beccaria compusiera su tratado: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado”.<sup>7</sup> Añadiré a un compatriota mío del inquieto arranque del siglo XIX, cuando nuestras repúblicas se hallaban inmaduras y asediadas: la legislación, dijo Mariano Otero —profundo conocedor del sistema penitenciario y padre del juicio de amparo; por lo tanto, experto en los encuentros y desencuentros entre el poder y el ciudadano— es “el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”.<sup>8</sup> Volvamos la página, siglos más

<sup>6</sup> Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, ed. facsimilar de la ed. príncipe, trad. de Juan Antonio de las Casas, est. introd. de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 7.

<sup>7</sup> Lardizábal, Manuel de, *Discurso sobre las penas, contraido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, ed. facsimilar, pról. de J. Piña y Palacios, México, Porrúa, 1982, p. III (de la parte correspondiente al prólogo de Lardizábal).

<sup>8</sup> Otero, Mariano, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, *Obras, recop., selec., coment. y est. prel. de Jesús Reyes Heroles*, México, Porrúa, t. II, p. 654.

tarde. En la era de las contiendas penitenciarias —cuando ha declinado el romanticismo y se multiplican las insurgencias— no se puede menos que afirmar: “según un principio consagrado por el tiempo, el nivel del progreso general —o del retroceso— de cualquier sociedad nos está dado por sus prisiones”.<sup>9</sup>

El sistema penal, sucedáneo de la absoluta violencia —y en este sentido, producto y factor de civilización— puede constituir, en cualquier desliz, violencia absoluta. Quien monopoliza la fuerza —como enseña Weber—, también está dotado con la oportunidad —de la que sólo nos distancia la delgada piel del Estado de derecho— de volver la fuerza contra el pueblo. Es el depositario de preocupaciones y expectativas sociales, porque se halla en el cruce de la paz y la guerra, la esperanza y la desesperación; el receptor de convicciones humanistas o transpersonalistas; el acta de los compromisos autoritarios o democráticos de la nación y de su indócil o vacilante servidor, el Estado; el dato final y formal de la fe o la desconfianza en las potencialidades del ser humano, en la condición preservadora o redentora de la sociedad y en la competencia civilizadora del Estado.

En el sistema penal, como proscenio en el que evolucionan los personajes de la vida cotidiana —con mayor densidad e intensidad que en otros foros de la misma obra—, se hallan frente a frente el Estado, que dice representar a la sociedad o se yergue, de plano, con su propio título, y el infractor, un individuo al que previamente se ha despojado de la calidad que retienen sus semejantes, que en lo sucesivo serán sus adversarios, y al que se ha provisto con el membrete que anuncia su derrota: indiciado o inculpado, esto es, señalado por el índice del poder o cargado con la culpa del delito. Es, en otros términos, el “enemigo social”. La enemistad, instituida de esta forma, opone al infractor con el mundo entero. El encuentro entre el Estado y el inculpado —sobre todo el inculpado preso— es un drama político y moral. En él se proyectan acciones y reacciones, afirmaciones y consecuencias que

<sup>9</sup> Davis, Ángela, “La rebelión de Attica”, en *id. et al.*, *Sí llegan por tí en la mañana... vendrán por nosotros en la noche*, trad. de Francisco González Aramburu, México, Siglo XXI Editores, 1972, p. 48.

trascienden el conflicto específico en el que se aparecen. Cada conflicto resulta ser, así, el “símbolo” de una forma de concebir y practicar el poder y el derecho.

En la jerga de nuestras leyes se formaliza a través de algunas descripciones —quizás inevitables— que la muestran con elocuencia, y de paso dispersan la hipotética “presunción de inocencia”: probable o presunto responsable, señalan unas normas; sujeto sobre el que recaen indicios racionales de criminalidad, advierten otras. Este deviene, pues, un hombre “desnudo”: exento de poder, de prestigio y de virtud.<sup>10</sup> Lo demás puede ser un mero trámite. En fin de cuentas, el sujeto experimenta una transformación profunda ante los ojos de la sociedad, y acaso ante los suyos: sufre, en el peor de los casos, una metamorfosis kafkiana que culmina en la absoluta descalificación individual, y en el mejor, se constituye en un “caso” sujeto a investigación, juzgamiento y ejecución. Mucho deberá pugnar el inculpado —ante sí y ante el mundo, sea en el proceso, sea en la prisión— para acreditar que es algo más que un “caso” y que por lo tanto debiera ser observado, considerado y tratado como lo ameritan —mejor aún: exigen— su dignidad humana y su condición individual.

Es muy ilustrativa sobre el carácter del encuentro entre el poder público y el inculpado la fórmula epigráfica que ofrecen las causas penales. En algunos países, el expediente proclama el combate que ocurre en el proceso: el rey —o la reina—, la república o el pueblo contra tal ciudadano, cuyos derechos civiles y políticos sufren una disminución tan inmediata como radical. Lo ha dicho con dramatismo Carnelutti: “la majestad de los hombres en toga, se contrapone el hombre en la jaula”.<sup>11</sup> Es Leviatán quien se yergue contra el reo, en una contienda absolutamente desigual que sólo se equilibra, o por lo menos se modera, cuando los derechos humanos llegan, paulatinos, al platillo de la balanza que sostiene sus intereses y sus argumentos. Esto sólo ha ocurrido al cabo de

<sup>10</sup> Cf. mi comentario sobre esta materia en García Ramírez, Sergio, *La prisión*, México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 21 y ss.

<sup>11</sup> Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Temis, 1993, p. 11.

mucho tiempo y al paso de mucho esfuerzo, pero puede ausentarse con un ligero gesto de obsecuencia o impaciencia. Otro factor conspira contra el estatuto jurídico y sobre todo contra el estatuto —el Estado, pues— real del imputado: los derechos humanos que se corresponden —los generales de cualquier persona y los específicos de su situación— no disfrutan de gran popularidad.

El sistema penal —esto es, el régimen de los delitos y los castigos, con su complejo aparato de discursos, instrumentos, expectativas— es el producto de una serie de selecciones político-jurídicas.<sup>12</sup> Lo que en cada una se haga o deshaga, se emprenda o deseche, se avance o retroceda, ejercerá un impacto formidable sobre los derechos del hombre. De esas selecciones me ocuparé enseguida. Comienzo por la selección del delito, una cuestión de previo pronunciamiento para luego disponer sobre el delincuente, la pena y el proceso.

## II. EL DELITO

El crimen, con todo su seguimiento, es un hecho que gravita sobre nuestra cultura, y es cultura él mismo: criatura de nuestra necesidad y de nuestras pretensiones. Se establece a nuestra imagen y semejanza, de tiempo en tiempo, de circunstancia en circunstancia, para combatir lo que creemos combatible y conseguir lo que consideramos practicable. En cierto modo, pues, “inventamos” el delito, y una vez inventado —a partir, por supuesto, de una realidad providente— encerramos sus términos en una fórmula típica.

La tipificación legal de los delitos es una preciosa garantía que llegó con la mejor legislación revolucionaria. *Nullum crimen sine lege* ha sido, desde entonces, la divisa del derecho penal liberal, que ahora designamos como derecho penal democrático, con una expresión más pretenciosa y comprometida. El principio de legalidad, en torno al que gira el sistema penal moderno, puede fugarse, sin

<sup>12</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Panorama de la justicia penal”, en varios autores, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 718 y ss.

embargo, por múltiples fisuras. Del mismo modo que se ha llamado democracia, con gran licencia del lenguaje, tanto a sistemas que nos liberan como a régimenes que nos agobian, se ha denominado ley a normas que recogen la *volonté générale* de Rousseau, a través de la representación del pueblo, o a disposiciones que alojan el capricho de la tiranía o la oligarquía. Por supuesto, el hábito no hace al monje. Y no ha sido infrecuente —los ejemplos pueblan nuestra historia, remota o reciente— que por una hipotética delegación de atribuciones, en el más puro estilo de “dictadura constitucional” —como se le ha denominado—, los mandamientos penales queden en las manos, tan ocurrientes como laboriosas, de autoridades que no poseen la investidura que sólo corresponde al Parlamento.

Esto no satisface la garantía de legalidad penal, que no se conforma con la simulación y cuya efectiva observancia es un derecho crucial del ciudadano. El tema se ha planteado explícitamente a propósito de los límites que tienen los derechos humanos. En una Opinión Consultiva (OC-6/86), la Corte Interamericana de Derechos Humanos —cuya jurisdicción abarca hoy, por fortuna, a todos los países de la América Latina— ha definido a qué se puede reconocer la calidad de ley:

No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) —señaló ese tribunal internacional—, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrarse tales restricciones en disposiciones de carácter general.

Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según la cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección in-

ternacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Añadió la corte:

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana.

Y argumentó, finalmente, que “la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.<sup>13</sup>

En este punto hay que recordar la función de la dogmática, que no es sólo un ejercicio intelectual, sino una preciosa garantía para la persona.<sup>14</sup> Es conforme a este propósito que aquélla satisface su pretensión auténtica y legítima, que —se ha dicho— “no puede ser más que práctica, porque el derecho está hecho exclusivamente para la práctica”.<sup>15</sup> En fin de cuentas, la política criminal se vuelca en un sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para la realización de aquélla.<sup>16</sup> Y es evidente

<sup>13</sup> CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*, serie A, núm. 6, pfos. 26-28.

<sup>14</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Criminología, dogmática y política penal”, en varios autores, *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI. Volumen de homenaje al profesor y doctor Pedro R. David*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 309 y ss. Asimismo, cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1966, p. 201; y Bunster, Álvaro, “Consideraciones en torno de la dogmática penal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, núm. 90, 1997, p. 949.

<sup>15</sup> Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, t. 1, vol. I, pp. 4 y 5.

<sup>16</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Madrid, Akal, 1994, p. 51.

que la política criminal, al igual que la dogmática, se halla vinculada a una ideología y responde, con mayor o menor fidelidad, a sus exigencias.<sup>17</sup>

Hubo violencia en la criminalidad con la que agotamos el siglo XX e inauguramos el XXI: violencia atávica, extremada y, en ocasiones, novedosa. Tradicional como género, la privación punible de la vida tiene especies diferentes que trae consigo la tecnología: es el abismo que media entre el golpe de Caín, en la aurora de nuestros días, y el doble impacto sobre el World Trade Center, en lo que pudiera ser el ocaso. Además, los nuevos tiempos han aportado —como anticipó Niceforo— delitos ingeniosos, cerebrales, fraudulentos: los caudalosos crímenes de “cuello blanco”, bautizados por Sutherland, con sus ramas crecientes: desde los fraudes ciberneticos —la tecnología, de nuevo— hasta el crimen económico: la *criminalité des affaires*, que estalla, lo hemos visto, en algunas empresas gigantescas de la mayor economía del mundo. Cito a Günther Kaiser, cuando observa las infracciones que se valen de la informática: “Esta fatal combinación de fantasía criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos”. En el Consejo de Europa, algunos Estados reconocen —subraya el recordado Marino Barbero Santos— que la nueva delincuencia económica “es diez veces menos perseguida y su costo es diez veces más elevado que la delincuencia clásica”. En fin de cuentas, ¿estos delitos cobran a la sociedad más o menos dividendos que los perjuicios que generan los crímenes *tradicionales*?

Del delito de un solo hombre hemos transitado —sin abandonar aquél, por supuesto— al crimen de muchos, incluso legiones, en ambos extremos del suceso delictuoso: donde figura el sujeto activo y donde aguarda —o provoca— el pasivo. La gran delincuencia es cada vez menos *intuitu personae*. La pluralidad de infractores, perfectamente organizada, cobra una pluralidad de víctimas. Llamamos genocidio a la eliminación deliberada de un grupo humano, por ciertos motivos execrables. Pero no está lejos la afectación,

<sup>17</sup> Cf. Moreno, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Jus Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (Cepolcrim), 1999, p. 474.

no menos advertida —aunque absolutamente indiscriminada: esta es la diferencia—, de la vida, la integridad o el patrimonio de millones. Los delitos contra la economía y la ecología, o el narcotráfico en gran escala, operan sobre territorios cada vez más amplios y destinatarios innominados y multiplicados. La persona moral, constituida en la más inmoral de las personas, ha subido a la escena y obliga a reelaborar las reglas del delito y el proceso para captar esta expresión de la criminalidad moderna.

En la misma línea expansiva, el crimen deja el espacio que lo circundaba y contenía. Ya es o puede ser trascendental —también aquí la tecnología: que traslada personas, ideas y daños— y salvar las barreras naturales del recinto doméstico, el foro callejero, el barrio, la ciudad o la república. Globalizada la existencia, el crimen no queda a la zaga; se mundializa y suscita, en consecuencia, actores, instrumentos y procedimientos persecutorios que tienen la misma composición ecuménica. La violación del bien de todos requiere, en buena lógica, una reacción de todos. Esto se halla en la raíz de una nueva formulación punitiva: el naciente código de los delitos internacionales. Ya veremos qué tan eficaz es esta respuesta, aportada en 1998 por el Estatuto de Roma, al cabo de más de un siglo de ensayos y propuestas vinculadas con el derecho internacional humanitario, y por lo tanto con la tutela internacional del ser humano. Pero no hay que perder de vista la necesidad de preservar, en pleno desarrollo de la justicia internacional, todo lo que ha conseguido, pulgada a pulgada, minuto a minuto —por siglos— el derecho clásico y la justicia interna, cuando de veras merece este nombre.

Ciertos delitos ataúnen al poder. Las relaciones naturales entre aquéllos y éste pueblan nuestras reflexiones desde hace tiempo. Esto, que inicialmente abarcó el delito del individuo frente al poder —el crimen político, con sus aledaños—, comprende ahora, tal vez sobre todo, el delito del poder frente al individuo: la violencia del agente aislado y del aparato criminal que se instala en el Estado, cuyas piezas se mueven contra el hombre, deliberadamente, en un complejo sistema de trampas y acechanzas. Lo sabe

cabalmente la jurisdicción internacional de los derechos humanos, que se abastece de estos problemas.

Se distingue el delito del poderoso que pone la autoridad y el ingenio al servicio del tráfico, para culminar en una variante del delito de “cuello dorado”, del crimen que cultiva quien confabula la autoridad con la violencia para retener el poder mismo. Para luchar en este doble ámbito, que también trajimos del siglo XX —y de mucho antes— al XXI, proliferan los actos domésticos e internacionales: desde tratados que enfrentan la corrupción, hasta convenios que combaten la tortura, un típico crimen de lesa humanidad, es decir, un típico crimen contra el “núcleo duro” de los derechos humanos.

Para el proceso de tipificación y destipificación resulta indispensable precisar cuál es el objeto de la tutela penal. ¿Qué protegeremos con ésta? Ha decaído, pero no desaparecido, la idea de proteger convicciones, costumbres, preferencias. Ahora nos pronunciamos por bienes jurídicos provistos por una cantera cierta: la Constitución del Estado democrático. Allí está —o debiera estar— lo que nos une e interesa, y ahí mismo, por lo tanto, la fuente de los bienes que el orden penal protege. Tiene razón Zaffaroni cuando señala, para acotar el espacio de ese orden: “un sistema penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de derechos humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia”. Más que eso es tiranía; lo que excede, resulta inadmisible.

En este punto hay que resolver el papel del sistema penal en la vida social. Me refiero, por supuesto, a una resolución práctica que responda a una definición teórica generalmente admitida. Cuando el espectro del comunismo cabalgaba en Europa —escribieron Marx y Engels— en el distante 1847, las naciones aprestaron todos los medios para enfrentarlo. Hoy cabalga otro espectro: el delito, que no es el único jinete del Apocalipsis que levanta polvo en el camino. Y las naciones aprestan sus medios para combatirlo. Pero en este punto pudiéramos desandar lo que antes, con tanto esfuerzo, anduvimos. ¿No es verdad que las reacciones ner-

viosas, en aras de la seguridad, suelen pasar encima de los derechos humanos, alterar la encomienda del sistema penal, pedir a las normas represivas, a la policía, a la fiscalía, a los tribunales, a las prisiones y a los patíbulos lo que éstos no podrían, en ninguna circunstancia, proveer por sí mismos?

Es una tentación persistente gobernar con la ley penal en la mano, mejor que con la Constitución antropocéntrica —cito la calificación de Häberle—, con sus derechos y garantías. Pero “*jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado [ha dicho Maurach con una expresión terminante], el derecho penal debe representar la *última ratió legis*”. Las cosas terminan aquí, cuando no pueden tener otro fin, pero no empiezan en ese punto. Consecuentemente, no debiéramos confiar en un aparato exhuberante de tipos penales, que recoja lo que debe y lo que no debe. El “servor de tipificación” acabaría por instalar un aparato opresivo a todo lo largo de la vida, minucioso y comprensivo: un “ojo” del Hermano Grande, el artificio orwelliano,<sup>18</sup> que no pierde detalle ni escatima castigo.

### III. EL DELINCUENTE

También existe una selección político-jurídica del delincuente, que entraña muchas preocupaciones, juicios y prejuicios. Creemos que es delincuente quien infringe cierta norma: hay una relación entre el tipo de la ley y la conducta del inculpado. Pero también creemos que lo es —y esta impresión, aparentemente rechazada, germina con frecuencia— quien se aparta de otro tipo no escrito en las leyes, pero descrito en las costumbres, las convicciones, las creencias: el irregular, el marginal, el diferente, el disidente, llegan también a figurar en esta selección del personaje —una serie, una categoría— al que llamaremos, en lo sucesivo, delincuente o criminal, y trataremos como tal. El derecho penal de ahora es un derecho de acto, suprema garantía, pero no desaparece completamente la tentación de construir, como escudo a

<sup>18</sup> Cf. Orwell, George, *1984*, 6a. ed., México, Liny-Mex, 1956, pp. 8 y 9.

la mano, un derecho de autor que se abastezca en tipos criminológicos y diluya o destruya esa garantía.

No discuto que existan, como escribió Welzel, sendos tipos criminológicos: por disposición, caracterológico y sociológico, que son otras tantas formulaciones sobre la perseverante noción garofaliana de la *temibilitá*:<sup>19</sup> el mal esperado, ya que no cometido. Lo que debemos resolver —de allí la selección político-jurídica— es si la pertenencia a esos tipos autoriza, de entrada, la acción penal del Estado. La pregunta es: ¿habría que sancionar —o actuar, puesto más suavemente— por lo que “se es”, y no sólo por lo que “se hace”? En este asunto se ha movido la disputa entre las corrientes del derecho penal de autor y el derecho penal de acto, que por ahora prevalece, no obstante las “fisuras” que suministran ciertos tipos penales para hospedar rasgos personales más que daños sociales. También aquí aparecen —como tema para la decisión penal y riesgo para los derechos humanos— otras inquietantes cuestiones: los datos de la persona como factor de individualización, el estudio de personalidad, el registro de antecedentes, la consideración de la reincidencia. Cada uno de estos temas circula en la frontera entre el respeto y el agravio para los derechos humanos.

A este capítulo de consideraciones pertenece otro tema cuya solución requiere mayores esfuerzos. Hace un siglo se dijo que los menores de edad habían salido para siempre del derecho penal. Pero hoy no se sostiene tan enfáticamente esta exclusión. El problema reside en la constante reducción de la edad de acceso a la justicia penal, que se acostumbra citar como edad de imputabilidad, y en la aparente —o real— disolución de los criterios y las instituciones para el tratamiento de estos sujetos. El choque entre doctrinas —tutelar y garantista, o de la “situación irregular” y la “protección integral”— no ha concluido en la síntesis que resulta, a mi juicio, indispensable. No es razonable el dilema entre tutela del menor —una expresión más del Estado social— y garantías sustantivas y procesales. Si atendemos al verdadero fondo de las cosas, lo tutelar entra en contraste con lo penal, no con lo ga-

<sup>19</sup> Cf. Garofalo, Rafael, *La criminología*, trad. de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro ed., 1912, p. 134.

rantista. Es perfectamente posible conciliar protección y garantías en un sistema de síntesis, que no desemboque en el resurgimiento de la justicia penal, más o menos embozada.

En este sentido se pronunció —sin suscribir doctrina alguna— la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17, de 2002. En un voto particular concurrente a dicha opinión comenté que donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Esta adoptaría lo sustantivo de cada posición combatiente; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela de los derechos humanos—, que la identifica con el derecho de los menores infractores. Este constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un derecho protector, no un derecho expoliador de los derechos fundamentales.

Por una parte —escribí—:

La síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la Opinión Consultiva: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio. Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.

## IV. LA PENA

Veamos otra selección jurídico-política: las consecuencias jurídicas del delito, o más concentradamente, las penas, en las que reside, hoy por hoy, el “eje del sistema penal y, consecuentemente, el eje de la política penal del Estado”<sup>20</sup> no obstante la prelación que debiera reconocerse —como hizo el propio Beccaria— a la prevención del delito. Debemos seleccionar en el arsenal de nuestra imaginación, de nuestras conjeturas, de nuestras esperanzas, el contragolpe que ahuyente al delito: sea para responder en lo que atañe al criminal en acto, sea para impedirlo en lo que respecta a los criminales en potencia. Esto es, prevención especial y prevención general; castigo *quia peccatum* o *ne peccetur*, como nos alegó la teoría de la pena. Si el sistema penal, visto desde cierta perspectiva, se accredita como protector de los bienes más encumbrados: la vida, la integridad, la libertad, la honra, el patrimonio, también es, contemplado desde otro ángulo, el repertorio de los medios que minucionamente cancelan la vida, la integridad, la libertad, la honra y el patrimonio. La descripción típica sirve para lo primero; el repertorio de las penas se destina a lo segundo.

Ese repertorio se halla en el eje mismo de todo el debate penal antiguo y moderno; de las esperanzas y las frustraciones, tan numerosas unas y otras, aunque tal vez predominen éstas. He aquí, pues, como diría Ferrajoli, el “problema más clásico de la filosofía del derecho”. Bien observó Jescheck, refiriéndose a la reforma de la parte general de Código Penal alemán, que “el centro de gravedad... no está... en la configuración de los presupuestos de la penalidad, sino en la de las penas y medidas”.

La pena, consecuencia del delito, debiera ser legítima y servir para algo. Casi una verdad de Perogrullo. Estos son los dos términos del asunto que deben marchar juntos si no se quiere que descarrile el tren de la pena. Si la pena es justa y eficaz, podremos tomarla en cuenta, pero ¿a qué vendría recoger la pena injusta si mantenemos el compromiso ético de la sociedad y del Estado, o

<sup>20</sup> Baigún, David, “Sentido y justificación de la pena”, en varios autores, *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 25.

consagrar la pena ineficaz si reconocemos el signo pragmático del orden jurídico: medio de seguridad y de paz? Ahora bien, la controversia no cesa con esta admisión, sino apenas principia. Subsistén las hipótesis. Finalmente, las penas son una figura del derecho y éste obedece siempre —como ha destacado Ihering— a cierta idea finalista. Las penas se proponen retribuir, intimidar, purificar, recuperar, contener o conciliar, o bien, mejor todavía, todo de una vez, como quiere la teoría de la “unión”, punto de acuerdo entre las escuelas enfrentadas. Jamás se ha pedido a ninguna forma de justicia humana que alcance tan diversos y complejos resultados. Con esos proyectos ambiciosos hemos arribado a esta era, una vez recorridos otros milenarios que hoy nos parecen “experimentales” y que bien pudieran constituir experiencias suficientes para ahuyentar nuestras dudas e ilustrar nuestros pasos.

Además, las penas se inscriben en las líneas de una doble espiral, que mantiene vigencia: una, demoledora, que destruye el delito destruyendo al delincuente, tanto por eliminación física, como hace la sanción capital, como por eliminación social, como pretende la cadena perpetua; otra, recuperadora, que es la propuesta más ilusionada —permitase la expresión—, porque quiere destruir el delito reconstruyendo al delincuente. Por último, vista la identidad de la pena, queda el punto de su intensidad: máxima o moderada. En cada pena pueden aparecer estas opciones. Hasta la pena terminante, la muerte, que se consuma de una vez y para siempre, puede verse intensificada: lo estuvo extensamente, exhaustivamente, cuando se condenaba a muerte “exacerbada”.

Foucault proporciona un ejemplo: el tormento de Damiéns, el magnicida, larga preparación para la muerte y exposición ante el pueblo.<sup>21</sup> La piedad beccariana reaccionó con presteza: la pena debe ser “la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales”, sostuvo el autor en el teorema con el que corona su obra. Y en pleno terror revolucionario, no faltó el gesto reductor del castigo a su *mínimum* posible: con vena humanitaria, digamos, el médico y diputado Guillotin aseguró ante la Asamblea Constitu-

<sup>21</sup> Cf. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1972, pp. 11 y ss.

tuyente que “con mi máquina os haré saltar la cabeza en un abrir y cerrar de ojos, sin que experimentéis ningún sufrimiento”.<sup>22</sup>

Nos anticipamos demasiado, por fervor humanista que tuvo un origen plausible, cuando desechamos la retribución como objetivo de la pena; ese rechazo saturó el discurso penal de una era romántica. Sin embargo, hay que mirar bajo la epidermis: el proyecto retributivo obedece a la lógica misma del derecho —en este sentido satisface una exigencia neutra— y contribuye a la moderación del castigo, si se toma en cuenta, con Maurach, que “sólo la retribución ‘justa’ merece la consideración de pena”. Acierta Beristáin en su reivindicación del propósito retributivo: la “admisión de la retribución... significa teológica, sociológica, histórica, psicológica y jurídicamente la exclusión de la venganza”. De allí el germen civilizador del concepto. Retribución es correspondencia; tiene fronteras; le repugnan el exceso y el defecto. Puede ser, inclusive, el baluarte de la pena justa contra la pasión desmesurada. Hay que recordarlo cada vez que se pretende, so pretexto de alarma social, alterar la lógica del sistema de las penas y rehuir la regla que aconseja regularlas en función del bien jurídico afectado, del daño causado y del peligro corrido. En ocasiones se pone el patrimonio por delante de la vida.

El fin intimidatorio es, quizás, el más constante en la doctrina y en la práctica de las penas. Se trata, como lo registró hace siglos la Séptima Partida, de escarmentar para que “todos los que lo oyeren, e vieren, tomen exemplo e apercibimiento”.<sup>23</sup> Así, se habría sancionado en función de los otros, no del criminal: ni su hecho, ni su culpa ni su persona sustentan la pena individualizada; la reclama y la sostiene un supuesto externo y futuro; trasciende al autor y al hecho. Por eso la pena ha tenido una presentación dramática, que alecciona a la muchedumbre: se cumple a cielo abierto, previa convocatoria al pueblo, como lo establece el arte de la escena. Bentham resumió el acto de ejecución: “es una tra-

<sup>22</sup> Lenotre, G., *La guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la Révolution*, París, Lib. Académique Pérrin et Cie., Libraires-Editeurs, 1927, p. 216.

<sup>23</sup> *Setena Partida*, título XXXI, ley I, *Las siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio, glossadas por el Sr. D. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias*, Valencia, Imprenta de Benito Monfort, 1767, p. 225.

gedia solemne que el legislador presenta al pueblo congregado". Obviamente, la sanción adquiere aquí un objetivo paradójico que llega a ser extremadamente cuestionable cuando se ordena —como lo hacen algunas leyes— considerar este designio intimidatorio a la hora de ejercer la individualización judicial y administrativa: agravar la naturaleza, incrementar la cuantía y negar los beneficios que pudiera merecer el reo, todo esto por motivos ajenos a este mismo: en aras de los "otros", no como justicia para "él".

El proyecto recuperador, que se instala en la doctrina expiatoria —donde la pena es medicina del alma, como aseguró Sócrates en el *Gorgias* de Platón,<sup>24</sup> y que se resumiría en la expresiva frase de Costa: "lo que vale en la pena es el dolor que redime"—,<sup>25</sup> florece con plenitud, sin enlace religioso, en la doctrina de la readaptación bajo todos sus nombres y matices: resocialización, recuperación, reinserción, reeducación, repersonalización, rehabilitación: los numerosos "re" —como señala Zaffaroni— que conforman una densa doctrina y que, no obstante los cuestionamientos que se le dirigen —explicables y justificados, con la más dolorosa frecuencia— obedecen a la creencia en una "nueva oportunidad" que logrará más y se conformará mejor a la idea de la perfectibilidad humana que su contraria: la doctrina de la eliminación, con su enorme carga de desesperanza.

Persiste, no obstante todos los esfuerzos para resolverlo, el problema crucial en el descenso de la pena nominal y genérica, articulada en un discurso penal codificado, a la sanción real y específica que se vuelca sobre un sujeto particular en función de cierta conducta. Difícilmente encontrariamos en la justicia aplicada a otras ramas del derecho una cuestión tan intrincada. Aquéllas deciden de una vez y para siempre; en cambio, la justicia penal individualiza sobre la marcha, en pasos sucesivos. Y es preciso conservar ese sistema, que podríamos llamar de "resoluciones provisionales y perfectibles", habida cuenta de que la pena opera sobre una persona, no apenas sobre un crédito; si éste es invariable,

<sup>24</sup> Sócrates, "Gorgias o de la retórica", *Diálogos*, 19a. ed., México, Porrúa, p. 167.

<sup>25</sup> Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, trad. de Mariano Ruiz-Funes, México, UTEHA, 1953, p. 41.

aquella es, por esencia, mudadiza. Más todavía, es precisamente esto lo que se quiere acompañar, acompañar o aprovechar a través de la pena.

El primer paso en este proceso lo adelanta el legislador, que desde ese momento reconoce su imprevisión o su falibilidad para abarcar las circunstancias del caso concreto al que llegarán, finalmente, las decisiones legislativas. Está consciente de que, como ha escrito Cornelutti, lo que existe en uno de los platos de la balanza “es el tipo, no el hecho”, y “el tipo es una abstracción, no una realidad”.<sup>26</sup> La aplicación inmediata de la ley al imputado traería consigo, casi seguramente, una injusticia. De allí que el Parlamento prevea, en el mismo libro en que expone las penas que considera “justas”, varias formas para corregir las “injusticias” que éstas producirían a la hora de la sentencia: atenuantes, agravantes, datos de individualización, elegibilidad entre varias sanciones posibles, tramos de punibilidad, correctivos, perdones judiciales.

El segundo paso se encomienda, pues, al juzgador, que también está consciente de que la pena dispuesta en la sentencia, más justa —o equitativa, si se prefiere— que la prevista en la ley, no lo será tanto como podría serlo si se toman en cuenta —precisamente en función de los fines de la pena— los hechos de la ejecución que incide en la vida del condenado. Queda abierta la puerta, pues, al tercer paso: el que se apura en el proceso ejecutivo y en él mismo altera la resolución judicial, que *pro veritate habetur* en cuanto a los hechos y a la responsabilidad, pero no en cuanto a la pena impuesta. Todo esto se desconoce en los regímenes de “prejuicio legislativo”, que cierran la puerta a los hechos del futuro y se encapsulan en los del pasado. Con la misma lógica obstinada habría que evitar los armisticios y suprimir las amnistías.

Cuando hablamos de recuperación y reinserción del infractor ingresamos francamente en la pena privativa de libertad, que llena la historia del siglo XIX y domina en la del XX. Es cierto que todo el sistema de sanciones, cualesquiera que éstas sean, debiera plegarse a fines uniformes que le confieran consistencia y cohe-

<sup>26</sup> Cornelutti, Francesco, *op. cit.*, nota 11, p. 66.

rencia, pero también lo es —sobre todo a partir del siglo XIX— que la readaptación está notablemente vinculada a la pena privativa de la libertad. De hecho, la readaptación ha sido proyecto y legitimación de la cárcel, que de lo contrario sólo operaría como hecho mecánico de castigo, contención o apaciguamiento.

La prisión posrenacentista es hija del monasterio. El régimen de penitencia religiosa tuvo un reflejo más o menos calculado: la privación laica y penal de la libertad; el monasterio involuntario. De la prisión de los conventos —escribió Von Hentig— “han irradiado influjos arquitectónicos y psicológicos que todavía perduran”.<sup>27</sup> En la primera historia de la cárcel también hubo paradojas: detestable en un sentido, era deseable en otro. Detestable, porque fue instrumento del príncipe, gala de su poder elevado con piedra y acero. En 1789, la muchedumbre de París que tomó la Bastilla y liberó con estrépito a un puñado de olvidados,<sup>28</sup> simplemente demolió paradigmas con paradigmas. Lo que entonces hizo el pueblo fue arrebatar al rey su poder, exclaustrar a los perseguidos, exhibir los *arcana imperii* y reasumir el poder de liberar, que conduce de nuevo al poder de castigar.

Por otra parte, se miró la prisión con alivio pues había llegado para relevar a la pena capital: más prisión y menos patíbulo. Por eso se apresuraron los ilustrados a defender sus méritos como alternativa redentora: el freno contra el delito —aseguró Beccaria— no reside tanto en el espectáculo, siempre momentáneo, que ofrece la muerte de un malhechor, sino en “el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha offendido”. Foucault ha hecho el relato de este relevo: del descuartizamiento de Damiens a la prisión recogida, silenciosa y regulada. Es ejemplo de institución total, en el sentido de Goffman, que la cita como “ejemplo notorio”.<sup>29</sup> El modelo inicial quedaría com-

<sup>27</sup> Hentig, von, *La pena, las formas modernas de aparición*, trad. de José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, t. II, p. 199.

<sup>28</sup> Cfr. *Las prisiones de Estado, que comprende La Bastilla, el Torreón de Vincennes, la Torre de Nesle, las Islas de Santa Margarita y de Pignerol, y la historia de la marquesa de Brinvilliers*, México, Imp. de Ignacio Cumplido, 1855, pp. 316 y 317.

<sup>29</sup> En su caracterización de la institución total, Goffman señala: “Un lugar de residencia

plete si se cumpliera además el proyecto panóptico de Bentham, arquetipo de perfecta disciplina extrapolable al conjunto social.<sup>30</sup>

Se había transitado —para citar a Ferri, en un texto que parecería de Foucault— “de las formas de coacción física y directa a las formas de encauzamiento psíquico e intelectual”.<sup>31</sup> En esta etapa, la prisión penitenciaria —además de la preventiva— cobraría un gran vuelo: en lo cualitativo, porque satisfizo las exigencias de la pena expiatoria, proporcional, remediable y humanitaria; en lo cuantitativo, porque absorbió a los reclusos que de otra suerte irían al cadalso y acogió a quienes sufrirían galeras o transportación: los ejecutables y transportables devinieron encarcelables. De esta manera, por cierto, se iniciaría la sobre población carcelaria.

La historia posterior de la prisión es un catálogo de buenas intenciones y muy graves frustraciones, que pusieron en la mira el discurso del tratamiento y la idea misma de la readaptación. “Quien ingresa a la prisión deja de ser hombre”, ha escrito lapidariamente el criminólogo Elías Neuman.<sup>32</sup> Y difícilmente podría defenderse la justicia y la eficacia de una institución que produce personajes gorkianos: exhombres ineptos para la libertad. Pero esa es la experiencia dominante acerca de la prisión, consolidada —denuncia Barros Leal— como “instrumento de iniquidad, de violencia física y moral”.<sup>33</sup> Los antiguos positivistas miraron con reticencia la prisión. Ferri se refirió a su completo fracaso;<sup>34</sup> alguno dijo, sentenciosamente: “por mejor que sea, resuelta siempre perjudicial”.<sup>35</sup> Dondequiera existen normas que exaltan la función redentora de la prisión y el deber de brindar al recluso un trato y

y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Las cárceles sirven como ejemplo notorio”, citado por Pérez Guadalupe, José Luis, *La construcción social de la realidad carcelaria*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 2000, p. 95.

<sup>30</sup> Bentham, Jeremy, *Panóptico*, México, Archivo General de la Nación, 1980, p. 13.

<sup>31</sup> Ferri, *op. cit.*, nota 4, t. I, p. 344.

<sup>32</sup> Cf. Neuman, Elías, “Cárcel y sumisión”, en varios autores, *op. cit.*, nota 20, p. 144.

<sup>33</sup> Barros Leal, *Prisión. Crepúsculo de una era*, México, Porrúa, 1000, p. 72.

<sup>34</sup> Cf. Ferri, *op. cit.*, nota 4, p. 261.

<sup>35</sup> Ribeiro de Araujo, Americo, *Scienza penitenciaria positiva*, Río de Janeiro, Livraria Editora Leite Ribeiro & Maurilio, 1918, p. 63.

un tratamiento humanos; y dondequiera son deplorables —infernales, a menudo— las condiciones de la vida en prisión.<sup>36</sup> Difícilmente habría otro sitio en el que hubiese tan profundo abismo entre la norma y la realidad. Sobran las descripciones. Los problemas carcelarios son ampliamente conocidos. Existen y subsisten a ciencia y paciencia de las autoridades y de la sociedad.

La condena de la prisión emerge naturalmente a partir del desliento por sus resultados, a no ser que nos refiramos —señala la crítica, con ironía— a las funciones latentes, subterráneas o no declaradas de la privación de libertad; éstas han sido, en contraste, exitosas.<sup>37</sup> La readaptación sufre asedio, pues: el encarcelamiento, que pretende disfrazarse con ella, sólo es un hecho de poder, viene Zaffaroni. Sin embargo, éste reconoce también la utilidad quizás residual del discurso readaptador: si no lo mantuviésemos vigente caeríamos en el vacío, o puesto en sus propios términos, sobrevendría “una práctica genocida que se cubriría ideológicamente con el fracaso de (la readaptación)”.

La cárcel, microciudad que refleja, en su propia escala, a la macrociudad de la que finalmente toma sus caracteres, ofrece también el doble panorama de la sobre población y la discriminación: una doble desgracia —cuantitativa y cualitativa— que contribuye a derrotar las mejores intenciones. En América Latina se han elevado con desmesura las cifras de la población penitenciaria. De 26 países examinados por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, prácticamente todos —es decir, 25— mostraban sobre población penitenciaria; de ellos, en 20 había niveles de sobre población crítica por encima del 120 por ciento. En suma, “la situación es de horror e implica un verdadero genocidio carcelario”.<sup>38</sup> Y este hacinamiento, que algunos consideran el mayor pro-

<sup>36</sup> Cf. Stern, Vivien, “Alternatives to Prison in Developing Countries”, *Penal Reform International*, 1999, p. 17.

<sup>37</sup> Cf. Zambrano Pasquel, Alfonso, “Sentido y justificación de la pena”, en *ibidem*, pp. 11 y 23.

<sup>38</sup> Carranza, Elías, “Sobre población penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, en *id. (coord.), Justicia penal y sobre población penitenciaria. Respuestas posibles*, México, Siglo XXI Editores/Naciones Unidas, Ilanud, 2001, p. 20.

blema de las prisiones, “incide, a su vez, sobre todas las funciones básicas penitenciarias y genera muchos otros graves problemas”.<sup>39</sup>

En estrecha sociedad con la sobrepoblación —o andando por su cuenta— prospera otro mal endémico de la vida carcelaria: la desgracia cualitativa, que se desgrana hasta la cárcel a partir de las primeras etapas del quehacer penal del Estado. La idea de igualdad ante la ley, semilla que plantó el liberalismo, difícilmente podría dominar mientras no arraigue la fraternidad: tercero y más exigente extremo de la trilogía revolucionaria. La ausencia de ésta se las arregla para diluir los beneficios de la libertad y la igualdad. El sistema penal es injusto, desigualitario, discriminador. “La tradición literaria y popular consagra largamente la afirmación del carácter discriminatorio de la justicia penal”, subraya Zaffaroni.<sup>40</sup> Para probarlo, agreguemos, bastaría una mirada —ni tan extensa ni tan paciente— sobre la realidad cotidiana de los cuarteles de policía, las salas de audiencias, las “galeras” de las prisiones. El paisaje humano lo dice todo. Y las cifras apoyan la experiencia del observador. Un analista de la situación en Estados Unidos de América refiere que “de cada 100,000 americanos caucásicos, 306 están en prisión; la cifra comparable para los americanos negros es de casi 2000”.<sup>41</sup> La justicia penal —se ha dicho con frecuencia— tropieza aún más gravemente en los países menos desarrollados: aquí exacerba la pobreza y la injusticia.<sup>42</sup>

En fin de cuentas, de la crisis de la prisión han resultado —además de varios desastres— algunos imperativos voluntariosos y seguramente providenciales. En un caso, la prisión desaparece; en el otro, reaparece transformada. Veamos ambos. El primero proviene de las fuerzas centrífugas de una prisión fatigada, combatida y desahuciada. Es así que se multiplican los sustitutivos y correctivos. Van generando una familia de penas nuevas o de nueva

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>40</sup> Zaffaroni, “Justicia penal y discriminación”, en varios autores, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, p. 273.

<sup>41</sup> Coyle, Andrew, “La sobrepoblación en las prisiones: la prisión y la comunidad”, en Carranza, Elías (coord.), *Justicia penal y sobrepoblación...*, cit., nota 38, pp. 105 y 106.

<sup>42</sup> Stern, *op. cit.*, nota 36, p. 9.

aplicación de penas viejas, como es el caso de la pena pecuniaria, y además de alternativas frente a la cárcel y, más todavía, con respecto a la solución penal y judicial del conflicto que se expresa en el delito. En este orden hay que distinguir entre alternativas a la prisión, sanciones alternativas en el derecho penal y alternativas al derecho penal mismo.<sup>43</sup>

En el primer caso, el de los sustitutivos y correctivos, prolifera la exploración de otros medios penales: no medidas, sino penas, aunque exclaustradas y por ello menos proclives al hundimiento final del reo, que se produce en la prisión, y más adecuadas a su rescate para la llamada vida libre, que difícilmente se podría preparar en cautiverio. Frieder Dünkel resume: “la ampliación de alternativas a la pena privativa de libertad se ha convertido en un tema político-criminal central en la mayoría de los países de Europa Occidental”;<sup>44</sup> y así ha ocurrido, en rigor, dondequiera. Las alternativas y los sustitutivos son —por su dimensión y sus efectos— la más relevante propuesta del legislador —por su dimensión y sus efectos— en el régimen de sanciones penales.<sup>45</sup>

De esta forma se mantiene activa y hoy acelerada la imaginación que ideó, cien o doscientos años atrás, el régimen progresivo, la *probation*, la *parole*, la remisión de pena. En fin de cuentas, si el instrumento penal constituye —en una sociedad democrática— el último recurso del control social, la prisión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición.<sup>46</sup> No extraña, pues, la compleja historia de las alternativas

43 Cf. Arrojo, José Manuel, *El derecho penal ante el dilema de sus alternativas*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, pp. 95 y ss.

44 Dünkel, Frieder, “Alternativas a la pena privativa de libertad desde una perspectiva de los países europeos. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones”, *Pensamiento Penal*, Culiacán, Sinaloa, año 1, núm. 2, abril-junio de 1988, pp. 33 y 55. Asimismo, cf. Valmaña Ochaíta, Silvia, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1990, p. 195.

45 Cf. Zannotti, Roberto, “Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio”, *L'Indice penale*, nuova serie, anno III, núm. 2, maggio-agosto de 2000, p. 710.

46 Cf. Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, “Introducción”, *id. (coords.)*, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 12.

y los sustitutivos de la prisión —en la acepción más amplia— y la profusión de propuestas en esta materia.<sup>47</sup>

El éxito de las alternativas depende de diversos factores. Los estudiosos del tema mencionan, entre otros, la claridad de la legislación, la aceptación por parte de los tribunales, la adecuada interpretación y conducción que éstos provean, y la participación de la sociedad.<sup>48</sup> Agreguemos, con relevancia decisiva: personal y recursos. Por supuesto, habrá que medir a cada paso los resultados de los sustitutivos y los correctivos; su empleo indiscriminado, con el feliz designio de excluir la privación de libertad, puede producir efectos adversos que obtengan un resultado contrario: exclusión de la libertad y retorno a la prisión, en medio de un agravamiento generalizado de las penas.

En diversos países la aplicación de las alternativas, que deben servir a la misma “idea rectora” que gobierna otras consecuencias de derecho penal, no siempre corresponde a las expectativas de la legislación; cierta desconfianza, aunada a —o propiciada por— la insuficiencia de recursos para ejecutarlas, reducen su aplicación.<sup>49</sup> La crisis que se cierne sobre el sistema penal —y específicamente sobre la idoneidad y la eficacia de las penas— abarca tanto la prisión como los sustitutivos;<sup>50</sup> el éxito o el fracaso de éstos pone en tela de juicio, para múltiples efectos, la pertinencia de un régimen jurídico-penal inspirado en ideales recuperadores, y sustraído a las orientaciones y a las tentaciones estrictamente represivas. No se trata solamente de reducir el número de reclusos —para “despresurizar” las prisiones, como se ha dicho con más imaginación que razón—, sino de conseguir los buenos resultados que

47 Cfr. García Ramírez, Sergio, “Desarrollo de los sustitutivos de la prisión”, en varios autores, *Las penas sustitutivas de prisión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995; *id.*, *Justicia penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 711 y ss., así como *id.*, “Consecuencias del delito: los sustitutivos de la pena y la reparación del daño”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003. Igualmente, cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984, esp. pp. 59 y ss.

48 Cfr. *ibidem*, pp. 61, 64-67 y 73 y ss.

49 Cfr. Stern, *op. cit.*, nota 36, pp. 20 y ss.

50 Cfr. Zannotti, *op. cit.*, nota 45, pp. 709-710 y 721 y ss.

promete la corriente humanista y democrática del sistema penal. En fin, los sustitutivos deben ser analizados, establecidos y aplicados a la luz del enlace que existe entre el régimen de las penas y la preservación de los derechos del sentenciado y sus familiares, de la sociedad<sup>51</sup> y de la víctima del delito.

El segundo caso al que aludí es el de la cárcel transformada. Debo aclarar la idea: no digo prisión convertida en otra institución, sino transformada de la que es en la que siempre debió ser, y en este sentido rescatada y revisada. Las Constituciones y los textos internacionales han recibido derechos de dos generaciones en la normativa sobre privación de libertad: de la primera, el acento humanitario que desecha maltrato y残酷; de la segunda, el énfasis finalista, que sigue apuntando en una sola dirección descrita con diversas palabras. Lo demuestra una breve recorrido de Constituciones: reeducación y reinserción social, dice España; readaptación, señala Italia; reeducación, rehabilitación y reincorporación social, sostiene Ecuador; readaptación social y reeduación, menciona Guatemala (artículo 19); readaptación social, indica México; rehabilitación, puntualiza Panamá; readaptación, manifiesta Paraguay; reeducación, rehabilitación y reincorporación, resuelve Perú (artículo 139.22); reeducación, declara Uruguay.

Otro tanto exponen las convenciones generales y los instrumentos especializados. La Convención Americana de 1969 —un texto normativo, no sólo indicativo, para los Estados partes— dispone: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. No es diferente la orientación de los instrumentos internacionales a propósito de la privación de libertad, capítulo de los concernientes a la justicia, que se instalan con perfecta naturalidad en el acervo de las declaraciones y garantías de los derechos humanos.

<sup>51</sup> Derechos colectivos y difusos de una sociedad que demanda resultados más efectivos y duraderos, que eviten la transformación de cuestiones interindividuales (atinentes al condenado, visto en su individualidad) en cuestiones estructurales (correspondientes al conjunto de los sentenciados, incremento de la criminalidad, saturación de las prisiones, motines carcelarios). Cf. Cardoso da Silva, André, “As penas alternativas em processo de globalização-Un novo modelo ressocializador”, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 92, 1997, p. 392.

En fin de cuentas, la prisión transformada debe instalarse sobre tres conceptos, que concilian la privación de libertad, sus fines admisibles y el imperio de la legitimidad, que se cifra en la preservación de los derechos humanos: ocurre en la microciudad carcelaria como en la macrociudad republicana. Primero, la readaptación o reeducación o rehabilitación —o lo que se quiera, sinónimo de aquello—, acerca de la cual persiste una gran diversidad de conceptos, con sus correspondientes implicaciones sobre el régimen penitenciario,<sup>52</sup> no es “conversión”, “manipulación”, “alteración” —en el sentido preciso, orteguiano, de la palabra: hacer de uno, otro—, sino dotación de medios para el ejercicio responsable de la libertad. Esto supone crecer la libertad, no disminuirla, y deja al hombre liberado la opción final sobre su conducta. Se quiere, en fin, contribuir al desenvolvimiento de las potencialidades del hombre recluido.<sup>53</sup> El denominado tratamiento —ave de tempestades en el debate criminológico— consistiría solamente en el medio o el modo de lograr esos objetivos y tendría un cimiento invariable: el reconocimiento de la dignidad inherente a los seres humanos y de sus derechos iguales e inalienables.<sup>54</sup> Nunca debió ser otra cosa, ni podría serlo.

Segundo, el ámbito de las prisiones, constituido para el ejercicio de una autoridad tan irresistible como minuciosa, tan providencial como caprichosa, debe plegarse a la legalidad que campea en el conjunto del sistema penal. La legalidad ha llegado tarde al claroscuro de las prisiones, pero ha llegado al fin. El derecho penitenciario, que fue a la zaga del penal y el procesal penal, ha tomado el camino que le corresponde, aunque a menudo la proliferación de normas no se acompañe con la observancia fiel de sus mandamientos. La comunidad internacional ha generado un vasto catálogo de disposiciones sobre esta materia, que comenzó en los Congresos Penitenciarios y floreció a partir de la asunción, por las Naciones Unidas, del liderazgo en materia penitenciaria y

<sup>52</sup> Cf. Salt, Marcos G., “Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, en varios autores, *op. cit.*, nota 20, p. 121.

<sup>53</sup> Cf. *Pratique de la prison. Du bon usage des règles pénitentiaires*, París, Penal Reform International, 1997, p. 109.

<sup>54</sup> *Idem*.

de la emisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955.<sup>55</sup> Hoy esas normas, nominal o realmente acogidas por muchos países,<sup>56</sup> integran el “estándar” exigible propuesto a los Estados para la adecuación de sus propios ordenamientos: un estándar depositado en cada vez más numerosos instrumentos —más de treinta—<sup>57</sup> de diversa naturaleza; a las disposiciones contenidas en tratados o declaraciones generales se añaden los que se relacionan específicamente con adultos detenidos<sup>58</sup> o sujetos a medidas que limitan sus derechos,<sup>59</sup> y con menores infractores,<sup>60</sup> así como aquellas otras que analizan los deberes de diferentes actores de la justicia: jueces,<sup>61</sup> abogados,<sup>62</sup> fiscales,<sup>63</sup> agentes de seguridad pública.<sup>64</sup>

<sup>55</sup> Cfr. López Dawson, Carlos, “Normas internacionales en los sistemas penitenciarios”, en varios autores, *El sol en la ciudad. Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria*, Santiago de Chile, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1993, p. 61.

<sup>56</sup> Casi todos los países de Europa, señala Günther Kaiser, ha adoptado las Reglas Mínimas. Cfr. *Prison Systems & Correctional Laws: Europe, the United States, and Japan. A Comparative Analysis*, trad. de Sharon Byrd, Nueva York, Transnational Publishers, Inc., Dobbs Ferry, 1984, p. 166.

<sup>57</sup> Cfr. Centro de Derechos Humanos-Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Derechos humanos y prisión preventiva. Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1994, p. 1.

<sup>58</sup> Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988); Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (Resolución 45/111 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1991).

<sup>59</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, Resolución 45/110 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990).

<sup>60</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985); Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990).

<sup>61</sup> Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura (Informe del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 1985).

<sup>62</sup> Principios básicos sobre la función de los abogados (Informe del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 1990).

<sup>63</sup> Directrices sobre la función de los fiscales (Informe del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 1990); Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (*idem*).

<sup>64</sup> Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Resolución 34/169 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1979).

Desde luego, la legalidad penitenciaria tiene su propia carta de naturaleza. El régimen penal ordinario, con su complejo de figuras promotoras e imparidoras de justicia —el juez natural, a la cabeza— no debe ser suplantada por otro régimen que disperse los rasgos característicos de aquél: la independencia y la imparcialidad, por ejemplo. Otro tanto sucede con el régimen penitenciario, a veces acosado por los sistemas de excepción.<sup>65</sup>

Tercero, el Estado es garante de la dignidad de quienes se hallan recluidos bajo su jurisdicción. Lo ha resuelto, en más de una oportunidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En varios casos contenciosos —*Neira Alegria y otros* (Perú), de 1995; *Castillo Petrucci y otros* (Perú), de 1999, e *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros* (Trinidad y Tobago), de 2002—, la corte sostuvo que “en los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”.<sup>66</sup>

En otra decisión, el mismo tribunal estableció la relación —como entre dos círculos concéntricos— entre el deber genérico del Estado de proveer seguridad a quienes viven bajo su jurisdicción, y la obligación específica de hacerlo con respecto a los detenidos, y fijó —como corolario— una relevante presunción de responsabilidad: “en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia”.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Zambrano Pasquel, Alfonso, “Régimen penitenciario y política criminal”, en varios autores, *op. cit.*, nota 20, p. 89.

<sup>66</sup> Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94, pfo. 165; Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, núm. 69, pfo. 87; Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, pfo. 195, y Caso Neira Alegria y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995, serie C, núm. 20, pfo. 60.

<sup>67</sup> Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión

En un *Voto* particular a una de aquellas sentencias, señalé que:

En estos casos, correspondientes a la *institución total* que es la prisión, los títulos de los que resulta la condición de garante del Estado son la orden de captura —o sus equivalentes— y la sentencia de condena. Ambos actos de autoridad traen consigo la sustracción del sujeto del medio libre en el que se ha desenvuelto y su colocación en un medio totalmente distinto, en el que cada acto de la vida del interno se halla sujeto al control del poder público. La función de garante implica: *a)* Omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y *b)* Proveer todo lo que resulte pertinente —conforme a la ley aplicable— para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra.<sup>68</sup>

Cuarto, el recluso conserva el núcleo duro de los derechos humanos, aunque sufra cierta reducción —o hasta suspensión— en el ejercicio de otros derechos del mismo carácter. Bajo la regla de mínima intervención y el principio *pro homine*, que también aquí sostiene su validez, el núcleo irreductible tendería a ser amplio, y el reductible sólo sería el que derive, con buena lógica, de la naturaleza misma de la pena, considerada en su versión estricta. La idea se recoge con claridad, por ejemplo, en las Constituciones de Portugal: “Los condenados a los que les sean aplicadas pena o medida de seguridad privativa de la libertad mantienen la titulidad de los derechos fundamentales, salvo las limitaciones inherentes al sentido de la condena y las exigencias propias de la ejecución respectiva” (artículo 30.5), y los Países Bajos: “Quien hubiere sido privado de su libertad legítimamente puede ser limitado en el ejercicio de sus derechos fundamentales en la medida en que éstos sean incompatibles con la privación de libertad” (ar-

Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Federativa del Brasil, Resolución de 18 de junio de 2002, Considerando 8. *Idem*, Resolución de 29 de agosto de 2002, Considerando 6.

<sup>68</sup> Expongo este criterio en mi voto particular concurrente relativo al Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago, Sentencia del 21 de junio de 2002, *cit.*, nota 66.

título 15.4). Igualmente, algunas sentencias nacionales han acogido esa tesis: “Si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales —señaló la Corte Constitucional de Colombia—, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como exceso y por tanto como violación de tales derechos”.<sup>69</sup>

El cuadro de derechos que suministra *Penal Reform International* puede constituir una buena guía. Se mantienen incólumes los derechos al respeto a la dignidad humana, a la vida y a la integridad personal, a no ser objeto de tortura ni maltrato, a la salud, a la aplicación equitativa de la ley, a no sufrir discriminación de ninguna naturaleza, a no ser sometido a esclavitud, a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, al respeto a la familia y al desarrollo personal. Y pueden ser restringidas algunas libertades personales, el derecho a la vida privada y las libertades de movimiento, expresión, reunión y sufragio.<sup>70</sup> Otras clasificaciones se refieren a tres categorías: derechos de pleno goce, limitados y suspendidos.<sup>71</sup>

La tutela judicial de los derechos de los reclusos constituye un avance necesario, que debe preservarse e incrementarse. Hay, por lo menos, tres vías para que esta protección adquiera presencia: la intervención de órganos jurisdiccionales en el establecimiento de la constitucionalidad y legalidad, en sus casos, de las medidas aplicadas a los reclusos y, en general, de la vida en los reclusorios; la actuación de tribunales de ejecución de penas, integrados en el

<sup>69</sup> Sentencia T596, 10 de diciembre de 1992, citada por Castro García, Lourdes, *Leyes, cárceles y derechos humanos en Colombia*, MINGA, Costa Rica, Asociación para la Promoción Social Alternativa, 1995, p. 28.

<sup>70</sup> *Cfr. Pratique de la prison...*, *cit.*, nota 53, p. 6.

<sup>71</sup> En la primera categoría figuran los derechos a la vida, a la dignidad personal (que involucra no ser víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes, y no ser objeto de desaparición forzada), a la salud, a un juicio justo e imparcial, al *habeas corpus*, a un proceso sin dilaciones injustificadas, de defensa y a que se presume la inocencia y se le aplique la ley más favorable. Derechos limitados son los concernientes a intimidad personal, comunicación y expresión, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia y culto, familia, trabajo, reducción, recreación y cultura, reunión y asociación y sufragio. Como derecho suspendido se menciona el relativo a la libertad, que “debe entenderse básicamente con respecto a la locomoción”. Castro García, Lourdes, *op. cit.*, nota 69, p. 28.

Poder Judicial nacional, y el conocimiento por parte de órganos jurisdiccionales internacionales —más las tareas del *Ombudsman* internacional: comisiones o comités de derechos humanos— en el establecimiento de los derechos de los reclusos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Hubo tiempo en que el recluso fue visto —conforme a una expresión acostumbrada— como “cosa de la administración”. Los tribunales domésticos se retrajeron en el conocimiento de las cuestiones correspondientes a la vida carcelaria. Los jueces estadounidenses acogieron una doctrina que prevaleció hasta la década de 1970:<sup>72</sup> “hands-off”. Entonces el preso era “*a slave of the State*”, y sufría una especie de “*civil death*”, como sostuvo una corte de Virginia en 1871. La abstención de los tribunales se sustentaría, durante mucho tiempo, en tres argumentos: separación de poderes, falta de conocimiento por parte de los tribunales y riesgo de minar la disciplina en los reclusorios.<sup>73</sup>

Fue mucho después que la jurisprudencia estatal cobró presencia en estos temas y asumió la tarea, ciertamente monumental, de enjuiciar el estado de las prisiones y el trato de los reclusos bajo la óptica de los derechos individuales —e incluso de los derechos colectivos—, un enjuiciamiento que llegaría a establecer criterios generales además de dirimir contiendas individuales. A esta corriente —que tiene múltiples manifestaciones—, así como a otras que mencionaré en seguida, contribuye la idea de jurisdicccionalizar o procesalizar —si se me permiten las expresiones— la ejecución de penas. En la doctrina procesal esta tendencia es perfectamente conocida y compartida. Cornelutti señaló que el proceso no termina con la sentencia, sino “su sede se transfiere del tribunal a la penitenciaría (que) está comprendida, con el tribunal, en el palacio de justicia”.

<sup>72</sup> La acción de clase ha resultado útil para llevar la tutela judicial a la vida carcelaria. Cfr. Morris, Norval, “The contemporary prison...”, en Morris, Norval y Rothman, David J. (ed.), *The Oxford history of the prison. The practice of punishment in Western Society*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 219.

<sup>73</sup> Cfr. Glick, Brian, “Change through the courts”, en varios autores, *The politics of punishment. A critical analysis of prisons in America*, Nueva York, Harper & Row, 1973, p. 284.

Colinda con el quehacer de los tribunales el *Ombudsman* carcelario, otra expresión del vasto régimen tutelar de los derechos a través de este personaje, al que se identifica como un dato característico del orden constitucional de los países escandinavos y que ha ingresado, ganando pronto considerable terreno, en el orden constitucional y en la compleja práctica de los países latinoamericanos. Donde no hay *Ombudsman* especializado, el órgano general atiende los casos de reclusos. Son a tal punto numerosas y relevantes las violaciones de derechos humanos en el marco del sistema carcelario —sea la detención acotada en las primeras horas de la investigación, sea el prolongado cautiverio que proviene de una sentencia de condena— que por lo menos algún *Ombudsman* nacional ha debido instituir, dentro de su plan general de actividades, visitadurías y programas destinados específicamente a los problemas que generan las prisiones.

Otra vertiente indispensable del quehacer judicial se localiza en los tribunales de ejecución de penas. No se ha generalizado todavía este género de figuras jurisdiccionales; de una encuesta europea deriva un dato inquietante: entre veinte países de Europa Occidental, sólo seis disponen de jurisdicciones de este carácter. Es cierto que el juez de ejecución de penas enfrenta retos considerables, pero también lo es que sin él crecen exponencialmente los peligros y se multiplican las caídas en la relación penitenciaria —o, en general, ejecutiva— entre el Estado que ejecuta y el ciudadano sobre quien se ejecuta. ¿Por qué no habría de proyectarse hacia la vida penitenciaria, que es la más opresiva de todas, la más circunscrita, los métodos de preservación de la legalidad que rigen donde quiera que se encuentran —y se enfrentan— el poder público y el individuo?

En cuanto a los organismos internacionales, vale citar el despliegue jurisdiccional de los tribunales internacionales sobre derechos humanos. No han faltado opiniones a favor del planteamiento

de “casos relevantes” ante la jurisdicción internacional, con el propósito de animar los cambios que se requieren, con urgencia, en las condiciones de la vida en reclusión.<sup>74</sup>

La Corte Europea cuenta con jurisprudencia significativa en la que se ha ocupado de diversos derechos de los prisioneros. En un caso, concluyó que la detención en una celda sin ventilación y sin ventanas en la época de mayor calor, así como el hecho de que el detenido se viera en la necesidad de usar el baño en presencia de otros constituían atentados contra la dignidad e implicaban tratos degradantes.<sup>75</sup> También se consideró degradante que se obligara a la víctima a desvestirse frente a un oficial del sexo femenino y que sus genitales fuesen manejados con las manos.<sup>76</sup> Son degradantes las pesquisas corporales que no se hallen justificadas por motivos de seguridad.<sup>77</sup>

Con frecuencia se han abordado los problemas que plantea la revisión de correspondencia. La Comisión Europea —que desapareció como consecuencia del Protocolo 11 del Convenio de Roma, de 1998— entendió que aquélla debe justificarse al amparo de alguna de las causales contenidas en el artículo 8.2 de ese instrumento; por ejemplo, prevención de un crimen o protección de derechos de tercero.<sup>78</sup> Por su parte, la Corte Europea estimó violatoria de derechos la intercepción de correspondencia para evitar la comunicación del detenido con un abogado; no tiene sustento en el mencionado artículo 8.2, tomando en cuenta “las necesidades ordinarias y razonables del encarcelamiento”.<sup>79</sup> Las leyes nacionales que autoricen la intercepción a la que ahora me refiero deben redactarse con precisión, con el fin de asegurar que aquélla se realice en los términos previstos por la ley.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Cf. Carranza, Elías, “Sobre población penitenciaria...”, en *id.* (coord.), *Justicia penal y sobre población...*, cit., nota 38, p. 35.

<sup>75</sup> E. Court H. R., *Peer v. Greece, Judgement of 19 April 2001*.

<sup>76</sup> E. Court H. R., *Valasinas v. Lithuania, Judgement of 24 July 2001*.

<sup>77</sup> E. Court H. R., *Iwanczuk v. Poland, Judgement of 15 November 2001*.

<sup>78</sup> App. 3717/68, *X v. Ireland*, 6 February 1970.

<sup>79</sup> E. Court H. R., *Golder v. United Kingdom, Judgement of 21 February 1975*.

<sup>80</sup> E. Court H. R., *Domenichini v. Italy, Judgement of 21 October 1996*, y *Petra v. Romania, Judgement of 24 August 1998*.

Sobre el régimen de visitas, la Comisión Europea aceptó la restricción de las que pretendan hacer los hijos a sus padres detenidos, cuando la interferencia resulte necesaria para evitar la comisión de delitos.<sup>81</sup> La corte sostuvo que al considerar las obligaciones de los Estados a propósito de las visitas a los prisioneros, se debe atender a las necesidades ordinarias y razonables de la reclusión.<sup>82</sup> No viola el convenio la concesión de doce visitas al año, con duración de una hora cada vez.<sup>83</sup>

En algunos casos, la Comisión Europea ha examinado derechos vinculados con la práctica de la religión. No es obligatorio para el Estado proveer la asistencia de ministros, comida especial o libros de determinada confesión, sobre todo cuando ésta no es la más ampliamente practicada.<sup>84</sup> No hay violación al convenio cuando se impone el deber de cortar la barba, que se usa por motivos religiosos, cuando el corte obedece a la necesidad de facilitar la identificación del detenido.<sup>85</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta ya con una relevante y creciente jurisprudencia sobre esta materia. En ella destaca la afirmación, para todos sus efectos, de la posición de garante que guarda el Estado en relación con los derechos de los detenidos —punto que anteriormente mencioné—, tomando en cuenta que éstos se hallan sujetos a la custodia de aquél y que su vida se encuentra sujeta a una minuciosa regulación. Si el sistema protector debe esmerarse, con particular esfuerzo y penetración, cuando vienen al caso los derechos de individuos que forman parte de grupos especialmente vulnerables, con mayor razón debe hacerlo en el supuesto de que esa vulnerabilidad sea el resultado de unos hechos —la detención y el proceso, legítimos en sí mismos— que corren a cargo del propio Estado. No es idéntica la situación de otros grupos vulnerables por motivos ajenos, en principio, a las disposiciones, políticas y responsabilidades directas del poder público.

<sup>81</sup> *App. 1983/63, X v. Netherlands*, 13 de diciembre de 1965, y *App. 2515/65, X. v. Federal Republic of Germany*, 23 de mayo de 1966.

<sup>82</sup> E. Court H. R., *Boyle and Rice v. United Kingdom*, Judgement of 27 April 1988.

<sup>83</sup> *Idem*, y *Messina v. Italy* (No. 2), Judgement of 28 September 2000.

<sup>84</sup> *X v. Federal...*, cit., nota 81, y *App. 4511/70, X v. Austria*, Decision of 24 May 1971.

<sup>85</sup> *App. 6386/75, X v. United Kingdom*, 18 May 1976.

La Corte Interamericana, que afirmó —como antes referí— la condición de garante que tiene el Estado con respecto a las personas sujetas a detención, ha considerado que diversas prácticas en ésta violan la Convención Americana a título de tratos inhumanos, crueles y degradantes; así se ve, por ejemplo, en determinados supuestos de incomunicación, exhibición pública —ante medios de comunicación— con traje infamante, aislamiento en celda reducida, golpes y maltratos, amenazas de actos violentos, uso excesivo de la fuerza, restricciones al régimen de visitas y atención médica deficiente.<sup>86</sup>

La incomunicación y el aislamiento celular figuran entre los temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. La corte ha establecido que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”.<sup>87</sup> La incomunicación debe ser aplicada excepcionalmente, tomando en cuenta las severas consecuencias que produce sobre el detenido, así como la vulnerabilidad que genera y el riesgo de agresión o arbitrariedad que trae consigo.<sup>88</sup>

En algún asunto contencioso, ese tribunal internacional examinó las condiciones en que se hallan los condenados a muerte que aguardan el momento de su ejecución: el *death row phenomenon*; en la circunstancia examinada por la corte, los detenidos se hallaban bajo la constante amenaza de ejecución “como consecuencia de una legislación y proceso judicial contrarios a la Convención Americana”.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> *Cfr.* Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, núm. 33, pfo. 91; Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, *cit.*, nota 66, pfo. 192, y Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000, *cit.*, nota 66, pfos. 85 y 91.

<sup>87</sup> Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, *cit.*, nota 66, pfo. 194; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, pfo. 156; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, pfo. 164, y Caso Fairen Garbi y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989, serie C, núm. 6, pfo. 149.

<sup>88</sup> Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35; Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, *cit.*, nota 66, pfo. 195, y Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000, *cit.*, nota 66, pfo. 82.

<sup>89</sup> Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, *cit.*, nota 66, pfos. 167-169.

Dado que la detención puede facilitar o propiciar ciertas violaciones graves de los derechos humanos —torturas, malos tratos, desaparición, privación arbitraria de la vida—, la corte ha explorado algunas de las cuestiones que aquélла suscita. Así, ha decidido que el uso de la fuerza para someter a los detenidos, cuando no resulta estrictamente necesario en función del comportamiento de aquéllos, constituye un atentado contra la dignidad humana e implica la violación del artículo 5 de la Convención Americana. El violador no puede argüir en su favor las necesidades de una investigación o la lucha contra cierta categoría de delitos, particularmente graves, como el terrorismo.<sup>90</sup>

Es interesante observar el alcance de medidas provisionales de protección adoptadas por el tribunal interamericano en casos relativos a las prisiones. Se sostuvo, hasta reciente fecha, que esas medidas destinadas a preservar derechos e impedir violaciones sólo podían beneficiar a personas individualmente identificadas. En el desarrollo de la jurisprudencia se llegó a un criterio que sirve mejor los requerimientos de la tutela precautoria: las medidas pueden beneficiar a los miembros de cierta comunidad, si éstos son identificables, aunque no se encuentren previamente individualizados. Esta disposición, que alcanzó primero a “comunidades de paz”,<sup>91</sup> ha llegado a otros ámbitos: uno de ellos, el de las cárceles, con el propósito de impedir las más graves violaciones a los derechos humanos;<sup>92</sup> otro, comunidades diferentes integradas por sujetos identificables.<sup>93</sup>

90 Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, *cit.*, nota 86, pfo. 57, y Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, pfo. 197.

91 Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, considerando 7 y punto resolutivo 3. *Cfr.*, asimismo, *Voto concurrente* de los jueces Alirio Abreu Burelli y Sergio García Ramírez a esta última resolución, que transcribo en García Ramírez, Sergio, “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, *Cuadernos Procesales*, México, año V, núm. 13, septiembre de 2001, pp. 41 y ss.

92 *Cfr.* Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas provisionales..., Resolución de 18 de junio de 2002, considerando 7.

93 Así, en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana con respecto a las Comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó, Colombia. *Cfr.*, igualmente, el *Voto concurrente* de los jueces Sergio García Ramírez y Alirio Abreu Burelli en este mismo asunto.

De nuevo es preciso destacar el papel que compete a los funcionarios penitenciarios —y en general, a los ejecutores de penas, notablemente en el supuesto de los sustitutivos— para el manejo racional de las prisiones y el buen resultado de la privación de libertad con respecto a los reclusos. La pretensión de que los hombres obedezcan a las leyes y no a los otros hombres, como postulaban Platón y Aristóteles, no nos hace olvidar que son los hombres quienes aplican las leyes. Esto sube de punto cuando se aísla al individuo en manos de otro individuo: el poderoso director o los poderosos guardianes. Por eso es válido sustituir las interrogantes acerca de la cárcel en abstracto por preguntas sobre los custodios en concreto, como lo hace Neuman cuando expresa: “la pregunta ¿la prisión regenera? habría que reemplazarla por ¿el personal regenera?”.<sup>94</sup>

Un punto destacado en la hora actual —aunque tenga sus raíces en el pasado distante— es el relativo a la intervención privada en la construcción y, sobre todo, la administración de las prisiones. Cuando declina el Estado social a tutelar, y avanza la asunción privada de funciones que hasta ayer fueron públicas, la prisión —paradigma de la pena contemporánea— llega a constituir otra tierra de conquista para el proceso privatizador. Este tiene partidarios y adversarios; ni unos ni otros pueden escapar a la toma de posición que se informa en un asunto de más amplio alcance: ¿cuáles son las funciones indeclinables del Estado? ¿puede éste poner en manos privadas una parte del manejo de las prisiones, ya que no todo, y trasladar muros adentro el espíritu de empresa y lucro que ha ganado la batalla muros afuera?

Los favorecedores de esta idea, que no se puede aislar de los fines de la pena, arguyen motivos y razones de eficiencia y economía; el financiamiento de las prisiones, cada vez más gravoso para el Estado, milita en esta dirección. Los adversarios recuerdan los antecedentes sombríos de la gestión privada, cuya relación abunda en la obra monumental de Howard: los concesionarios de las prisiones, al mismo tiempo tenderos y carceleros, convirtieron aquéllas en instrumentos de explotación. Sentencioso, Howard di-

<sup>94</sup> Neuman, Elías, *op. cit.*, nota 32, p. 148.

ría “no es adecuado confiar el cuidado de estos lugares a hombres ambiciosos”.<sup>95</sup> Era pertinente el comentario: las antiguas prisiones inglesas pertenecieron a señores locales, clérigos o laicos<sup>96</sup> que en ocasiones se negaban a admitir el acceso del Sheriff condal o de algún representante del monarca.<sup>97</sup>

Lo cierto es que la privatización se plantea precisamente allí donde es más intensa —con excepción de la pena de muerte— la potestad del Estado sobre el individuo, y esto puede comprobar —se ha dicho— el imperio mismo de la rule of law.<sup>98</sup> La construcción y el manejo de las prisiones con un propósito económico pueden tener efectos perniciosos sobre la administración de la justicia penal y la ejecución de sus determinaciones.<sup>99</sup> El ciudadano pudiera requerir protección frente al mercado.<sup>100</sup> El trabajo carcelario, elemento esencial de la política resocializadora y mecanismo para obtener la libertad queda supeditado “a los caprichos de la empresa privada y las deshumanizadas leyes del mercado”.<sup>101</sup> En síntesis, la participación del sector privado “como actor de la política penitenciaria” plantea diversos problemas: 1) Atribuye la realización de actividades orientadas a fines propios del derecho penal, “fundados en una racionalidad de carácter social”, a organizaciones que actúan en función del máximo beneficio económico fundadas en una “racionalidad dependiente de las reglas del mercado y de las leyes de la economía”; y 2)

<sup>95</sup> La expresión se encuentra en Howard, John, *The state of the prisons in England and Wales*. La he tomado de la edición en español con trad. de José Esteban Calderón, estudio introductorio mío: “John Howard: la obra y la enseñanza”, del Fondo de Cultura Económica, 2003. Sección IV, Informe sobre cárceles, *sub* Spin-House.

<sup>96</sup> Cf. McConville, Sean, “Local justice. The jail”, en Morris, Norval y Rothman, David J. (ed.), *op. cit.*, nota 72, p. 268.

<sup>97</sup> Cf. Howard, John (D. L.), *John Howard: prison reformer*, Nueva York, Archer House Inc., 1963, p. 16.

<sup>98</sup> Cf. White, Ahmed A., “Rule of law and the limits of sovereignty: the private prison in jurisprudential perspective”, *American Criminal Law Review*, vol. 38, invierno de 2001, núm. 1, pp. 111 y 120.

<sup>99</sup> Christian Nils, Robert, “Private prisons”, en varios autores, *Monitoring prison conditions in Europe (raport of a European Seminar held in Marly-le-Roi, France on 27-29 de octubre de 1996)*, París, Penal Reform International, 1997, p. 145.

<sup>100</sup> Dice South, N., “The citizen may need to be protected from the lawlessness of the market”, *ibidem*, p. 146.

<sup>101</sup> Castro García, Lourdes, *op. cit.*, nota 69, p. 27.

Es un peligro para las facultades estatales de planificación y realización de una política criminal.<sup>102</sup>

No sobra —sino es absolutamente indispensable— señalar que a pesar de los problemas que encarna y suscita la prisión, y de los correspondientes afanes por racionalizar el sistema del cautiverio, con frecuencia nos hemos desentendido de aquéllos para avanzar, ufanamente, en una sobreutilización de la cárcel, que así se desliza de la prevención especial a la general.<sup>103</sup> De allí las preguntas que Barros Leal pone en la agenda del nuevo milenio: “¿Hasta cuándo asistiremos al uso excesivo, indiscriminado y oneroso de la cárcel? ¿Hasta cuándo se persistirá en este error?”.<sup>104</sup> Ocurre tanto en la prisión preventiva, que proporciona cifras desmesuradas sobre presos sin condena —como lo ha probado, en nuestro continente, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Ilanud), particularmente en los estudios realizados por Elías Carranza—, como en la reclusión punitiva. Por supuesto, el problema no se limita a estos países: se ha extendido en el mundo entero.<sup>105</sup> La tendencia a incrementar el empleo de la prisión preventiva pugna frontalmente con el carácter de esta medida en el sistema procesal contemporáneo y con las más frecuentes recomendaciones internacionales, que acotan su aplicación.<sup>106</sup>

Lejos de amainar, se multiplican las hipótesis de imposición de este castigo: en frecuencia y en duración. Son, con otras, la consecuencia de una divisa de firmeza y disuasión —señala Roxin—, que responde a un objetivo político a partir de un conocimiento profano. Pareciera que nos hallásemos en las primeras horas de

<sup>102</sup> Cfr. Bovino, Alberto, “El Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional”, en varios autores, *op. cit.*, nota 20, p. 228.

<sup>103</sup> Cfr. Mapelli Caffarena, Borja, “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, en varios autores, *op. cit.*, nota 20, p. 121.

<sup>104</sup> Barros Leal, *op. cit.*, nota 33, p. 113.

<sup>105</sup> Cfr. Stern, *op. cit.*, nota 36, p. 14.

<sup>106</sup> El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se refirió (resolución 17) a la prisión preventiva. Entre otras precisiones, apuntó: “Sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad”.

la prisión, antes de que ésta mostrara sus deficiencias y limitaciones. En algunos países, la cifra de prisioneros comprueba un proyecto penal que desmesura el fin contentivo de la cárcel, y de este modo reduce, altera o desecha sus restantes objetivos, además de que desatiende las posibilidades de la prevención. En Estados Unidos de América, refiere Barros Leal, “la población carcelaria... crece diez veces más rápido que la población en general”.<sup>107</sup> En ese país, la población penitenciaria se duplicó entre 1970 y 1980; esto mismo ocurrió entre 1981 y 1995.<sup>108</sup>

La puerta de un milenio es también el balcón para observar, con mirada retrospectiva, nuestros aciertos y desaciertos. Entre los segundos, hay uno monumental. Se mantiene viva la pena que menos merece vivir: la pena de muerte, empecinada. Dije que la pregunta central sobre las penas abarca dos extremos: ¿es lícita? ¿es eficaz? Exactamente las cuestiones que se planteó Beccaria acerca de la pena capital, que fue, posiblemente, el asunto central entre las preocupaciones penales de la Ilustración. En el caso de la muerte, ambas interrogantes tienen respuesta negativa. El Consejo de Europa ha trabajado para abolirla. En América avanzan —pero lentamente, por desgracia— las ratificaciones del Protocolo que la desecha, fechado en 1990.

La jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos, recogiendo la aspiración abolicionista que informa el Pacto de San José —que no se atrevió, es verdad, a la supresión definitiva, y optó por una estación intermedia: la disminución—, ha restringido su aplicación a los límites más ceñidos: sólo aquéllos que previene, bajo una interpretación rigurosa, el artículo 4 del pacto. En la sentencia del Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros (Trinidad y Tobago), del 21 de junio de 2002, la Corte Interamericana declaró que contraviene el derecho a la vida una ley que dispone la pena capital en todos los supuestos de homicidio intencional, sin distinguir sus diversas manifestaciones, que debieran recogerse en tipos diferentes y sancionarse con penas adecuadas a la grave-

<sup>107</sup> Barros Leal, *op. cit.*, nota 33, p. 11.

<sup>108</sup> Cf. Morris, Norval, “The contemporary prison. 1965-Present”, en Morris, Norval y Rothman, David J. (ed.), *op. cit.*, nota 72, pp. 211-212.

dad del crimen respectivo. No está de más recordar la preocupada observación de Montesquieu —no obstante su enorme aprecio por las instituciones inglesas— acerca del empleo profuso de la pena capital en la isla: hay ciento sesenta acciones de la más variada naturaleza y gravedad que el Parlamento castiga con pena capital, reconoció con honda extrañeza.

#### V. EL PROCESO

Finalmente, es preciso formular otra selección y ponerla en movimiento, para que todo lo anterior opere y produzca lo que se espera. Me refiero a la selección del método para articular el delito, en un extremo, y la pena, en el otro, dirigidos ambos hacia el delincuente. Se trata de resolver los dilemas que entraña el recorrido que va de la notitia criminis a la sentencia firme de condena, es decir, del gendarme —gente “de armas”— al magistrado —hombre “de leyes”—, o también, de los hechos al derecho que establece, en el caso concreto, la jurisdiccion como suprema potestad del Estado. Las cuestiones son: ¿cómo se investiga? ¿cómo se detiene? ¿cómo se juzga? ¿cómo se resuelve?

Las respuestas, con sus correspondientes raíces de tiempo y circunstancia, se localizan en los tipos procesales tradicionales: el inquisitivo, que se refugia en un modelo de concentración y secreto, y el acusatorio, que se explaya en un modelo de desconcentración y publicidad. El primero apenas bordea, en el filo de la navaja, el Estado de derecho; el segundo se halla en el corazón de este sistema. En todo caso, el proceso debiera servir al designio democrático que analiza y dispone el modo —y en este caso la forma determina, a menudo, el fondo— para conducir la relación entre el Estado “todopoderoso” —el rey, el pueblo, la república— y el individuo que soporta el proceso, a veces a título de objeto y en ocasiones, que debieran llenar todo el espacio, en condición de sujeto.

El garantismo ha operado aquí para desterrar las fórmulas autoritarias de investigación —con su buque insignia: el tormento, y su prueba favorita: la confesión— y conferir, a título de conquistas

inderogables, sendos derechos al inculpado. En torno a ellos se construye el concepto de debido proceso. Debiéramos entender éste como un subconjunto expansivo, exactamente como lo es el conjunto en el que se halla inscrito: los derechos humanos. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana al examinar, en una Opinión Consultiva (OC-16), el derecho irreducible del detenido extranjero a la información acerca de la asistencia consular que previene la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, un tema que se ha planteado también ante la Corte Internacional de Justicia, con resultados favorables, hasta el momento —en el caso de los hermanos LaGrand, llevado por Alemania vs. Estados Unidos de América— para el inculpado que reclama esta nueva expresión del debido proceso.

Evidentemente, el proceso que quisiéramos alentar en la apertura del nuevo milenio es uno que reconozca la necesidad imperiosa de equilibrio y garantía. Equilibrio entre intereses diferentes y antagónicos que esperan la justa solución del Estado —y cuya desatención provoca, tarde o temprano, la crisis del proceso y la necesidad de la reforma—, y garantía para alcanzar y preservar ese equilibrio a través del acceso a la justicia, la actuación de juzgadores independientes, imparciales y competentes, la observancia estricta del debido proceso y la certeza de que el buen fin previsto —verdad material, como la llamamos con expresión redundante— no dispensa el empleo de medios ilícitos: regla de “exclusión”, tan reclamada y tan combatida; a la inversa, los medios legítimos también legitiman el resultado obtenido. A esto se atienen los principios políticos del proceso, que informan sus principios técnicos.<sup>109</sup> Es evidente la necesidad de sencillez en el proceso, que conjure el drama de la justicia retardada —y por ende, denegada—, pero también lo es que no podría sacrificarse la justicia a la celeridad. Persiste la razón de Montesquieu: “Los trámites,

<sup>109</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Los principios rectores del proceso penal”, *Estudios jurídicos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 575 y ss.; y *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 334-374.

los gastos, las dilaciones y aun los riesgos de la justicia, son el precio que paga cada uno por su libertad".<sup>110</sup>

En nuestro tiempo, el debate procesal destaca la antinomia legalidad-oportunidad,<sup>111</sup> en la que entra en cuestión el Estado de derecho,<sup>112</sup> y, con ella, la posibilidad y conveniencia de que haya "negociación" penal entre el Estado y el infractor, todo en aras del desembarazo judicial y la economía de la solución.<sup>113</sup> Con esta pretensión en ristre se han extendido las posibilidades de una "justicia negociada".<sup>114</sup> Pero también debemos preguntarnos por otro género de objetivos del procedimiento penal: la justicia, uno de ellos; la moralidad en la gestión del Estado, otro. Acaso resultaría preferible desincriminar conductas sobre las que no se justifica la función punitiva del Estado, amparada en el principio de legalidad.<sup>115</sup>

El derecho del inculpado no excluye, ciertamente, el derecho de la víctima. Esta pasó de ser un sujeto omnipoente, en la historia remota, a constituir una figura borrosa, brumosa, sin otro papel que la denuncia: simple actor de reparto. El rescate comienza. Por otro lado, es inexacto que un buen juez produzca justicia no obstante las malas leyes que aplica, porque éstas son, en fin de cuentas, el marco para que aquél se desenvuelva. Pero es cierto que no habría justicia sin juez justo y objetivo: el justicia mayor de Aragón; el *bon juge*, como Magnaud, el legendario magistrado de Chateau-Tierry; los jueces de Berlín, que confiadamente invocaban el molinero frente al emperador, o los magistrados ingleses —los Coke, los Blackstone— que prestigieron la justicia británica. El

<sup>110</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estébanez, México, Porrúa, 1980, pp. 51 y 52 (libro VI, capítulo II).

<sup>111</sup> Cf. Armenta Deu, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, J. M. Bosch, Editor, 1995, p. 20.

<sup>112</sup> Cf. Armenta Deu, Teresa, "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fasc. II, mayo-agosto de 1995, p. 460.

<sup>113</sup> Cf. García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2002, especialmente pp. 127 y ss.

<sup>114</sup> Delmas-Marty, Mireille (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia e Italia)*, trad. de Pablo Morenilla, Zaragoza, Edijus, 2000, pp. 659 y ss.

<sup>115</sup> Armenta Deu, Teresa, "Pena y proceso...", cit., nota 112, p. 464.

problema sube de punto cuando se trata de leyes penales, bajo las que se agita el problema de la culpa, una puerta de acceso a los temas del bien y el mal, en que la humanidad ha viajado, entre cumbres y abismos, durante milenios. Esto no hace olvidar, por supuesto, que no bastan la sabiduría y la integridad del juezador cuando las leyes estorban su desempeño.

La explosión del delito —y la aparición, sobre todo, de esos nuevos delitos a los que me referí al principio de esta exposición— ha impulsado cierto retramiento en la observancia del debido proceso, que cedería en el conflicto entre el *crime control* y el *due process*.<sup>116</sup> Retraimiento inquietante que pudiera construir al lado del proceso ordinario de la justicia democrática, un modelo diferente, de garantías recortadas, reducidas o suspendidas. Hay que ponderar con cuidado los sobresaltos del proceso inducidos por la preocupación generalizada en torno a la seguridad pública, una preocupación que todos compartimos, sin duda. Empero, la revisión del proceso con signo reductor de los derechos y las garantías puede infectar todo el sistema penal y desandar en poco tiempo el trecho que en mucho tiempo lograron los derechos humanos. Este es un punto para la meditación de estadistas, juristas y ciudadanos. Difícilmente se podría preservar el Estado de derecho a partir de su propio desmontaje.

Entre los mejores hallazgos de esta etapa figura uno que es, en realidad, reencuentro de antiguos métodos, con raíz moral y virtudes liberadoras: no sólo de la conciencia, que sería importante, sino de las cargas excesivas que pesan sobre la maquinaria del Estado y comprometen los derechos de los particulares. La readmisión de la composición, el ensayo de conciliación y hasta de reconciliación entre la víctima y el victimario —una alternativa ética que desplaza a la alternativa jurídica— han avanzado gracias a la desconfianza en el proceso y al descrédito de la prisión. Por supuesto, distingo claramente entre el reencuentro de víctima y victimario y la negociación penal entre el Estado y el infractor. Aquél tiene —o aspira a tener— un contenido ético que difícilmente podría encontrarse en ésta.

<sup>116</sup> Cf. Delmas-Marty, Mireille (dir.), *op. cit.*, nota 114, p. 40.

La denominada justicia restauradora marca el rumbo de un nuevo sistema que ya deja de ser penal y se interna en un orden de otra naturaleza. Constituye —se ha dicho— “un modelo enfocado al futuro, que hace hincapié en la solución de problemas, más que en el castigo retributivo”.<sup>117</sup> “El objetivo del proceso restaurador es reparar el daño causado por el acto. El interés está en reparar lo que se haya dañado, en vez de simplemente castigar al malhechor”.<sup>118</sup> Por supuesto, se deberá observar con cuidado —y acaso también con ansiedad— el desenlace justo de la conciliación, que siempre lleva el riesgo —inherente a toda solución privada y consensual— de naufragar en la inequidad.

Sin embargo, no hay unanimidad en torno a la “nueva pana-cea”, nacida de una profunda decepción perfectamente documentada y de una incipiente esperanza. La relativa novedad —tiene precedentes en todos los régimenes de convención que resuelve la contienda penal: desde el reencuentro moral hasta la simple composición pecuniaria— tropieza con argumentos que merecen consideración. Éstos provienen de una interrogante que no parece resolver la propuesta restauradora: ¿cómo resuelve ésta los temas del racismo y el clasismo? Así, los críticos señalan que es vano el intento de restaurar el pasado y que la llamada justicia restauradora deja fuera a la comunidad y refuerza la injusticia estructural. Es necesario, pues, dar otro paso de siete leguas: ya no la restauración, sino la transformación.<sup>119</sup> Pero sugerir una justicia transformadora que libre sus batallas a partir de los hechos penales —es decir, punibles— concretos, en el estrecho ámbito de un culpado y una víctima —así reclame además la concurrencia de la comunidad—, pudiera parecer excesivo. ¿Otra utopía penal?

<sup>117</sup> Olson, Cynthia, “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”, en Carranza, Elías (coord.), *Justicia penal y sobre población..., cit.*, nota 38, p. 219.

<sup>118</sup> Tkachuk, Brian, “Alternativas a la prisión: una perspectiva canadiense e internacional”, en *ibidem*, p. 247.

<sup>119</sup> Cf. Morris, Ruth, “Mi paso desde la justicia del sufrimiento hasta la justicia transformadora”, en *ibidem*, pp. 276-278. “Las prácticas de la justicia transformadora —escribe esta autora— son aquellas que juntan a la víctima, al agresor y a las familias y comunidades tanto de la víctima como del agresor, y los apoyan por medio de un proceso basado en el respeto, para que se escuchen entre sí y busquen soluciones que curen las heridas de todos”. Morris, Ruth, “Mi paso desde...”, *cit.*, en esta misma nota, p. 282.

## VI. CONCLUSIÓN

Finalicemos. En el pórtico del nuevo milenio —una encrucijada sobre la que tiende su mirada el II Congreso Internacional de Prevención Criminal, Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia— somos herederos de múltiples tradiciones. Podemos recibirlas con estricto beneficio de inventario, como sucede en el más prudente derecho sucesorio. En el caudal hereditario figura el benéfico legado liberal que proviene de la Ilustración: indispensable, aunque hoy insuficiente. Allí cuenta, asimismo, la herencia positivista, enriquecedora si omitimos sus proclividades autoritarias. Allí está, para tomar nota y prevenir en consecuencia, el tropiezo del totalitarismo —de varios signos— que debe aleccionarnos sobre la fragilidad de las conquistas que otras generaciones supusieron definitivas. Y también allí se hallan los focos rojos encendidos por la permanencia y el crecimiento de la criminalidad tradicional y la aparición y el desarrollo de la evolucionada; el debilitamiento de los medios de control no jurídicos o no punitivos; la desactualización de las instituciones preventivas y persecutorias; el avance de la corrupción; la exasperación y la desesperación, que son malas consejeras, con su secuela en el endurecimiento del sistema penal, y el retroceso del garantismo sustancioso y procesal.

En lo que hace a la prisión, nunca sobrará insistir en el principio de legitimidad en la ejecución de la pena. Ninguna batalla ha sido ganada en definitiva. Tal vez habría que introducir aquí una versión carcelaria de la cláusula Martens que ha iluminado los recodos del derecho internacional humanitario.<sup>120</sup> Cuando la norma no es explícita y clara, aquélla pone a las víctimas de contiendas armadas “bajo la salvaguardia de los principios de humanaidad y de las exigencias de la conciencia pública”.<sup>121</sup> Por razones

<sup>120</sup> Cfr. Ticehurst, Ropert, “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 140, 1997, pp. 131 y ss.

<sup>121</sup> Preámbulo del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II). El artículo 1o. del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), señala que en los casos no previstos por aquél o por otros

semejantes, en la penumbra de las prisiones sería útil invocar —sobre todo, aquello que no esté abarcado por los tratados y las declaraciones existentes— esa misma regla de humanidad y conciencia que aflora en el sistema interamericano a través de una norma de interpretación: ninguna disposición convencional excluye “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano” (artículo 29. c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Necesitamos, pues, mayores y mejores reflexiones y definiciones. Las traerá, seguramente, el Congreso Internacional al que me he referido: recepción de jornadas anteriores y fundamento de jornadas futuras. Como dije en las primeras líneas de este trabajo, difícilmente habrá novedades absolutas. Pero pudieran surgir visiones más lúcidas y puntuales acerca de los progresos y los regresos en el largo camino de la seguridad y la justicia. Lo seguiremos recorriendo, de grado o por fuerza. Vale la pena, pues, explorar los escenarios a nuestro alcance y construir los horizontes que merecen atraer nuestra marcha. Habrá que cuidar, en cada caso, de no ceder en la construcción de un sistema penal democrático. Las cesiones en que incurramos tendrían un altísimo precio: la seguridad y la justicia, nuestros derechos y nuestras libertades, y en consecuencia, nosotros mismos.

acuerdos internacionales, “las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.